

„...ono jedinstvo, u kom snaga i sila, slava i budućnost svakog naroda leži. Nas nesloga u dugovječnu raku strmoglavi, a sloga i jedinstvo nam slavno uskrsnuće proriče. Tomu nam jedinstvu zalag je jedna krv, jedan jezik, jedna narodnost. To jedinstvo ljubav je ona bratska...“

(J. J. Strossmayer o narodnom jedinstvu, 7 novembra 1862 u pismu „Matici Dalmatinskoj“).

Strossmayer 29 aprila 1861 govorio je na Hrvatskom saboru, u Zagrebu, o potrebi što skorijeg osnivanja hrvatskog Sveučilišta. Dana 10 septembra te godine Sabor zakonskim člankom 84: 1861 usvaja osnovu i pravila za Sveučilište. Ali iz Beča, i pored Strossmayerovih opetovanih intervencija, Hrvatima ne stiže odobrenje za Sveučilište. Pet godina dočnije, 21 oktobra 1866 povodom proslave tristogodišnjice Nikole Zrinjskog, Strossmayer piše odboru za proslavu u Đakovu pismo, da darom od 50.000 forinti (oko 110.000 zlatnih franaka) udara prve osnove zagrebačkom Sveučilištu. Godine 1874, napokon, dobili su Hrvati svoj Univerzitet. Svečanom otvaranju, dana 10 oktobra 1874 bio je prisutan i njegov osnivač, Strossmayer.

Akvarel reprodukovan je u Jugoslovanskoj tiskarni u Ljubljani. Na osnovu originala, što ga je izradio bivši ruski imperatorski đeneral Boris Nilović Litvinov iz Beograda, a po fotografiji koju je Strossmayer 1890 darovao svome prijatelju i političkom saradniku d-ru Mati Štefinoviću, tadanjem advokatu u Osijeku.

7. red 9/6.

Knihovna univ. prof.
Dr. KARLA LAŠTOVKY

11-C-254

СПОМЕНИЦА МАУРОВИЋУ

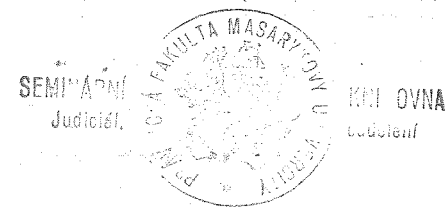
ПРИЛОЗИ ПОСВЕЋЕНИ
ИВАНУ МАУРОВИЋУ
ОД ПРИЈАТЕЉА, ДРУГОВА И УЧЕНИКА О ШЕСЕТОГОДИШЊИЦИ
ЊЕГОВА ЖИВОТА

ПРВА КЊИГА

БЕОГРАД 1934
ШТАМПАРИЈА „ГЛОБУС“

SERTA MAUROVICIANA

COMMENTATIONES OBLATAE
JOANNO MAUROVIĆ
SEXAGENARIO
AB AMICIS, COLLEGIS ET DISCIPULIS



BEOGRADO MCMXXXIV
EX OFFICINA TYPOGRAPHICA „GLOBUS“

ÚSTŘEDNÍ KNIHOVNA
PRÁVNICKÉ FAKULTY UJEP
STARÝ FOND 0655
C. inv.:

Kupil od
Prostem od M. Karlovič
— za Kčs
Cis: 35.728
M. n.

Наша нова кодификација

од

Михаила П. Јовановића,

претседника Београдскога касационога суда у пензији,
пређе претседника Врховнога законодавнога савета,
Министра правде итд.
Београд

Радо се одазивам позиву другова госп. д-ра Ивана Мауровића, да у Споменицу његове шесетогодишњице унесем и ја неке своје мисли. Тиме испуњавам једну и мени пријатну дужност, јер он беше и мени друг као члан Врховнога законодавнога савета, чији бејаш претседник за све време, од почетка 1929 године па докле је постојао, и, што је нарочито од значаја у овој прилици, јер је г. Мауровић професор Цивилнога права на Универзитету у Загребу, а мене су питања те гране правне области увек занимала, па сам по њима нашој правној литератури дао и својих прилога.

Како смо сада у јеку нове кодификације у нашој држави, кодификације коју је са доста замаха био предузео и Врховни законодавни савет, то узимам на себе да у ову Споменицу унесем неколике своје напомене о тој кодификацији, а нарочито о кодификацији Цивилнога права, дакле о новом Грађанском законнику за Краљевину Југославију, који је законик још све једнако на дневном реду и чији се пројект поодавно припрема у Министарству правде од стране једне комисије, која такође има за свога члана г. Мауровића.

Никако не мислим да сам у овим напоменама изнео неке нове мисли које би до сад биле непознате. Желео сам само да изнесем оно на што, по мом нахођењу, треба обратити нарочиту пажњу при кодификовању Цивилнога права за нашу државу.

Господин Мауровић, прослављајући у овој години шесетогодишњицу, очевидно не завршава тиме свој и до сада знатан стручни рад. Та то су заиста сад тек настале најбоље године живота му за његов тако плодан и веома користан рад, јер велика начитаност његова и већ стечено искуство, праћено све већим усавршавањем правне науке, дају права желети да још дуги низ година корисно послужи држави, народу и струци којој се посветио.

I

Потреба кодификације.

Краљевина Србија имала је, или још има, као своје кодификовано право: Грађански законик од 1844 г.; Законик о поступку судском у грађанским парницама од 1865 г.; Законик трговачки (са меничним) од 1860 г.; Законик о поступку судском у кривичним делима од 1865 г.; Криминални (Казнителни) законик од 1860 г. Али потреба да се изврши једна што шира ревизија ових кодекса, или да се остваре баш и нове кодификације, осећала се, и на томе се радило у Краљевини Србији и пре рата и из овога произашлога Уједињења народног. Услед све већег развоја економских и правних одношаја осећала се и у предратној Србији потреба потпунијих, па и савременијих законика. После великог народног Уједињења, та потреба, наравно, морала је постати још већа. Три племена нашега народа, уједињена са Краљевином Србијом, затечена су свако са својим посебним кодификованим правом. Двојна монархија, Аустро-Угарска, могла је заиста имати као свој државни разлог, да та три племена држи једно од другог одвојено и по правним установама под којима имају да живе. Али Уједињење јесте у ствари живот народа у главном под истим правним установама, под једним, и својим, народним законикима. Три племена нашег уједињеног народа нису дакле могла, и не могу, остати под применом неких шест законодавстава како су затечени по Уједињењу. Било је и остаје неминовно приступити унификацији права, то долази као последица самога Уједињења. Као што је једна државна територија, тако треба да је једна и правна територија место већег или мањег броја партикуларних правних територија. То је логична и историјом потврђена истина.

Кодификација ма које гране права није ни мали ни лак посао. Хоће се много студовања, много труда и пажње. Позната је деоба свеколиког права у две његове главне гране: право национално, које важи за правне односе појединаца као приватних лица у држави, и у право интернационално, које важи за правне одно-

шаје између двеју или више држава. Свака од ових двеју главних грана има под собом велики број посебних грана. Тако у националном праву имамо приватноправну област, која се, принципски узето, непосредно тиче појединца као лица приватно-правног. То је Цивилно право или Грађански законик као *jus generale* и, поред њега, као *jus speciale*, Трговачки са Меничним, Рударски, Поморски или и још који специјални закон. Ове треба сматрати као делове Грађанског законика, који је општи за свеколико приватно право, али, из практичних разлога, због особености и многострукости приватно-правних одношаја који се нормују великим бројем нарочитих законских прописа, стоје изван Општег грађанског законика, и ако опет као његови делови. Посебно трговачко, менично, рударско и поморско праве треба, дакле, узети као да су у самом том Грађанском законнику са својим посебним прописима, да су, као делови овога, њему супсидовани, а наравно њихови посебни прописи долазе до примене као отступање од општих по оном правилу да је специјални закон јачи у примени од општег. Погрешно би било из самог постојања ових посебних закона из области позитивног приватног права закључивати да је тиме сада преокренут њихов однос према општем позитивном праву, тј. да је тиме ово, као Грађански законик, постало супсидијарно, подређено оном специјалном.

У националном праву, поред приватног права, имамо још област јавноправну, где је држава, опет само у принципу, непосредно и јаче заинтересована него што је то случај у области приватног права, више заинтересована него приватни појединци. Ту долазе Законници: процеснога цивилнога и кривичнога права, као и Казнени законик. Затим ту долази и т. зв. државно право са својим двема гранама: уставно право, које је такође обично кодификовано као Државни Устав, са свима споредним законима, и управно или административно право, које обично није кодификовано него остаје рашчлањено на мноштво посебних закона.

Ово гранање права износим овде само система ради, да би се, пошто је реч о кодификацији права, имало у виду шта све може доћи под тај задатак, међутим, бар за сада, имам пред очима само објективно приватно право као *jus generale*, дакле општи Грађански законик, па и тај без оних посебних придоданих му делова, којима је обично праћен.

II

Кодификација Цивилнога права и природно или умно право.

Али право, при свем свом гранању и разликовању појединих му грана, ипак има у себи нешто што му је опште, па ма којој правној грани и области припадало. Оно, без тога, управо не би било право. Питало се, па и сад се још може питати: шта је то што му је тако опште? Ово је нарочито од значаја кад се тиче израде пројекта за Грађански законик.

Хтело се раније мислити да је философија као наука та која би имала да нам каже и да нас учи шта сами и чисти ум захтева од права, и да позитивно право треба да одговара овом т. зв. философском, умном или природном праву, дакле праву самим мудровањем изведеним. Као такво, оно би имало да буде изнад сваког позитивног права, да важи за сва времена и за све народе. По овом ранијем сад већ напуштеном схватању ово чисто философско или умно право било би као неко пра-право, право право (richtiges Recht), чисто априористички конструисано, независно од историског развитака, искуства и животних прилика. То беше правац у науци 17 и 18 столећа. Кад се доцније питало, који су то извори из којих тај ум црпе своје право, узела се у помоћ социјална етика као сваком човеку урођено знање да разликује добро од зла. Затим се хтео наћи тај извор у римском праву. Рим је заиста трипут, као што тиме започиње Јеринг своје знаменито дело „Дух Римскога Права“, уједињавао свет и диктовао му своје законе, ујединивши га најпре у једну државу, други пут у једну цркву, трећи пут у једном и истом праву — први пут принудно, силом оружја, други и трећи пут силом свога духа. Редактори Аустриског општег грађанског законика од 1811 год., налазећи у ондашњем свету свуда, као римско, пандектно право под учењем правника романиста, могли су лако у њему сагледати оно своје „природно“ право. Стојећи сасвим под утицајем природно-правних сматрања онога времена, они су из тог римског права црпили прописе за законик, одбацујући наравно оне за које би налазили да томе не одговарају.

По речима Цајлера, који је имао главну улогу у припремама за израду Аустриског општег грађанског законика од 1811 г. и већ 1812 и 1813 год. дао и коментар тога законика, свеколико право има свој извор у самој уму, и законодавац као тумач тога права има да му обезбеди примену тих урођених и свакоме већ знаних права. Отуда § 16, по којем сваки човек има урођених му права која се сазнају самим умом (angeboren und schon durch die Vernunft

einleuchtend) и по којима се сматра лицем. Сва остала права изводе се, по Цајлеру, из овога пра-права, и, као та посебна права која човеку као лицу припадају, наводе се: право на слободу, право на живот, право на здравље, на част, а за заштиту тих „апсолутних“ приватних права постоји право одбране и право накнаде штете. Отуд и то, да Аустриски грађански законик не говори о породичним земљорадничким задругама које постојаху онда и још постоје уређене обичајним правом, или и законом, сматрајући да не одговарају и да су противне природном праву, јер ограничавају слободу личну као једно природно и урођено право сваког лица. О тим задругама биће речи ниже.

Француски цивилист Марсел Планиол, у свом делу „Le Droit Civil“ (издање 1911 г. стр. 2 и 3), наводи речи француског правног философа Удо-а (Oudot: La Philosophie de Droit, стр. 67), где овај, гледајући на природно право као на идеално право, каже: „природно право је скуп прописа за које је желети да буду унесени у законе позитивне“. Планиол уз то додаје: „Тешко да се може имати идеја нетачнија од ове, јер ако би сваки од нас, проучавајући ма који закон, маштао о другом који би био бољи, па узео учешће у формацији једног природног права, ово би било само једна хетерогена збирка мишљења врло различитих. Узалудна је свака концепција која би природно право схватила као идеално. У ствари, право природно право се састоји из малог броја максима, заснованих на правичности и здравом разуму који се сами собом намећу законодавцу и по којима се може дело законодавца ценити, хвалити или критиковати. То су принципи који стоје изнад закона и које је непотребно уносити у формуле позитивног права“. Тако Планиол.

Шта је, дакле, то што је свему праву опште? Заиста ништа друго ако не једна правна свест лица на која се то право односи, један правни осећај, или, ако се баш хоће, једна правна савест оних којих се то тиче, која их везује за односни правни пропис, дакле правна свест народа за који се закони пишу и која правна свест постојаше и пре писаног права или закона као обичајно право, као израз народног уверења да то право одговара животним приликама, времена и места. Позитивно право, како неписано или обичајно тако и писано или законско, различно је према томе за разне народе, па и у истој држави разликује се по времену из кога је.

Народ има своје обичајно право које се искристалисава дужим применама у једно правно уверење у народу, као правна свест његова, које правно уверење постоји, дакле, и пре закона, те по

томе има исту вредност коју би имао и закон. Позитивно право од стране законодавца црпено је, и треба да се црпе из тога извора. Зато и после остаје то обичајно право као коректив и допуни извор позитивном праву, а не неко друго, природно и из чистог ума изведено, апстрактно право. Позитивно право треба да одговара потребама народнога живота, приликама у којима се народ налази, ступњу његова развитка. Философији тога права има места, а не философији неког права апстрактног, из самог ума изведеног, које би важило за сва времена и за све народе.

Да се при изради Аустриског општег грађанског законика од 1911 г. на који се угледало и при доношењу Грађанског законика Србије од 1844 год., хтело црпсти из извора неког више или мање замишљеног, апстрактног, као чисто умног права, без обзира на оно што се у народу већ налази као његово правно уверење, које одговара народним потребама и животним приликама, види се, поред осталог и из прописа његовог § 7, где се каже да законом непредвиђене или сумњиве правне случајеве треба пресудити по начелима природнога права, и уз то додаје: „са обзиром на прикупљене и зрело размишљене околности“. Ту је Грађански законик Србије од 1844 г. био нешто јаснији, па, како се мени чини, и опрезнији, јер у своме § 8 препоручује да се у таквом случају има поступити онако, како „здрав разум“ (а то је већ нешто друго, а не „природно право“ или сами „ум“), и природна правица (дакле *aequitas*) налажу. Јер здрав разум и природна (тј. која одговара животним приликама) правица, то је она *jus aequum* чија би супротност било *jus strictum*, као неко апстрактно право. У осталом, као што је Унгер у своје време рекао, већ сама правна аналогија савршено је довољна да сваки сумњиви случај, или случај баш празнине законске, реши у духу права које постоји.

У овом погледу мени се највише свија пропис § 1 Швајцарског грађанског законика од 1907 г., где се каже: „Ако у закону нема о томе никаква прописа, судија ће правни случај решити по обичајном праву; а ако ни овога не би било, онда по правилу које би он као законодавац поставио“ (текст немачки: „*die er als Gesetzgeber aufstellen würde*“; текст француски: „*selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur*“). Уз то долази, као трећи став тога параграфа, ово: „Он (судија) при томе има да се држи утврђене доктрине и традиције“ — а то је, бар мени се чини, јасно, да одлука има да одговара потребама и приликама живота по времену и месту.

Погрешно је узимано да је супротност између обичајнога

или неписаног и законскога или писаног права толика да они једно друго искључују. Законско право и само се заснива на обичајном праву као непосредном народном уверењу, а улога законодавца у томе и јесте да ово изведе. Према томе, мени се не чини заиста ни мало озбиљна она цримедба бечког професора дра Морица Велспахера, који, у Споменици стогодишњице Аустриског грађанског законика, а у својој расправи „Природно право и Аустриски грађански законик“ на страни 186 књиге I, преуносећи редакцију § 7 Аустр. грађ. зак., о швајцарској из чл. 1 каже: да је она и сувише субјективна и да „не спречава судију социјалистичких мисли да да слободнога маха својој социјалистичкој настројености, а реакционарног судију да приводи у дело своје реакционарне идеале“.

Као што је малочас већ речено сви они правни случајеви, за које односни законски пропис не би био довољно јасан, дају се повољно решити правном аналогijом, а случајеви које закон не би никако предвидео, па их не би било ни у обичајном праву, биће ретки. У том конкретном случају судија у улози законодавца неће претстављати никакву опасност већ због реткости таквих случајева, а и што се одлука судије, у том случају, тиче само тога конкретног случаја, и законодавцу стоји сасвим отворен пут да о томе да свој законски пропис.

Раније се могло мислити, да је Аустриским грађанским законом подигнуто умно или природно право из провалије у коју га је сурвала историска школа, чији је најглавнији претставник одиста био Савињи и чије је чувено дело „О позиву нашега доба за законодавство и правну науку“. У том оживљавању природнога или умнога права редактори Аустриског грађанског законика гледаху своју заслугу и тражише своју славу. Али то право било би и било је само једна стагнација и нерад у развоју права, празно мудровање које не даје никакве резултате. Наш Вук, по народном говору, забележио је у свом Рјечнику реч „мудровати“ као не урадити ништа (Шта мудрујеш? каже се оном који стоји, све нешто смишља, а не прихвата се посла).

III

Повратна сила закона и стечена права.

Кад је питање примене једног закона у погледу времена, узима се у обзир да је тенденција законска да се један чисто животни одношај уздигне на степен правног одношаја, тј. да

одношаје које људи међусобно имају уреди по извесним принципима. Свака чињеница, која чини тај одношај, тиме добија свој одређени правни облик и он остаје такав какав јој је дао закон под којим је постао, па ма после и не одговарао закону који би доцније дошао. Отуда правило: да о важности или неважности чињеница посталих под ранијим законом треба судити по законима под којима су постале. То се изражава формулом: закони немају повратне силе, они су без ретроактивности, и онда: нови закони не дирају у стечена права (*jura quaesita*). Обе су ове формуле идентичне. И ово правило, да закони не дејствују ретроактивно, дакле да не дирају у стечена права, увек је признавано. У римском праву оно се налази изречено, као и у канонском; велика већина писаца прима га, судови га признају, па је ушло и у модерна законодавства.

Напред је већ речено, да се позитивно приватно право тиче, принципски узето, појединаца као приватних лица и да држава није ту директно заинтересована, или бар не толико колико појединци као приватна лица; а позитивно јавно право да се тиче више државе него приватних појединаца, и то опет принципски узето. Али у ствари позитивно приватно право садржи у себи доста прописа који, ако већ нису, могу постати прописи јавног интереса, који су, како се то обично изражава, сада ту „јавног поретка и морала ради“. Отуда то, да у позитивном цивилном праву важи правило, да нови закони немају повратне силе, али да, кад се ти прописи тичу јавног поретка и морала, важи као „изузетак“, друго правило, наиме: да тада ти прописи имају повратне силе. Сад настаје питање: па у чем се управо састоји та повратна сила? То је питање појма повратне силе или ретроактивности закона, и у исто време појма стечених права. Пита се, дакле, да ли они законски прописи, који се тичу јавног поретка и морала имају доиста повратне силе, а то је: да ли руше права која су пре њих стечена?

Грађански законик Краљевине Србије изриче правило о неретроактивности закона у свом § 7 овим двома реченицама: „Закони ови немају повратне силе; они се простиру само за унапредак.“

Аустриски општи грађански законик, изричући у § 5 да закони немају повратне силе, додаје, да „зато они не дирају у раније радње и раније стечена права.“ Али то у што они не дирају нису само радње као правни послови, на пр. уговори, тестаменти и друго, него, како то примећује Унгер у своме Систему аустрискога приватнога права (св. I стр. 118, издање 1892 год.) и све већ постале правне чињенице, као такве, дакле и сви,

ма и случајни, догађаји као чињенице од правног значаја, као што је на пр. смрт, која је основ за позив на наслеђе.

Швајцарски закон, којим се уводи у живот Швајцарски грађански законик од 1907 год. поставља у свом чл. 1 ово правило о неретроактивности:

„Правна дејства чињеница насталих пре ступања на снагу овога закона биће суђена и после по одредбама савезног или кантоналног права, које је важило за време постанка тих чињеница.

„Према овоме, све пре овога постале чињенице и предузете радње, што се тиче њихове правне обавезности и правних им последица, подлџу и за у будуће оним одредбама које су биле у важности кад су те радње предузете.

„Напротив, после тога времена постале чињенице судиће се по новом праву, уколико закон не би предвидео неки изузетак од тога“.

А у чл. 2 правило о ретроактивности с обзиром на јавни поредак и морал:

„Одредбе овога закона, које су дане ради јавног поретка и морала, примениће се ступањем овога закона на снагу на све чињенице, уколико закон од тога не предвиђа изузетак.

„Према томе, прописи досадашњег права, који су по узимању новог права противни јавноме поретку и моралу, по ступању на снагу овога закона неће се више примењивати“.

А у чл. 3 правило о садржини правних одношаја посталих по сили самога закона:

„Правни одношаји, чија је садржина самим законом приписана странкама независно од воље ових, судиће се, после ступања овога закона на снагу, по новом праву, ма да су засновани пре тога времена“.

И још у чл. 4 о стеченим правима:

„Чињенице које су истина настале под владавином досадашњег права, али у време ступања на снагу новог права остану без правомштићенога захтева, долазе после овог времена, што се њихова дејства тиче, под ново право“.

Питање повратне силе закона, то је питање о стеченим правима, и ту важи правило: нови закон не дира у стечена права. Грађански законик може и не садржавати пропис о неретроактивности закона, па ће се ипак морати узети као правило да она постоји, јер се приватно-правни односи тичу само појединаца као приватних лица, не и државе. Они су, како је већ речено, изван јавног интереса државе, принципски узето, и сав је интерес државе само у томе да буду као такви правом нормовани на који било

начин, да би и у тим односима између ових појединаца као приватних лица имало неког реда. Тако, и јамачно из тог разлога, Швајцарски грађански законик не садржи пропис о неретроактивности приватно-правних закона, јер се такав пропис, као једно правило, већ по себи разуме према природи одношаја који се регулишу. Ако се пак пропис о неретроактивности закона приватно-правних износи у самом законнику или у којем посебном закону (као што је у Швајцарском закону о увођењу у живот Грађанског законика), онда се то чини због оних случајева на које треба за у будуће применити нов закон ради јавног интереса и морала, а то је: не допустити и даље стицање права по дотадашњем, дакле ипак не дирајући у већ стечена права пре новог закона. Значи да ни ту у истини нема никакве ретроактивности законске у правном смислу. Све оне чињенице раније постале и на њима већ засновани приватно-правни одношаји под ондашњим законом остају и даље такви какви су. Нови закон у њих не дира, респектује их као већ стечена права. Он само за у будуће не допушта даље нова стицања на исти начин, на основу чињеница које би тек настајале. Зато нема правна смисла у тим случајевима говорити о некој „изузетној“ ретроактивности. Ипак, ту има нешто што се новим законом мења, ма да то нису стечена права, али то, у обичном говору, даје повода да се помиње као ретроактивност. О томе мало ниже биће речи.

Помиње се да је Бенжамен Констан, француски политичар и велики говорник (1760—1830), у своје време узвикнуо: „Ретроактивност одузима закону његов законски карактер; закон који повратно дејствује није више никакав закон“. А у декларацији човекових права, унесеној у конституцију од 1793 г., у чл. 14 садржи се овај симптоматички поклич: „Ретроактивну силу дати закону био би злочин“. Свакојачко ово има везе са временом, када је ретроактивност давана чак и законима из области казненог права, наиме новом закону којим би се прописивала казна за дело које пре тога закона или није ни узимано као кривично дело, или је казна била прописана много мања, дакле када је у новом закону, неповољнијем по учioniца дела, давана повратна сила. А може бити и случај да се учиниоцу дела суди под законом који је повољнији за њега од закона под којим је дело учињено. Ни у једном случају не може бити речи о неком стеченом праву, јер овоме може бити места само онде где према једном приватном лицу стоји друго које се на то право позива, а овде према учиниоцу дела не стоји друго приватно лице, него стоји сама држава, па учинилац дела може с правом казати, у првом случају,

да не би ни учинио дело, да је онда била прописана казна каква је прописана после законом под којим му се суди, а у другом случају наводиће да је општа свест или правно уверење народа новим законом објавило своју ранију заблуду и погрешно гледање на оваква дела. Зато у првом случају нема места примени новог казнено-правног прописа на штету учиниоца дела, а у другом случају има томе места у корист учиниоца дела. Али то је, и једно и друго, припадајући области чисто јавног права, далеко од појма приватно-правне ретроактивности и повратне силе законске.

Француски Code Civil, чл. 2 има пропис: „Закон се примењује само на будућност; он нема никаквог ретроактивног дејства („La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif“), па се приговарало да би боље било да је тај пропис унесен баш у конституцију. Рекло се да овај пропис Code Civil-а везује само судију, а не и законодавца, и онда већ другој конституцији од 1795 г. придружена Декларација права садржи пропис: „Никакав закон, ни криминални ни цивилни, не може имати повратног дејства“. Тако су поступиле и Сједињене северо америчке државе, Норвешка и др., уносећи у своје уставе фразу: Никада се не сме закону дати повратна сила. Па тако је било и са уставом Краљевине Србије, како оним од 1903 год., где се у чл. 36 каже: „Закон нема повратне силе на штету права стечених ранијим законима“, — тако исто и са Уставом од 1888 год. Али овом уставном санкцијом се у ствари ништа не добија, јер сам принцип неретроактивности, како је напред речено, свуда је примљен и од свију признат, а оно што је овде у питању, то је његова садржина и значај. Задатак Устава не може бити да се то у њему излаже. То може бити задатак закона, као што то чини Швајцарски уводни закон Грађанског законика, и још задатак теорије и доктрине учбеничке.

Устави наши, који су долазили после оног од 1903 год., остали су без оне санкције о неретроактивности закона. Услед тога може се по који пут чути: како стечених права више нема, а кад ових нема, онда управо никаквих права и нема. То, наравно, не стоји. Зато ја изложих овде, поред доктрине која о томе постоји у праву, и саме прописе позитивног приватног права, из којих се види да: и без нарочите баш уставне одредбе, стечених права има у одношајима приватно правним по самом Грађанском законнику.

У вези су са овим посматрањима која је изнео Фердинанд Ласал, сјајни говорник и духовити социјал-демократски политичар, у своје значајном делу: „Систем стечених права“ (две

књиге, 1861 год., друго издање Лотара Бухера 1880 год.). Он ту углавном, вели:

Закон заиста не сме имати ретроактивног дејства. То сви признају. Зато и није потребна томе уставна санкција. Али је сва пометња у томе шта је у правом смислу ретроактивност, сам појам ове. А тај појам био би у томе: да се новим законом огласи оно што се заиста збило као да се није ни збило, да се није ни догодило, да се већ учињено узме за неучињено. Из тога излази овај принцип:

1. — Ниједан закон не сме се применити тако да се огласе да не постоје оне приватно-правне чињенице које су постале вољом приватнога појединца;

2. — Сваки закон сме се применити ако су у питању чињенице, или одношаји, постале собом саме, по самом закону под којим су постале, без посредовања воље приватнога појединца, а то значи да ће се одмах применити сваки закон који се тиче непосредно појединца у његовим независно од његове воље посталим опште човечјим, или природним, или самим друштвом му даним својствима, или се односи на њега само тиме што се мења у том погледу и само друштво у својим органским установама

Шта је дакле ретроактивност? Ништа друго него напад на човекову слободу и његову способност самоодређивања. То је у правом смислу повратно дејство закона, то јест оглашавање онога што је слободним одређивањем појединца учињено као и да није учињено.

Све друго није или је само привидно повратно дејство. И само право повратно дејство није допуштено, јер се не може као неучињено огласити оно што је приватни појединац учинио по својој слободи самоодређивања онда кад му бејаше то допуштено. Појединац може само онда подићи глас против повратног дејства, кад је његова по слободном саодређивању учињена и допуштена радња та која се има познијим законом да поништи и другачом огласи. Напротив права, која су самим законом као таквим, без оног вољног самоодређивања субјекта, овоме дате, ништа друго нису него општа својства и овлашћења, која су ту само на основу закона који их је подарио, дакле са њим су дошла, са њим и ишчезавају.

Закон је израз правне свести целога народа, и сваки закон који не квари раније чињенице постале слободним самоодређивањем појединца мора по својој природи одмах дејствовати, мора се сместа применити. Ту не може ни о неком повратном дејству бити речи. Тако закон који мења личну способност свију, или је

одузима једном целом реду лица, мења у истом тренутку, способност свију лица и одузима је одмах свима који су је дотле имали, а по новом је закону не могу имати. Али на основу те способности већ свршене раније радње остају у важности и новим законом не могу бити поништене.

Ако се, дакле, законом у земљи где дотле беше доба пунолетства 21 година огласи да се пунолетство стиче навршеном 25-ом годином, онда се тим самим и свима онима који би може бити већ били и у 24-ој години живота и по дотадањем закону били пунолетни, одузима та способност за радње. Такво лице нема шта да замера ни законодавцу ни судији, јер ни доба живота ни пунолетство није акт његове (тога лица) воље. То доба живота само је једно природно својство, а није нешто вољом тога лица произведено. Одређивање онога доба живота које је потребно за пунолетство јесте једна фиксација самога законодавца, једна од приватнога појединца сасвим независна ствар. Али се новим законом свакојак омет нешто мења: једно дотле пунолетно лице, није више пунолетно, сада се налази у другој правној ситуацији, другом својству. То даје повода, да се, нарочито у обичном говору, за ово стање каже да је ретроактивност, губитак једног „стеченог права“, ма да је то само привидно, јер оно је раније дошло независно од сваке воље и слободног самоодређивања тога приватно-правног субјекта, дошло, како мало час рекосмо, по самом закону, па са нестанком тога закона нестало и њега као противног новом закону. Зато пак оно пунолетство, које је постало везивањем за какву правну чињеницу зависну од индивидуалне воље субјекта, дакле његовим слободним самоодређивањем, као што је еманципација или добијање пунолетства услед женидбе, остаје и даље као једно већ у истини стечено право у које ни нови закон не дира. Зато остају у важности још и сви они правни послови које је такво лине, као пунолетно под ранијим законом, за време тога пунолетства било закључило.

У природи је свакога закона да буде одмах примењен чим ступи на снагу. О ретроактивности његовој не може бити речи ако се у чињеници на коју се нови закон примењује не садржи никакво стечено право.

Овде, укратко, изложена Ласалова теорија о неретроактивности закона усвојена је швајцарским позитивним правом, као што се то види из напред наведених законских прописа. Ту теорију примио је у нас најпре пок. Глиша Гершић (Гласник ученог друштва, књ. 54 стр. 1 до 94), затим пок. Андра Ђорђевић (Систем приватног права, 1893 г. I књ. стр. 142).

IV

Породичне земљорадничке задруге.

Новом кодификацијом дошло се до једног за целу земљу Кривичног законика од 17 јануара 1929 г. и једног за целу државу Законика о судском кривичном поступку од 16 фебруара 1929 г. И један и други били су претресени у Законодавном одбору ондашње Народне скупштине, али нису још били и изгласани у тој Скупштини, а санкцију су добили после суспендовања скупштине, онакви какви су изашли из реченога одбора. После овога образован је Врховни законодавни савет, коме су давани на оцену законски пројекти израђени у ресорима појединих Министарстава. Пред тим Саветом био је као пројекат и нов Законик о судском поступку у грађанским парницама, па је, после претреса у Савету, добио 13 јула 1929 год. и своју законску санкцију. Очекивало се да ће, после овога, доћи Савету и пројекат новог Грађанскога законика. Ово тим пре што је Савету придошао као нов члан г. др. Иван Мауровић, као још један од стручњака за Цивилно право и дугогодишњи професор тога права на Универзитету у Загребу. Али до тога није дошло. Савет је укинут, пошто је већ настао други ред у уређивању државе.

И тако нови Грађански законик још све једнако је у завршној изради пројекта у Министарству правде од стране нарочите комисије, у којој је такође члан и г. Мауровић. Израда тога пројекта започета је у Србији од стране комисије у Министарству правде више година пре великога рата од 1914—1918 г., а по свршетку овога и извршеном великом народном Уједињењу поново је узета у рад. Може бити било би боље да је тај пројекат био завршен у Министарству правде и упућен Врховном законодавном савету пре његовог укидања. На тај начин могле би бити отклоњене многе незгоде, које су се имале при претресу других законских пројеката поводом више или мање неподесне употребе имена појединих установа и назива извесних правних појмова. Сваки је желео остати при именима и називима на које је навикао под својим ранијим покрајинским законима. Али правну терминологију треба спровести једну кроз сву правну област, кроз сву законску унификацију. Она је за право што и за сваку другу научну област њена номенклатура. Грађански је законик тај који има да уједначи и изведе најбољу правну терминологију и да је тако одомаћи за сву правну област. У Врховном законодавном савету чињена су многа попуштања у питањима правне терминологије и правног

изражавања, остављајући да се потребне поправке у том погледу изведу доцније при изради и доношењу Општег грађанског законика.

Стојећи овако непосредно пред израдом овога Законика, неће бити, држим, на одмет, ако овом приликом изнесем нека своја опажања и мисли о томе.

За Грађански законик Србије од 1844 год. тврдило се и у Србији да је он само један скраћени извод (или и превод) Аустриског општег грађанског законика од 1811 год. У ствари он заиста беше, уопште узев, рецепција аустриског позитивног цивилног права, дакле Аустриског општег грађанског законика од 1811 год. Ипак, мора се признати, да су његови редактори при том, у многоструку, водили рачуна о тадашњем народном обичајном праву. У потврду тога навешћу овде само неки пример.

Трудећи се да одговори обичајном праву онога времена које је у приличној мери и данашњега, Грађанским закоником Србије проглашене су наше породичне задруге „моралним“, правним лицем (§§ 58 и 508) па је постављено правило „што је год имања и добара у задрузи није једнога но свију; и штогод који у задрузи прибави није себи но свима је прибавио“, што наравно не искључује да појединац може имати нешто и засебно, чисто своје, лично (§ 494), нешто што, бар по природној намени својој, само њему служи. У вези с тим, друго правило: „О задружном добру без сагласја свију пунолетних и ожењених глава један или други није властан располагати, као ни продати или задужити“. (§ 510). Али, по свој прилици под утицајем аустриског законика, наши редактори стали су се колебати у овој ствари. Отуд на другом месту (§ 515) пропис: „Задругар... свој део задужити може, и зајмодавци, који су једном без знања дружине зајам чинили, само се из његовога дела намирити могу“. Али нико у задрузи нема свој одређени део од имања задружнога. Ово је својина свију. Делови нису одређени. Они су само у идеји. Колебало се, дакле, и у супротност долазило у погледу индивидуализма или простог смесништва из Аустриског грађанског законика и колективизма породичних задруга, затеченог у нашем обичајном праву, у правном животу нашег народа.

Грађански законик Србије у §§ 57 и 507 прописује погодбе, под којима се има узети да задруга постоји. Тражи се заједница живота и имања, везом сродства, крвнога или грађанскога, утврђена. Треба имати на уму, да се та заједница живота тиче живота земљорадничког оних који су у тој заједници, дакле занимања земљорадњом. Каже се да треба да буде „више лица пунолетних“

а може их бити и малолетних, али ожењених (§ 510). Задруга је, по правилу, једна шира разграната породица. Али она изумирањем и деобом задругара може да спадне на једну просту или ужу, тако звану инокосну породицу, или породицу у којој би био само један пунолетан задругар, шта више бива да остане без и једног пунолетног, него да остану само деца. У том случају, истина, не би се могла међу њима основати задруга, али се узима да се може продужити већ раније заснована задруга, као заједница живота и имања тих заосталих сродника. У том случају и инокосна, ужа породица земљорадничка управља се по правилима о задрузи, јер већ у првој или другој генерацији она лако прелази у ширу породицу, која ће имати и пунолетних или ожењених глава.

У осталом тип породичне задруге, по ранијем и још сасвим ненапуштеном народном схватању, везан је за занимање земљорадњом и пољским радовима, тако да се свака, дакле и ужа земљорадничка породица, у којој би поред родитеља био и који пунолетни или ожењени син, без других којих сродника још, управља по прописима о породичној задрузи. Бива да отац, још за живота свога, одељује своје пунолетне синове, дајући свакоме део, а задржавајући раван део и за себе. Он на ту деобу истина не може бити нагнан од стране синова, али, ако за корисно и паметно налази, може је учинити, оставивши синовима, да после његове смрти поделе тако исто и део који је за себе задржао. То је у свој светлости изнео нарочито Валтазар Божишић у својој чувеној расправи „De la forme dite inokosna de la famille rurale chez les Serbes et les Croites“ (у српском преводу од пок. Јована Аћимовића 1884 год.).

Задруга је махом сеоска породица, али она не мора бити само у селу. Има породица настањених у граду (паланци), које живе од земљорадње и управљају се по правилима о задрузи, као што има и у селу породица које се не занимају земљорадњом, него каквим занатом или трговином. Зато је погрешно говорити о задрузи као сеоској породици и о задругару као сељаку. То је породица увек само земљорадничка, а чланови су јој увек земљорадници, па било то у селу или у граду.

И тако имамо три типа породице:

1. — Земљорадничка породица, сеоска или градска коју чине више браће рођене или од стричева, или других сродника, са женама и децом, ако ову имају. Може тражити сваки свој део на случај укореењене мржње и неслагања. Старешина који управља задругом биће онај кога за старешину хоће задругари, али он не може располагати задружном имовином без пристанка задругара.

2. — Земљорадничка породица, сеоска или градска, коју чине родитељи са својом децом, дакле проста (инокосна) породица, која се такође управља по типу задруге, али старешина је увек отац, који може и оделити своје пунолетне синове, али га ови на ту деобу не могу принудити.

3. — Неземљорадничка породица, сеоска или градска, која не долази под појам породичне задруге, јер није земљорадничка, па било да је проста или сложена, разграната.

Није без интереса да после овога наведем шта је о овим нашим, не само српским него југословенским, породичним задругама казао и како се о њима похвално изразио један врло умни публицист и економист свога времена, Белгијанац Емил Лавлеј, у својој књизи: „De la propriété et de ces formes primitives“ 1874 год. (на немачком од Карла Бихера 1879 год. под насловом: „Ureigenthum“ стр. 373 и др.). Случајно сада сазнадох, да је ово дело изашло и у српском преводу, који ми није при руци.

Ево његових речи:

„Јужни Словени избеглоше утицају римског права услед престаних ратова који им пустошише област, а поглавито услед турског завојевања. Побеђени, изоловани, остављени себи самима, они гледаху само како да сачувају свој традиционални поредак своје локално самоуправљање. Тако су кућне заједнице (задруге) одржале се до нашега доба, не претрпевши ни утицаје римскога права ни феудалних одношаја. И данас оне су основа аграрног уређења свију Јужних Словена од обала Дунава, па преко Балкана, У Словенији, Хрватској, Српској Војводини, Војној Граници, Србији, Босни, Бугарској, Далмацији, Херцеговини и Црној Гори постоје старе установе једнаких карактерних црта. У Босни живе често и муслимански бегови у кућним заједницама, покашто баш и у градовима, као у Сарајеву.

„У Хрватској, уосталом, задруге постоје баш и у сеоском племству — закон о задрузи од 1870 г. § 1.... Словенци, који су најзападнији међу Јужним Словенима, узима се као да уопште више немају задруга. Међутим констатовано је да ове установе постоје и код њих у неким пограничним крајевима“ — вели Божишић у напред наведеној расправи својој, стр. 15.

„Апстраховано од градова и оних ситних делова далматинског приморја где је млетачким утицајем продирало римско право, све промене историске, које су једну половину Душанове словенске државе доделиле Турцима, а другу Угрима, и услед те деобе настале разлике у политичким односима — све те промене оставиле су недирнуте оне покрајинске обичаје: они су трајали

и даље и завојевачи нису на њих ни обраћали пажње. Тек у новије време почело је уређење кућних заједница законом. Тако у Србији и Црној Гори. Иначе оне почивају искључиво на обичајима...

„Са правног гледишта, продужава Лавлеј, задруга је једно правно лице које има својину и предузима правне радње. Непокретност коју она има њена је неподељена својина. Кад појединац умре, постоји ред наслеђа за покретна добра његова; деца његова имају права на један део приноса од земље, али не по основу наследног права на земљу него на основу личног права. Не што би та деца долазила на место умрлога, него што са осталима привређују на заједничкој својини — зато имају права да уживају један део од приноса. Нико не може ни са једним делом земље располагати ни поклоном ни тестаментом, јер нико од њих није сопственик (власник) тога, јер сваки врши само право уживања. Само у случају кад сви чланови породице, са изузетком једнога јединог, помру, може овај последњи по вољи својном располагати.... Девојка која се удаје добија мираз према имућству породице, али нема права на какав део својине по наслеђу. Као мајорат, тако је и својина задруге солидна основа на коју се наслања продужење породице; не сме се, дакле, ни умањити, ни делити. Удовица добија своје издржавање и даље, али мора радити. Ако се преуда има право на мираз. Задругар који би највише допринео да се имовина задруге повећа, може ако задругу оставља, потраживати нешто већи део задружне имовине.

„Енглески закони учинили су да својина земље оде из руку оних који је обрађују и да се згомила у преградне латифундије у корист малог броја породица које живе краљевски. Француски закони, напротив, иду за циљем да, дељењем наслеђа на подједнаке делове, што је могуће већи број дође до земље, али тај циљ може постићи само распарчавањем поља, тако да се она не могу обрађивати онако како то захтева рационална привреда. Српски закони напротив, тиме што штите задруге, чине сваког човека као задругара сопствеником њиве коју обрађује и обезбеђују привреди потребну величину. Удруживањем сједињују се користи велике привреде са користима малога поседа.

„Социјални терети и случајности живота мање тешко погађају задругу него инкосну кућу.... Код Јужних Словена, тамо где задруге преовлађују, нису потребни заводи ни порези за сиротињу, као у Скотској. Везе и дужности породичне замењују сиротињске заводе. Ту рад није роба која се као и свака друга

роба нуди на пијаци, да би се ту потчинио често врло грубим законима понуде и тражње. Мало је ту сиромашних који траже посла, јер ту скоро и нема надничара. Сваки је сопственик једног комада задружне земље и привређује само својим продуктивним капиталом. Нема, дакле, ни ендемичног пауперизма, ни случајног убоштва“.

Али ни Лавлеј није могао да не заврши констатацијом да породичне задруге са изласком из доба патријархалности не само да не цветају него, нажалост, пропадају. Он то изражава овим речима:

„Не мислим да сам добре стране породичне задруге преценио и да сам њихов патријархални живот оцртао у слици и сувише светлој. Треба само отићи у словенске земље јужно од Дунава, па ће се наћи њихове социјалне организације у сад баш описаној чистоти.... Али при свим својим добрим странама ово аграрно уређење пропада и ишчезава свуда где је у додиру са модерним идејама. Узрок је тај што ове установе одговарају стационарном стању простих културних ступњева, а само се тешко одупиру односима једнога друштва у којима људи хоће да побољшају како свој привредни положај тако и политичке и социјалне установе у којима живе. Та тежња модернога човека да се уздигне и да све више ужива не да се сложити са егзистенцијом породичних задруга, у којима је судба свакога појединца тачно одређена и једва да се може шта разликовати од осталих. А кад се једном пробуди та себичност, онда човек јарам своје породичне задруге, ма како да је лак, не подноси дуже. Он хоће да се слободно креће, да је самосталан, да може предузимати и ризиковати. Докле год несебичност, братска љубав, послушност према кућном старешини, узајамно попуштање према погрешкама и слабостима владају у кући, заједнички живот је могућ и баш женама пријатан, али кад тог осећања нестане, тај задружни живот постаје једна мука и сваки брачни пар хоће да има свој засебан стан да би се истргао испод присуства осталих. Добре стране и користи од задруге, ма колико да су велике, тада се не рачунају ни у шта. Сваки хоће да живи по своје нахођењу, за себе да ради и, како се обично каже, из своје властите чаше да пије.

„Без вере не би могло бити трајне религиозне заједнице, па тако мора нестајати и задруге кад стане слабити породични смисао у њој. Не знам да ли ће народна племена, која су под овим патријархалним установама уживала један миран живот, доспети некад до сјајније, боље или срећније судбе, али изгледа

да је неминовно да она, као Адам из „изгубљеног раја“, скрећу на други, нови пут и да хоће да уживају дражи независног живота у пркос одговорности и опасности. Моје је мишљење да социјални политичар не може без жаљења гледати како нестаје породичних задруга“.

Ове мудре и пуне лепих жеља речи Лавлејеве нисам могао пропустити да их не репродукујем овом приликом. Његовом књигом ја сам се одушевљавао још у младим годинама својим. Његово жаљење за нестајањем задруга очевидно није жаљење које прожима само социјалне политичаре, него њиме треба да буду надахнути нарочито правници. Сви треба да чине што је потребно да се процес нестајања породичних задруга бар не убрзава, а правници имају да формулују прописе о томе. Земљорадњи је потребна солидарност њених привредника у ширим размерама. Осим тога географске и климатске прилике могу чинити неопходним породичне задруге. То нарочито важи за планинске и брдске крајеве.

Аустриски општи грађански законик, може се рећи, не говори о задругама. Његови редактори у оно време, како напред изложисмо, сматрали су да задруге не одговарају захтевима чистог ума, да су противне умноме праву, јер се противе личној слободи појединаца, праве у наслеђу разлику између сродника једнаких по степену сродства или искључују ближе у корист удаљених сродника, а женску децу искључују у корист мушке итд. Тај, Аустриски грађански законик, тек само помиње, у свом § 761, уколико даје на знање: да ће се изузеци од законскога реда наслеђивања Закоником прописани, кад је у питању посмртно имање „сељачких особа“, налазити у другим „политичким“ законима. А то би били, за Хрватску, по Богишићу, најпре специјални Закон о задрузи, издан Хрватским сабором, од 1 децембра 1870 год., и још наредба од 30 априла 1874 год. о примени овог закона од 1870 год.

Што се тиче искључења женске деце из наслеђа навешћу и овде речи Живојина Перића, професора приватног права на Београдском универзитету (које сам навео у мојој расправи „Право репрезентације у наслеђу“, 1924 год. стр. 12 и 13): „Кад се има ово двоје у виду: да се законодавац има освртати и на потребе времена у коме своје наредбе доноси, и друго да је наш Грађански законик рађен у оно доба када су задруге биле у јеку и престављале главни облик уређења економских односа код нас, не може се законодавцу из 1844 год. пребацити што је установио приоритет мушке лозе над женском. Пошто је... задружна

организација била у великој превази тада, законодавац је, на сваки начин, морао, при прописивању правила о интестатском наслеђу, водити рачуна и о тој организацији, а нарочито о њој, мотрећи на то да се одредбама о наслеђу не спречи опстанак и развитак задруга. Он се, свакако, није могао код наслеђа руководити интересима инокосне куће, које су, у то време, биле у народу у изузетном броју“. Томе сам онда додао још ово: „Законодавац је морао тако радити баш и у интересу инокосне куће земљорадничке, јер и она живи истим животом као и задруга: отац одрасле синове и не сматра другаче него као задругаре своје, са њима ради и тече, а кћери одлазе, кад стану на снагу, у другу кућу, тамо раде и у њој теку; задруга изумирањем задругара или деобом, може да постане кућа инокосна, а ова већ у првој генерацији биће опет задруга... Ранији пропис § 529 узимао је у заштиту задругу још и тиме, што је чак и рођене кћери у задрузи умрлога задругара, који није оставио мушке деце, искључивао из наслеђа у корист задруге. Оправдавајући и ово тежњом за одржавањем задруге, г. Перић указује на то, како је „распад задруге ушао у акутнију фазу, кад је законодавство доцније признало таквим кћерима право наслеђа очевог имања у задрузи, остављајући право задрузи да им може тај део исплатити у новцу“ — баш ако су, као већ удате, отишле у другу кућу.

Уосталом, искључивање женске деце из наслеђа кад има мушке није се осећало као нека неправда ни код неземљорадничких породица. Код ових је обичај да девојка удајом добије мираз, који често износи више него наслеђе што ће га по смрти оца добити њен брат. А код породица земљорадничких, ако девојка удајом оде из очеве куће, она се тамо, у другој кући, радо дочекује као нова потребна радна снага, па, ма да наслеђем ништа неће донети кући у коју улази, она се задовољава тиме што зна да ни девојке које излазе из куће у коју је она доведена неће ништа наслеђем изнети, него ће ово остати ту у кући.

Аустриски општи грађански законик проширен је и на Хрватску 1852 год. под владавином апсолутизма, али од тада па до нормовања задруга законом могао је имати за задруге само поразног дејства.

У Споменици стогодишњице Аустриског грађанског законика г. Мауровић нам је казао: да се са сигурношћу даје закључити да апсолутистички судски закони — не изузимајући ни Аустриски општи грађански законик — нису у Хрватској никако могли пријатељски бити дочекани због октроисања.

Наше старо право, вели Мауровић, није ваљало и морало је, пре или после, бити замењено, али уставним путем и не без сарадње народа.

А Рушнов—Посиловић у својем Тумачу тог Аустриског грађанског законика, у уводу, вели:

„Погледом на одношаје наше домовине цијеним, да (Аустриски општи грађански законик) није одговорио у читавом свом опсегу. Неке ригорозне установе, произвируће из институције грунтовнице, затим дозвољавајући неограничено цијепање посједа, његово наслиједно право, и без обзира на сељачки посјед, не одговарају у многоме правном осјећају нижих слојева нашега народа, у којим још за доста владају патријархални одношаји“.

У 1904 години, тражила се ревизија целог законика, али, како се у Тумачу тврди (стр. 7), ондашње прилике у Аустрији то нису допуштале, а нарочито су истицане „оставинске расправе као опште шткодљиве и само ради фискалних интереса уведене, којима се траћи време, новац и силе, зановета странкама у суду све у интересу фискаса“. Тумач карактерише то време као време чежње за реформом у многоме заосталог законика.

* * *

Грађански законик Србије није следовао аустриском да изједначи женску децу са мушком. То се изједначење противило животним потребама онога времена, како сам имао прилике да у том погледу дам извесних објашњења у једној ранијој својој расправи (Право репрезентације у наслеђу, друго издање 1924 год.). Установа приоритета мушких потомака у наслеђу почела се осећати као неправда тек са развитком оних класа друштвених које се не занимају земљорадњом, нарочито код становника градова, кад су ови у све већој мери престајали бавити се земљорадњом и одавали се другим позивима, па и код оних на селу, који су се, доцније, такође одавали другим позивима, као сеоске дућанције, занатлије, или што друго, напустивши сасвим земљорадњу. У поменутој својој расправи (стр. 11—12) казао сам: „Од закона се тражи да не буде у супротности са оним што важи као општа правна свест народа за који се закон доноси, па тако је дошло и код искључења женске деце кад има мушке. Уколико би то било несагласно са правном свешћу којег посебног и мањег друштвеног реда, закон, не поставивши зато нарочитих правила, оставља да се тестаментом може и друкче уредити. Шта више закон ту слободу друкчег уређења тестаментом оставља и

земљораднику, па било то кућа инокосна или задружна, према посебним приликама и другим погледима, које би појединац имао“. Не могући се овде дуже задржати на том питању, напоменућу само то, да ако се хоће новим законом да одржи принцип да су земљорадничке породичне задруге морална лица и да, доследно томе, оно што појединац и задругар у таквој задрузи прибави није прибавио себи него свима у задрузи — онда последица тога има бити да се ни тестаментом не може располагати друкче него само са пристанком „свих пунолетних и ожењених глава у задрузи“. У сваком случају потребно је одржати целокупност задружне непокретности, не давати маха њеном распарчавању.

V

Посмртно имање.

Следујући народном правном схватању израженом у обичајном праву, Грађански законик Србије од 1844 год. (§ 487), супротно аустриском (§ 797), поставио је принцип да се суд, у случају смрти кога лица, не меша у попис његова имања, „осим случаја где деца малолетна без оца и матере и без сваког старања остану“. А суд позван може бити да попис предузме од „преживелог супружника или од наследника или тудора и других лица којих се тиче“. (чл. 62 и 82 Поступка у ванпарничним делима). Наследник се прима наслеђа и постаје наследником самом смрћу дефунктусовом, у тренутку смрти овога, а не тек изјавом пред судом и предајом наслеђа од стране суда. Његова изјава да се прима наслеђа и да је наследник бива и самим делом (прећутно), каквом радњом којом он после смрти дефунктуса продужава управу и располаже имањем као својим, ако му то нико не оспорава. Само фискални интереси државе, па онда и општинских управних власти, могли су донети собом друкче поступање противно позитивним прописима Грађанског законика Србије. Вршити попис и процену имања дефунктуса који је за живота свога живео на томе имању и текао га заједно са својим синовима и кћерима, или и другим му блиским сродницима, и кад то нико од интересованих приватних лица не тражи, није ми мало оправдано, а вршити и противно законнику, само ради наплате наследне таксе, заиста је за осуду. Треба гледати да се ти фискални интереси подмирују на други начин и из других извора, а не рушењем једне приватно-правне институције, каква је ова оступању наследника на место дефунктуса у самом тренутку смрти

овога. Нарочито је за осуду да ту, поред државе, умеша своје прсте и општинска ако не још и која друга управна власт, ради подмирења својих фискалних интереса, присвајајући и себи неко право на наплату наследне таксе, што ништа мање не значи него као неко право на удео у наслеђу.

У рату и у другим тешким приликама које доводе у питање и опстанак државе, грађани обично манифестују свој патриотски осећај изјавама да стављају на расположење држави имање и животе своје за успех државе и спас народа. Наша тешко намучена држава изашла је жива из рата 1914—1918 год., али велике тегобе за време тога рата, па и светска криза после рата, притискују и нашу државу. То је једно стање нужде, за које се каже да „мења закон“. Ту може бити оправдања и за оне прописе буџетских финансијских закона и Закона о таксама, као и о обавезном попису сваког посмртног имања и наплаћивању наследних такса, противно прописима Грађанског законика о томе. Али све то има да остане једна привременост, и то што краћа, изазвана само једном великом невољом.

VI

Жене у браку и јуристичка лица не стоје у имовно-правном погледу под „особитом заштитом закона“ слично малолетницима и лицима умоболним.

Сад један пример нелогичности или баш заблуде редактора Грађанског законика Србије у погледу имовно-правних односа мужа и жене.

По § 416 „имање које жена мужу ради лакшег живљења принесе, сматра се као њена сопственост“. То имање може жена за себе задржати као одвојено и под својом управом, и само „ако се жена противна не покаже“ (§ 771), може муж имањем управљати као прост пуномоћник њен.

А по § 772 „жена није дужна о уживању користи или прихода од свога имања под управу мужевљу данога давати“. При свем том редактори наши онога времена толико су се заборавили, или потчињеност женскиња уопште толико их је занела, да су (§ 920) изrekli: „Малолетницима уподобљавају се и сви они, који не могу или им је забрањено сопственим имањем руковати; такви су ума лишени, распикуће судом оглашене, пропалице, презадуженици којих је имање под стеците потпало, удате жене за живота мужевљева“! И тако, пунолетна девојка, која све до удаје у имовно-правном погледу има сва она права која има и

свако пунолетно мушко лице, губила би удајом сва та права, иако друг своме мужу и матери њине деце, а по смрти мужевљевој опет би јој ускрснула сва та права. Такав имовно-правни положај удате жене очевидно би био противан и самој природи овог животног односа као и оним напред поменутих прописима истог овог законика, прописима по којима жена задржава не само способност да буде субјект права, него и способност за предузимање и вршење правних радња, па би заиста био противан и самом народном схватању, које нам каже: кућа не стоји на земљи него на жени. Шта више, има примера, да је жена у задружној кући управљала задругом као њен старешина. Воља законодавца никако није могла бити та, да се жена уподобљава малолетнику, да је она исто што и сваки малолетник, или, што је најгоре, што и сви „ума лишени“!

Ипак морам нешто да ублажим прекор који овим учиних редакторима од 1844 год. Исто то, само не што се тиче имовно-правног положаја жене у браку, него односно тог положаја јуристичких лица приватнога права, наћи ће се и у „Систему аустријског општег приватног права“ од д-ра Јозефа Крајнца а у посмртном му издању професора д-ра Пфафа још 1865 год. (I св. ст. 207 и 208), где се говори о јуристичким лицима исто тако као што се и у § 920 Грађанског законика Србије каже о удатој жени. Крајнц — Пфаф ту кажу, да јуристичка лица, што се тиче прибављања имовинских права, нису равна физичким лицима, јер немају оне воље која је за једну правну радњу битан захтев. Па онда кажу: „Како ову (такву вољу) имају само физичка лица, а јуристичка лица као прости појмови (als blosse Begriffe) не могу имати никакве воље, тако да су она сасвим неспособна за правне радње“. А у примедби, испод текста, стоји: „Тако номиналисти“. Гледишту реалиста одговара швајцарски пред-пројект (чл. 74), по којем: „Корпорације и заводи способни су за радње, чим, сагласно закону и статутима, буду постављени за ово неопходни органи“. По Крајнцу корпорације су ту у положају сличном деци и умоболнима. Код ових, вели Крајнц, помаже се установом, коју § 21 Аустр. грађ. законика зове: „нарочита заштита закона“, и која се састоји у томе, што се тим лицима придају за радњу способни заступници, чије радње, по једној правној фикцији, важе као радње оних које заступају. Тиме се, вели Крајнц, мора послужити и код корпорације, као са лицима која стоје „под особитом заштитом закона“. — „Јуристичка су лица — по Крајнцу — дакле исто онако као и деца и као умоболни за радње неспособна и ово је правило без изузетка код

корпорација код којих се покушавало да се у јединству воље свију чланова види воља корпорације“.

Али да су корпорације као правна лица једна стварност, а не само нека фикција и нешто мистично, то нам казује сам живот, у којем они делају као способни за све правне радње у свим својим пословима, нарочито привредним. И то реалистичко схватање није остало само у неком пројекту, него се садржи баш и у самом тексту Швајцарског законика од 1907 год. Тако:

§ 53. Јуристичка лица су способна за сва права и дужности која немају за нужну претпоставку природна својства човекова, као пол, старост или сродство.

§ 54. Јуристичка лица су за радњу способна чим се поставе по закону и статутима за то неопходни органи.

§ 55. Органи су позвани да изразе вољу јуристичких лица.

Они обавезују јуристичко лице како закључивањем правних послова, тако и другим својим држањем.

За своје кривичне радње одговорна су лица која раде и лично.

Тако је то лепо схваћено у Швајцарском грађ. законик у, па је тако сада нашло места и у теорији приватнога права.

Како се ово питање тиче односа у којем стоје правна лица према физичким, задржаћу се још мало на томе. Ево шта о томе каже Хајнрих Дернбург у своме делу Pandekten (1896 год. I књ. стр. 138 и др.):

„Осим човекове индивидуе имају своју самосталну правну способност још извесне организације, које припадају друштвима људи. Такве организације уобичајено је сада звати „јуристичким лицима“; прошлога столећа беше у употреби израз „морално“ лице, тако да се морално узимало у смислу „трансцендентно“, тј. као оно што је изнад света телеснога. Врсте су јуристичких лица: корпорације, даље заводи, тј. јавне установе, најпосле задужбине, тј. корисним циљевима посвећена имања.... Навикло се на јуристичка лица гледати као на нешто фингирано.... Првобитни појам личности износи нарочито Савињи, као да се поклапа са појмом човек, јер човека ради и јесте свеколико право. Тој првобитној идеји одговара формула: сваки поједини, и само појединац, човек је правно способан. Ипак изузетно правом се узима као корисно, да се правна способност распростре и на субјекте, који су то само по фикцији. Дуго се гледало да се некако на тој фикцији заснује теорија јуристичких лица. У новије доба она је дала повода да се јуристичка лица ослободе те фикције, али уз то да им се

порече и егзистенција. Нарочито Бринц објавио је рат јуристичким лицима. О фингираним лицима говорити, рекло се, погрешно је; то би било признање да нема ни фактичнога правога лица, јер фингирано је оно што стварно не постоји, а што не постоји, не може ни права каквих имати.... Стварно, дакле, постојало би само имање за одређени један циљ, наиме имање које никоме не припада, али служи извесним циљевима, сврхама. У том имању имала би се својина без сопственика, тражбина без поверилаца, дугови без дужника — без-субјектна права. Овим резонавањем нездрава идеја фикције осуђена је на смрт, али је јуристичко лице остало живо“.

Тако Дернбург. Он још наставља:

„Неисториски је да је првобитно била личност само и једино човек. Много је тачније да је јуристичко лице самораст (urwüchsig) и да га је било још у почецима државе и права. Још из старих времена био је нарочито у Риму, народ, као држава, правна личност, и по њој формована општина, па тако исто и корпорације, које своје порекло воде из доба Нуме и Сервија Тулија“.

„У истини друштвена нужност, а не нека извештаченост, та је која непосредно чини да се имовна способност везује не само за индивидуе, него тако исто и за социјалне организације. Јер подела добара између индивидуа истина одговара циљу, на вишим ступњима културе неминован је облик друштвеног живота, али индивидуална својина потребује неку допуну којом би се ублажила њена једностраност и изравнале оштрине. Ова допуна је баш у томе, да, поред физичких лица, корпорације, заводи, задужбине имају приватно-правну имовинску способност; тек тиме биће они способни да послуже општим сврхама. Јуристичка лица нису наравно нешто баш телесно, али никако нису ни нешто нефактично, нестварно; она су претставе, и баш зато нису фикције. То двоје, претстава и фикција, није једно исто. Фикцијом се хоће једној садржини као појму да даде нешто што у њеној садржини није или да одузме нешто што је противно стварности. Претставом јуристичког лица, напротив, подводи се оно што је фактично под један појам који му одговара. Појам једне општине на пр. везује се за земљу и људе који стоје у извесном односу. Ова претстава одговара реалности. Она није неки производ фантазије, како се мисли, него разума; она има опште признање.“

Бринцова идеја да, одбацујући фикцију на којој је заснована егзистенција јуристичких лица и њихова имовинско-правна способност, сведе сва та друштва на имања намењена одређеном

циљу (тако звана циљна имања, Zweckvermögen) не поклапа се са оним што је фактично у праву, јер постоје и јуристичка лица која немају имања. Тако универзитет који би се издржавао средствима државним, може бити формован баш као корпорација, а бити без икаква имања, па, као такав, има и имовно-правну способност да имање прибави завештањем или поклоном. Уосталом ни Римљани нису јуристичка лица заснивали на фикцији, па су ипак признавали њихову егзистенцију.

Заиста јуристичка лица су исто тако једна стварност, као што су то и лица као поједине индивидуе. Увек је тако било у животу и са развјетком друштвеним биће у све већој мери. Ако је задатак права да буде заштита животних интереса човекових, оно се не сме ограничити на ту заштиту интереса чисто индивидуалних. Напротив, томе своме задатку одговориће тек заштитом оних интереса које на видик износе и удружени појединци. А ови, удружени, лице су које има своју вољу, способно за правне радње.

VII

Завршетак.

Колико ми је познато, нови Грађански законик, један за сву данашњу државу нашу, који је сада у довршавању пројекта његова, израђује се опет по угледу на добро познати Аустриски општи грађански законик. Чини ми се да би боље било у изради тога пројекта угледати се више на напред помињани Швајцарски грађански законик од 1907 год. Данас чувени немачки правници не устручавају се да отворено кажу, да би и за Немачку тај Швајцарски законик био бољи него и немачки од 1900 год. који својом опсежношћу и детаљисањем збуњује и школованог правника, немачког судију, а народу мора бити нарочито нејасан. За школованог правника, као судију, довољно ће бити ако законик садржи само принципе правне области која се законом нормује. И давање многих дефиниција у закону треба избегавати. Њих има доста, нарочито у Аустриском грађ. закону. То треба оставити уџбенику и катедри. Тада ће законик и народу бити јаснији. Тиме се наравно не искључује свако давање дефиниције, па ни набрајање потребних изузетака од тога. Своју жељу за таквим грађанским законом, како је то познато, изразио је нарочито немачки професор у Берлину, правни писац д-р Јозеф Колер. Један наш Министар правде, ђак Берлинског правног факултета, кад смо једном поменули ово нахођење Ко-

лерово о Немачком грађанском закону, сагласио се с тим, али је одмах додао: него будите уверени, да је немачком судији баш требало у самом закону све казати. У једном разговору, опет о томе, у Хагу, са немачким професором и правним писцем Рабелом, овај ми је то потврдио, рекавши: јесте, али дајте такве судије (у Немачкој, разуме се), којима не би требало у закону све казати.

Швајцарски грађански законик, тврди се, свуда је у науци дочекан одушевљено. Поред Колера помиње се ту и Лабанд, Гирке, Менгер и Римелин. Овај последњи рекао је, у једном предавању о новом Швајцарском цивилном закону и његовом значају за Немачку (Тибинген 1908 год.) ово: „Прогноза је најповољнија. На нама, Немцима, је да будним оком пратимо развјетак, ако не да отуда изводимо закључке баш за ревизију наше кодификације, које тешко да ће ускоро бити, а оно за домаћу практику. Није то први пут, да културни рад једног малог, али врло оригиналног, народа послужи за углед и великим народима“.

Остаје, дакле, да Грађански законик треба да изложи у свој јасности све принципе правне области коју нормује, као и да помене потребне могуће изузетке од тога, остављајући на страну извођење свих оних детаља који би отуд потицали, јер законска опширност која се отуда има само би збуњивала људе из народа, а судији, као школованом правнику, ако га и не би, или бар не би требало, доводити до пометње, била би непотребна. Што се пак тиче Аустриског општег грађ. законика, напредци у науци чине, да се Аустриском грађанском закону може признати још литерарно историски значај и, како Јозеф Унгер у предговору петог издања свога Система аустриског приватног права од 1892 год. каже: „Тај је законик један леп са стабла му узабрани цвет метнут у чашу воде“. И још нешто, баш по речима Унгера: Законик не треба помешати са уџбеником; из уста законодавчевих треба избацити све што припада само катедри.

Аустриски грађански законик одавно је већ несавремен, а а немачки је много уџбенички, катедарски.

Један од хвалилаца Аустриског грађанског законика, у Споменици стогодишњице тога Законика, д-р Освалд Каствнер, бечки судија, у чланку „У прилог техници Општег грађанског законика“ (I стр. 534), почиње тај свој чланак овако: „Један од највећих правника изрече о нашем Грађанском закону, ускоро по његовој појави, пресуду, која тешко да се може узети као нарочито пријатељска. То беше нико мањи него баш Савињи,

који у свом прослављеном спису „О позиву нашега доба за законодавство и правну науку“ о том законнику рече да је „у свем облику и распореду.... веома сличан једном нешто пространије изведеном компендијуму институција.“ Али, вели Кастнер, задатак једног законика далеко је од једног уџбеника као небо од земље. Законик има да наређује, уџбеник да објашњава. Један утиче на вољу, други на сазнање. Закон који се ода теорисању и апстраховању није способан да буде популаран“. Кастнер се затим труди да Законик одбрани од овог неповољног суда Савињијевог добро изведеном техником његовом, која га је, вели он, начинила популарним.

У истој споменици, (стр. 381 и 440) чешки професор у Прагу, д-р Роберт фон Мајр вели: Тај Законик води порекло из времена владавине апсолутистичке власти. Његова основна социјална посматрања припадају времену пре Француске револуције. Пун је дефиниција и све се почиње дефиницијом. Свакојако законодавац се не може сасвим лишити дефиниције. Али има дефиниција и дефиниција, оне су двојаке: потребне и штетне према својим функцијама. По дефиницији појма ствари, коју даје Аустр. грађ. законик, једва да би постојало нешто што не би било ствар, како је то још Савињ и приметио. Отуда долази то, да се у законнику често узима један појам час у ужем час у ширем смислу. Много је баласта унесено у Законик и границе између Законика и уџбеника нестале су. Мерилом свога времена мерен, он је наравно „мајсторско дело“, али данас је то нешто сасвим друго.

Scheinverbrechen

von

Dr. jur. et phil. Karl Wolff,

o. ö. Universitätsprofessor,

Innsbruck.

Vorbemerkungen.

Recht im objektiven Sinne ist das dem Souverän im Rahmen seiner Souveränität Zusinnbare.¹⁾ Da das Unmögliche den Rahmen der Souveränität überschreitet, kann Unmögliches nicht Recht sein.²⁾ Nun ist es unmöglich, fremde psychische Akte mit Sicherheit zu erkennen. Wir sind hier nur auf mehr oder weniger sichere Schlüsse aus dem Verhalten des anderen angewiesen.³⁾ Auch der Richter kann daher ein psychisches Phänomen, einen inneren Bewusstseinsakt des Angeklagten niemals mit Sicherheit erkennen. Ist ihm aber diese Erkenntnis unmöglich, so kann sie nicht vom Rechte vorgeschrieben sein. Eine solche Vorschrift wäre eben, weil sie etwas Unmögliches zum Gegenstand hätte, keine Rechtsvorschrift.

Daraus ergibt sich schon, dass der Verbrechensvorsatz nicht ein wirklicher Bewusstseinsakt, ein wirkliches Wissen oder Wollen des Verbrechens sein kann. Es handelt sich hier vielmehr um ein aus dem äusseren Verhalten des zu Beurteilenden erschlossenes inneres Verhalten. Und dieser Schluss kann richtig oder falsch sein. Dieser Schluss ist aber auch das Äusserste, was der Richter diesbezüglich feststellen kann. Man kann nun den erwähnten Schluss, dass ein bestimmtes inneres Verhalten gegeben sei, Anmerken nennen.⁴⁾ Ist das erschlossene innere Verhalten ein Wunsch, so ist das Anmerken Zusinnung.⁵⁾ „Wissen“ ist also im rechtlichen Sinne Anmerkbarkeit, „Wollen“ Zusinnbarkeit. Das festgehalten können wir der Kürze halber und dem allgemeinen Sprachgebrauch angepasst nunmehr einfach von „Wissen“ und „Wollen“ sprechen. Nur dürfen wir darunter eben nicht wirkliche psychische Akte verstehen.

Wenn dem ein bestimmtes Verhalten Beobachtenden anmerkbar

1) Wolff, Grundlehre des Sollens, zugleich eine Theorie der Rechtserkenntnis 161.

2) a. a. O. 167.

3) a. a. O. 8 — Wolff, Mentalreservation (Jherings Jahrbücher 81 Seite 53 ff) 57.

4) vergl. Wolff, Mentalreservation 59.

5) a. a. O. 59; Grundlehre 8.

ist, zu wissen, dass er es beobachtet, so ist das Verhalten bewusst. Ist ihm auch anmerkbar, zu wissen, dass er dieses Verhalten vermeiden kann, es also nicht gezwungenermassen beobachtet, so ist das Verhalten vorsätzlich. Wer unter denselben Umständen einen Erfolg herbeiführt, hat ihn vorsätzlich herbeigeführt. Vorsatz ist also begleitende Innenbeziehung der Verursachung. Ohne Verursachung kein Vorsatz, überhaupt keine Schuld.⁶⁾ Hat man irrtümlich geglaubt einen bestimmten Erfolg zu verursachen, so ist — falsche — Voraussicht, nicht aber Vorsatz gegeben.

Ist der eingetretene Erfolg Zweck des sich Verhaltenden gewesen, so ist der Vorsatz Absicht. Auch sie setzt also nach der hier, wie auch an anderen Orten,⁷⁾ angewendeten Bezeichnungweise den Eintritt eines bezweckten Erfolges voraus. Ist er nicht eingetreten, so liegt nicht Absicht, sondern blosses Vorhaben vor. Die erwähnte Bezeichnungweise beseitigt manche Unklarheit.⁸⁾ Insbesondere ist es danach nicht richtig zu sagen,⁹⁾ der Vorsatz sei beim Versuch eines Verbrechens derselbe, wie bei Vollendung.¹⁰⁾ Mit Recht ist daher auch weder im § 43 DStGB noch im § 8 öStGB von „Vorsatz“ die Rede. Der Vorsatz kann sich eben beim Versuch nur auf den objektiven Versuchstatbestand, also auf die „Ausführungshandlung“ erstrecken. Der Vollendungserfolg muss nur von Voraussicht oder Vorhaben erfasst sein. Dies festgehalten schadet es nun nicht weiter, wenn man, wie es auch hier zum besseren Verständnis geschehen soll, die hergebrachte Bezeichnungweise beibehält. Man darf nur keine falschen Folgerungen daran knüpfen.

Der Verbrechensvorsatz muss überhaupt im Zweifel den objektiven Verbrechenstatbestand erfassen. Soll er dies nicht, liegt also das Verbrechen auch vor, wenn nicht alle objektiven Tatbestandsmerkmale vom Vorsatz umfasst sind, so sind objektive Strafbarkeitsbedingungen gegeben. Sie bedürfen einer besonderen Regelung. Ebenso ist regelbedürftig, wenn das Bewusstsein des Verbrechens sich auf Umstände erstrecken muss, die über den objektiven Verbrechenstatbestand hinausgehen, wenn also neben dem Vorsatz noch ein Vorhaben oder wenigstens eine Voraussicht gegeben sein muss, soll der Verbrechenstat-

⁶⁾ Wolff, Verbotenes Verhalten 95.

⁷⁾ Verbotenes Verhalten 81 ff.

⁸⁾ Vgl. auch a. a. O. 293.

⁹⁾ wie zB. Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechtes, 9. Auflage 174; Delaquis, 113 A. 1; Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht, 2. Aufl. 173; Meyer-Allfeld; Lehrbuch des deutschen Strafrechtes, 7. Auflage 210 f, RG. XVIII 355.

¹⁰⁾ Wolff, Verbotenes Verhalten 293.

bestand verwirklicht sein — begleiteter Vorsatz.¹¹⁾ Ein solcher ist zB. bei den sogenannten Absichtsverbrechen gegeben. Auch dem Verbrechensversuch ist ein begleiteter Vorsatz wesentlich: Abgesehen von dem sich auf die Ausführungshandlung erstreckenden Vorsatz muss die psychische Beziehung des Täters auch noch den Vollendungserfolg treffen. Wer nur den Vorsatz hat, es beim „Versuch“ bewenden zu lassen und nicht einen Vollendungstatbestand zu verwirklichen, macht sich nicht des Verbrechensversuches schuldig.¹²⁾ So zB., wer bloss versuchen will, ob der falsche Schlüssel öffnet.¹³⁾ Denn hier umfasst die psychische Beziehung des sich Verhaltenden nicht den Vollendungserfolg, sondern im Gegenteil seinen Nichteintritt.

§ 8. öStGB ergibt diese Lösung auch schon dem Wortlaut nach, weil im gegebenen Fall „die Vollbringung des Verbrechens“ nicht „wegen Unvermögenheit, wegen Dazwischenkunft eines fremden Hindernisses oder durch Zufall unterblieben ist“, vielmehr dieses Unterbleiben auf den Willen des sich Verhaltenden zurückzuführen ist.

Das gleiche ergibt übrigens arg. § 46 DStGB a min.

¹¹⁾ Vergl. Wolff, Verbotenes Verhalten 219.

¹²⁾ Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht II 643; Ebermayer, Reichsstrafgesetzbuch, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts 4. Auflage, zu § 43 Z. 2, zu § 48 Z. 2 A a und d; zu § 49 Z. 36; Glaser, Kleine Schriften über Strafrecht und Strafprozess 2. Auflage I, 104; derselbe, Zur Lehre vom Dolus des Anstifters (Gerichtssaal X S 24 ff) 37; Heilborn, Der Agent provocateur 94; Ed. v. Liszt, Vorlesungen über die allgemeinen Lehren des materiellen Strafrechts 219; F. v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 26. Auflage, neubearbeitet von Eberhard Schmidt I 344; Löffler, Bemerkungen zur E. d. OGH. v. 11. V. 1912. Rechtspr. III 354; M. E. Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts (Bibliothek der Kriminalistik II Bd.) 343; Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 11. Auflage I zu § 43 Z. 6 und zu § 49 Z. 21. Vergl. auch Köhler, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil 500.

¹³⁾ F. v. Liszt-Schmidt a. a. O.

Verbrechensschein.

Verbrechensschein liegt vor, wenn die Verwirklichung eines bestimmten Straftatbestandes in Wahrheit nicht gegeben ist, aber vorhanden zu sein scheint. Der Verbrechensschein ist absolut, wenn in Wahrheit überhaupt kein Straftatbestand verwirklicht ist, relativ, wenn ein bestimmter, irrtümlich angenommener, Straftatbestand seine Verwirklichung nicht gefunden hat, wohl aber ein anderer. Unter „Verbrechen“ soll im folgenden im weiteren Sinne jede Straftat, daher unter „Verbrechensschein“ auch der Schein von Straftaten verstanden werden, die nicht gerade Verbrechen im engeren Sinne sind.

Es kann nun sein, dass jemand selbst irrtümlich annimmt, ein Verbrechen zu begehen; es kann aber auch sein, dass nur ein anderer das irrtümlich von ihm glaubt, während er selbst weiss, dass er keinen Verbrechenstatbestand verwirklicht. Im ersten Falle ist Wahnverbrechen im weitesten Sinne, eingebildetes Verbrechen, im zweiten Scheinverbrechen gegeben.

Scheinverbrechen liegt also vor, wenn der für einen Verbrecher Gehaltene weiss, dass er einen bestimmten Straftatbestand nicht verwirklicht.

Wir können nun folgende Fälle des Verbrechensscheines unterscheiden:

1.) Jemand glaubt, ein Verbrechen zu begehen, während in Wahrheit kein Verbrechenstatbestand verwirklicht ist: absolutes Wahnverbrechen.

2.) Jemand glaubt, ein bestimmtes Verbrechen zu begehen, während er in Wahrheit einen anderen Straftatbestand verwirklicht: relatives Wahnverbrechen.

In beiden Fällen ist es gleichgültig, ob auch ein anderer in dem gleichen Irrtum befangen ist.

3.) Jemand weiss, dass er keinen Straftatbestand verwirklicht, ein anderer glaubt aber, dass ein solcher verwirklicht werde: absolutes Scheinverbrechen.

4.) Jemand weiss, dass er einen bestimmten Straftatbestand verwirklicht, ein anderer glaubt, dass die Verwirklichung eines anderen Straftatbestandes eintrete: relatives Scheinverbrechen.

Der Verbrechensschein kann verschiedene Tatbestandsmerkmale betreffen.

Dabei ist hier der Tatbestand des Rechtsatzes nicht des Gesetzessatzes gemeint. Auch die sogenannte „Rechtswidrigkeit“ gehört zu diesem Tatbestande.¹⁴⁾ Der Tatbestand des Diebstahlsrechtsatzes fehlt, wenn die Wegnahme rechtmässig erfolgt. Nun kann man folgende Arten unterscheiden:

1.) Scheinbares Verhalten:¹⁵⁾ zB. A fälscht die Unterschrift des B unter einem Schriftstück, dessen Niederschrift und Übersendung die Verwirklichung eines Straftatbestandes bildet — zB. nach §§ 48, 49 a, 82, 84, 85, 92 Z. 1, 110, 111 u.a. DStGB oder §§ 5, 9, 58, 65, 67 u.a. öStGB — und versendet es. Hier liegt eine strafbare Tatbestandsverwirklichung des A nur scheinbar vor. Das Gleiche gilt, wenn A als Bauchredner eine verbrecherische Äusserung des B vortäuscht.

2.) Scheinbare Willkürlichkeit:¹⁶⁾ Wenn sich zB. der Hypnotisierte dem Auftrage des Hypnotisierenden gemäss verhält, so ist ein scheinbar willkürliches Verhalten jedem gegenüber gegeben der von der Tatsache der Hypnose nichts weiss. Wäre nun das Verhalten des Hypnotisierten, wenn es willkürlich wäre, ein Verbrechen, so liegt im gegebenen Falle Verbrechensschein vor. Das gilt natürlich nur bezüglich seiner Person: Die Frage inwieweit ein Verbrechen des Hypnotisierenden vorliegt, hat damit nichts zu tun.

3.) Scheinbare Verursachung: Das Verhalten ist willkürlich und es hat den Anschein, als ob es für die Verwirklichung des objektiven Verbrechenstatbestandes ursächlich sei, was aber in Wirklichkeit nicht zutrifft: Jemand gibt zB. statt Gift ein harmloses Pulver, das aber für Gift gehalten wird.

4.) Scheinbare Rechtswidrigkeit: zB. die eigene, aber für eine fremde gehaltene, Sache wird absichtlich beschädigt.

5.) Scheinbare Verbrechensschuld: Ein für zurechnungsfähig gehaltener Unzurechnungsfähiger verletzt willkürlich einen Menschen schwer.

Kein Verbrechensschein, sondern ein wirkliches Verbrechen ist bei scheinbarer Strafbarkeit gegeben: ein strafbarer Tatbestand ist verwirklicht, doch liegt tatsächlich ein reiner Strafaus-

¹⁴⁾ Wolff, Verbotenes Verhalten 195 ff.

¹⁵⁾ vergl. Verbotenes Verhalten 322.

¹⁶⁾ a. a. O.

schlussgrund vor, ohne dass die Rechtswidrigkeit aufgehoben wäre: A begünstigt den Verbrecher B — der tatsächlich sein Sohn ist, aber für einen Fremden gehalten wird — um ihn der Bestrafung zu entziehen (§ 257 Abs. 2 DStGB, § 216 öStGB). Hier begeht A das Verbrechen; er ist nur persönlich straflos.

Die Handlung ist strafbar, der besondere Handelnde nicht. Mit Recht nennt daher auch § 247 Abs. 2 DStGB die dort umschriebenen Tatbestände „Diebstahl“ und „Unterschlagung“, obgleich sie straflos sind. Richtig spricht auch § 5 Abs. öStGB in solchen Fällen von „Täter“, „Mitschuldigen“ und „Teilnehmern“ — vgl. auch § 50 DStGB — und § 216 öStGB von „einer solchen Verhehlung“. Daher kann ein Dritter an dem Verbrechen des A strafbar teilnehmen, ohne dadurch zum mittelbaren Täter zu werden.¹⁷⁾

Wenn auch bei scheinbarer Strafbarkeit kein Scheinverbrechen vorliegt, soll doch dieser Fall stets in Parallele zum Scheinverbrechen behandelt werden, da sich dabei lehrreiche Vergleiche ergeben.

Je nachdem nun, in allen erwähnten Fällen der sich Verhaltende weiss, dass er kein Verbrechen begeht, oder nicht, liegt also Scheinverbrechen oder Wahnverbrechen vor.

Der Ausdruck Scheinverbrechen wird hier bewusst in einem dem Wortlaut gegenüber engeren Sinne gebraucht. Der blossen Wortbedeutung nach würde damit jeder Verbrechensschein bezeichnet sein, also auch das Wahnverbrechen im weiteren Sinne. Allein auch auf dem Gebiete des Privatrechts wird unter der Bezeichnung „Scheingeschäft“ nicht jeder Fall eines scheinbaren Rechtsgeschäftes verstanden. Wenn das von den Parteien geschlossene „Geschäft“ ungültig ist, sie aber diese Ungültigkeit nicht kennen, so wird das nicht Scheingeschäft genannt. Ein solches liegt nur vor, wenn der Schein lediglich Dritten gegenüber besteht. Genau so soll hier nur von einem Scheinverbrechen gesprochen werden, wenn der sich Verhaltende den Schein kennt.

Der Ausdruck „Wahnverbrechen“ wird dagegen hier im weitesten Sinne gebraucht.¹⁸⁾ Er wird insbesondere nicht auf die Fälle eingeschränkt, in denen der sich Verhaltende gerade das Verbrechensmerkmal der Rechtswidrigkeit irrtümlich annimmt oder gar nur auf die Fälle, in denen er irrtümlich das Bestehen eines sein Verhalten verbotenden Rechtssatzes annimmt, die Merkmale des Verhaltens aber richtig beurteilt. Wenn der hypnotisierte „Verbrecher“ nicht weiss, dass sein Verhalten auf unwiderstehlichem vom Hypnotisierenden hervorgerufenen Zwange beruht, so liegt ebenso Wahnverbrechen vor,

¹⁷⁾ S. 58 f, 62.

¹⁸⁾ vgl. auch Ebermayer, zu § 43 Z. 11 b; Gerland 137; M. E. Mayer 273 Anm. 13; a. M. zB. Mezger 381 und Anm. 8; Olshausen, Vorbem. vor § 51 Z. 1.

wie wenn jemand die für eine fremde gehaltene eigene Sache stiehlt, wenn sich ein Unzurechnungsfähiger, der einen Menschen willkürlich verletzt, für zurechnungsfähig hält, oder wenn B, dessen Unterschrift im oben erwähnten Falle vom A gefälscht wurde, glaubt, sie selbst geschrieben zu haben. Auch der Verbrechensversuch ist in allen Fällen, in denen dem Täter ein Irrtum unterlaufen ist, Wahnverbrechen.¹⁹⁾ Ein solcher Irrtum liegt ja lediglich dann nicht vor, wenn der Handelnde den Eintritt des „Erfolges“ nur für möglich gehalten hat. Ist es in diesem Falle zum Versuche gekommen, dann ist allerdings kein Wahnverbrechen gegeben. Ist das Wahnverbrechen nach einer anderen gesetzlichen Bestimmung strafbar, wie das zB. beim Verbrechensversuch der Fall ist, so haben wir es mit einem bloss relativen Wahnverbrechen zu tun: nicht der vom Täter irrtümlich angenommene Straftatbestand ist verwirklicht, sondern ein anderer.

Auch die Fälle des Scheinverbrechens ergeben sich einfach aus dem oben Gesagten:

1.) Scheinbares Verhalten: B, dessen Unterschrift auf dem verbrecherischen Schriftstück von A gefälscht wurde, weiss um diese Fälschung.²⁰⁾

2.) Scheinbare Willkürlichkeit: zB. der Hypnotisierte weiss, dass er unter hypnotischem Zwange handelt, kann sich aber diesem Zwange nicht entziehen.

3.) Scheinbare Verursachung: Hier liegt Scheinverhalten im engeren Sinne vor.²¹⁾ Dieses hat zur Voraussetzung, dass der sich Verhaltende jemand über Inhalt und Bedeutung des Verhaltens täuscht. Wenn zB. der Kunstschütze A absichtlich scharf am Kopfe des B vorbeischiess, so liegt ein vorgetäuschter Mordversuch vor.

Bei den „Erfolgsdelikten“ können hier noch verschiedene Fälle unterschieden werden: a.) Der sich Verhaltende lässt es bei einer blossen Vorbereitungshandlung bewenden; b.) es bleibt bei einem unbeeidigten Versuch; c.) bei einem beendigten Versuch. In allen drei Fällen vorausgesetzt, dass dies von vornherein im Vorsatz des sich Verhaltenden lag. Es kann auch sein, dass bewusst ein „untauglicher“ Versuch begangen wurde. Allen diesen Fällen ist gemeinsam, dass das Verhalten nur scheinbar zum Ziele führen sollte.

Hier kann auch das scheinbare Objekt des „Verbrechens“ mitwirken. So, wenn A auf B mit einem, wie nur sie beide wissen, blind

¹⁹⁾ Verb. Verh. 293.

²⁰⁾ Die Frage, ob er etwa durch rechtzeitige Aufklärung der Fälschung die Verbrechensvollendung oder wenigstens den schädlichen Erfolg hätte hindern können oder sollen, braucht in diesem Zusammenhange nicht weiter erörtert zu werden.

²¹⁾ Vergl. Wolff, Verbotenes Verhalten 322 mit 89.

geladenen Gewehr schießt und B absichtlich, um C zu täuschen, wie tot hinfällt und regungslos liegen bleibt.

4.) Scheinbare Rechtswidrigkeit: zB. A weiss, dass er seine eigene Sache zerstört, während B annimmt, die Sache gehöre nicht dem A.

5.) Scheinbare Verbrechensschuld: zB. A besitzt seit der letzten Gerichtsverhandlung ein ärztliches Gutachten darüber, dass er unzurechnungsfähig sei. Im Bewusstsein dieses Umstandes verletzt er einen anderen vorsätzlich. Sein Vorsatz ist kein Verbrechenvorsatz, da die Zurechnungsfähigkeit fehlt.

Scheinbarer Verbrechenvorsatz ist überall dort gegeben, wo Geltungsvorsatz bei der Erklärung wesentliches Verbrechenmerkmal ist, wenn diese Erklärung ohne solchen abgegeben wurde, während ihn ein anderer für gegeben hält.

Das gilt für alle Äusserungsdelikte, wie zB. nach §§ 49 a, 110 f DStGB. oder § 305 öStGB. Es kommen hier²²⁾ folgende Fälle in Betracht:

a.) Ausdrücklich unverbindliche Äusserung, also mit offenem Vorbehalt. Wenn A zu B telefonisch sagt: „Wenn ich eine verbrecherische Natur wäre, würde ich Sie auffordern, den X zu verprügeln“ und B den eingangs gemachten Vorbehalt überhört, so hat A nur scheinbar zu einer Straftat aufgefordert. Das gleiche gilt, wenn der Empfänger eines Briefes des A zwar die irreführenden Worte auf der ersten Seite gelesen hat, woraus ihm ein Schade entstanden ist, die auf der nächsten Seite erfolgende Aufklärung jedoch übersah.

b.) Schlüssig unverbindliche Äusserungen.²³⁾ Der Mangel des Geltungsvorsatzes ergibt sich hier aus den Umständen, ein anderer übersieht dies aber.

α.) Reine Zeichenäusserungen: Dem sich Äussernden kommt es nicht auf den Sinn der Äusserung, sondern nur auf die äusseren Zeichen als solche an; er ruft zB. laut etwas, um ein Echo auszuprobieren.

β.) Rückbezügliche Äusserungen: Dem sich Äussernden ist zusinnbar, dass sie nicht gedeutet werden; sie sind nicht für andere bestimmt, so zB., wenn A in seinem Zimmer in lautem Selbstgespräch Worte hervorstösst, die B, der ihn zufällig hört, für Beleidigungen hält, die an einen, nach Meinung des B, im Zimmer des A Befindlichen gerichtet sind.

γ.) Unpersönliche Äusserungen, die anmerkbar nur

²²⁾ Vergl. Wolff, Mentalreservation 80 ff.

²³⁾ Vergl. auch Olshausen, zu § 185 Z. 8.

ihrem Inhalt nach gemacht werden, ohne dass der sich Äussernde die Äusserung als seine Äusserung darstellt. So, wenn die Schauspieler A und B im Zimmer des ersteren mit dem nötigen Stimmaufwande einen Auftritt proben und der eben erst eingezogene Zimmernachbar C das Gehörte für die Begehung eines Verbrechens hält.

δ.) Nichternstliche Äusserungen: Der sich Äussernde nimmt hier an, man oder wenigstens ein bestimmter Dritter werde nicht annehmen, seine Äusserung sei mit Geltungsvorsatz gemacht. Hieher gehören nicht nur scherzhafte Erklärungen, sondern auch Redensarten, figürlich oder hyperbolisch gebrauchte Worte, Äusserungen aus Prahlerei und dergl.

Wesentlich für den Scherz ist aber immer, dass der sich Äussernde der Meinung ist, man oder wenigstens derjenige, auf den es ankommt, werde den Mangel der Ernstlichkeit erkennen.²⁴⁾ Es gilt hier nichts anderes als nach § 118 BGB.²⁵⁾ Der sogenannte böse Scherz,²⁶⁾ bei dem der sich Äussernde weiss, dass der andere die Äusserung ernst nimmt oder — dolus eventualis — wenigstens mit der Möglichkeit rechnet, schliesst also den Verbrechenvorsatz nicht aus. Der Umstand allein, dass die Äusserung nicht ernstlich gemeint ist, ist kein Grund für die Annahme, dass der Verbrechenvorsatz fehle.²⁷⁾ Das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit ist ebensowenig dadurch notwendig ausgeschlossen, wie das von der Möglichkeit, der Scherz werde ernst genommen werden.²⁸⁾

Man muss aber zwei Arten von Äusserungsdelikten unterscheiden:

1.) Es gibt Äusserungsdelikte, die wegen der in der Äusserung selbst bereits liegenden Verletzung eines Rechtsgutes strafbar sind, — reine Äusserungsdelikte —, wie zB. Beleidigungen, gefährliche Drohungen und dergl.

2.) Andere Äusserungen sind nur mit Rücksicht auf einen damit verbundenen weiteren „Erfolg“ strafbar — erfolg bestimmte Äusserungsdelikte — wie Herausforderungen, Aufforderungen zu strafbaren Handlungen usw.

Das eben Gesagte gilt nur für die erste Gruppe. Hier ist die Verletzung des Rechtsguts bereits mit der Äusserung eingetreten und der sich Äussernde weiss beim „bösen Scherz“, dass sie eingetreten ist. Die ernstgenommene gefährliche Drohung ruft den vom Gesetzgeber

²⁴⁾ Vergl. E. d. R. G. v. 25. X. 1910. Goltd. Arch. LVIII. 447 f; vergl. auch Ebermayer, zu § 185 Z. 7 und zu § 267 Z. 41; Olshausen, zu § 185 Z. 17.

²⁵⁾ a. a. O.

²⁶⁾ vergl. Wolff, Mentalreservation 124.

²⁷⁾ vergl. auch Ebermayer, zu § 267 Z. 41.

²⁸⁾ vergl. die oben angeführte Entscheidung.

verpönten Seelenzustand des Bedrohten auch dann hervor, wenn es der Drohende nicht ernst meint. Weiss er nur, dass die Drohung ernst genommen wird, so ist der Verbrechensvorsatz gegeben.

Anders bei der zweiten Gruppe. Hier wird die Äusserung nur mit Rücksicht auf ihre späteren Folgen strafbar. Sie muss diese also in ihrem Sinn enthalten. Eine Herausforderung zum Zweikampf mit tödlichen Waffen (§ 201 DStGB, § 158 öStGB), die nicht ernst gemeint ist, bei der also der Herausfordernde von vornherein gar nicht die Absicht hat, den Zweikampf auszufechten, ist in Wahrheit keine tatbestandsmässige Herausforderung. Sie bedeutet in dem vom Herausforderer gemeinten Sinn keine wirkliche Herausforderung zum Zweikampf mit tödlichen Waffen. Es liegt also in Wahrheit nur ein Scheinverbrechen vor.²⁹⁾ Das gleiche gilt auch für die Annahme der Herausforderung zum Zweikampf.³⁰⁾

Welche Äusserungsdelikte in die eine oder andere Gruppe gehören, muss besonders untersucht werden.

Zu den nichternstlichen Äusserungen gehört auch³¹⁾ das Scheingeschäft: Wird nun der Tatbestand eines Verbrechens durch den Abschluss eines bestimmten Geschäftes verwirklicht, so liegt er nicht vor, wenn nur ein Scheingeschäft zustande gekommen ist. Das gilt insbesondere für Wucher.³²⁾

Das nichternstliche Verhalten spielt natürlich nicht nur bei Äusserungsdelikten eine Rolle. Auch ein Zweikampf kann zB. nur zum Schein ausgefochten werden.³³⁾

Das Scheinverbrechen kann vorgetäushtes Verbrechen sein, doch decken sich beide Begriffe nicht. Zwar ist jedes vorgetäuschte Verbrechen Scheinverbrechen, aber nicht umgekehrt. Es ist nämlich für das Scheinverbrechen nicht wesentlich, dass der Scheinverbrecher von der irrthümlichen Annahme des oder der anderen, er begehe wirklich das bestimmte Verbrechen, Kenntnis hat. Scheinverbrecher ist auch, wen andere für einen Verbrecher halten, ohne dass er es weiss. Andererseits ist es wiederum möglich, dass der Scheinverbrecher zwar von dieser irrthümlichen Annahme Kenntnis hat, aber nicht die Möglichkeit hat, den Irrtum zu beseitigen.

Die Beweggründe der Vortäuschung eines Verbrechens können

²⁹⁾ vergl. Frank, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz, 18. Auflage, zu § 201, I, 1; Gerland 323; a. M. Ebermayer, zu § 201, Z. 2.

³⁰⁾ Frank a. a. O. 2; Gerland a. a. O.

³¹⁾ Wolff, Mentalreservation 83.

³²⁾ vergl. Isopescu-Grecul, Das Wucherstrafrecht I. 237.

³³⁾ vgl. zB. RG. XXI 146.

verschieden sein; der Scheinverbrecher will sich mit dem Vorgetäuschten einen Scherz machen, es handelt sich um eine Filmaufnahme, er will die Aufmerksamkeit auf sich oder zB. auf die von ihm zum Schein entwendeten Pläne lenken; er greift aus Angst, in der Verbrecherbande nicht für voll genommen zu werden oder gar bei Untätigkeit Übles zu erleiden, vielleicht durch Drohungen eingeschüchtert, zum Ausweg des vorgetäuschten Verbrechens; er will überhaupt den „verfluchten Kerl“ spielen usw. Wenn andererseits ein Strafrechtslehrer mit einigen seiner Hörer bespricht, sie sollten in seinem Seminar, in Anwesenheit anderer nicht eingeweihter Hörer, einen gefährlich aussehenden Auftritt, bei dem zuletzt Pistolen gezogen werden, vorführen, damit die Zuhörer nach Aufklärung der Sache ihre „Zeugenaussagen“ niederschreiben, so ist der Beweggrund ein wissenschaftlicher, bzw. ein pädagogischer. Und wenn A mit B wettet, er könne ihm auf 20 Schritte Entfernung, ohne ihn zu gefährden, eine Zigarette vom Munde wegschiessen und dies zum Entsetzen der anderen Anwesenden, die von der Verabredung keine Ahnung haben, auch durchführt, so ist eben die abgeschlossene Wette Beweggrund für seine Handlung. Ein wichtiger Beweggrund ist manchmal die Vermeidung grösseren Übels. Wer die Verletzung eines grösseren Rechtgutes nur dadurch vermeiden kann, dass er die Verletzung eines geringeren in die Wege leitet, der handelt nicht rechtswidrig. Das ergibt vernünftige Interessenabwägung³⁴⁾. Der Arzt, der eine Leibesfrucht abtreibt, weil er nur so die Schwangere vor dem sicheren Tode retten kann, handelt nicht rechtswidrig.³⁵⁾ Die geschehene Abtreibung ist hier für den, der die Sachlage nicht kennt, Scheinverbrechen und zwar liegt der Fall scheinbarer Rechtswidrigkeit vor. Oft wird ein Verbrechen vorgetäuscht, um den oder die anderen zur Teilnahme zu bewegen und straffällig zu machen.³⁶⁾ Der typische Fall ist der des später³⁷⁾ zu besprechenden agent provocateur. Hier kann auch die Absicht, den Konkurrenten oder den im Wege stehenden Gatten auf einige Zeit zu beseitigen, Beweggrund sein,³⁸⁾ ebenso der Rachetrieb.³⁹⁾ Je nach dem Beweggrund wird auch die moralische Beurteilung eine verschiedene sein. Diesbezüglich finden wir im Schrifttum nur Meinungen, soweit sie den agent provocateur betreffen.⁴⁰⁾ Wenn es vielleicht auch zuviel gesagt ist, dass die

³⁴⁾ vergl. Wolff, Verbotenes Verhalten 197 ff; Grundlehre 104 ff.

³⁵⁾ Wolff, Verbotenes Verhalten, 264 f.

³⁶⁾ Über die Teilnahme am Scheinverbrechen vergl. S. 55 ff.

³⁷⁾ S. 71 ff.

³⁸⁾ vergl. Glaser, Zur Lehre 34, Kleine Schriften 102.

³⁹⁾ vergl. E. v. Liszt, Vorlesungen 218 f.

⁴⁰⁾ Bar, Gesetz und Schuld II 650; Geyer, Theilnahme Mehrerer an einem Verbrechen und Begünstigung 349; Glaser, Kleine Schriften 103; ders. Zur

Gesellschaft ohne agent provocateur nicht existieren könne,⁴¹⁾ so ist es sicher, dass er von grossem Nutzen sein kann.⁴²⁾ Wenn man aber hier von Seelenmord in dem Sinn gesprochen hat, dass durch den agent provocateur Unschuldige verführt werden,⁴³⁾ so ist dem entgegen zu halten, dass, wenn wirklich ein schwacher Charakter durch einen Lockspitzel verführt wurde, man vom Standpunkt der Moral und Rechtspolitik aus wohl von Strafwürdigkeit sprechen kann, dass dieser Fall aber praktisch kaum in Frage kommt. Das typische Gebiet des agent provocateur ist die Entlarvung von Verbrechern und es ist nicht richtig, wenn behauptet wurde,⁴⁴⁾ dass man zu diesem Zwecke mit Spionen⁴⁵⁾ auskommen könne. Von dem agent provocateur, der nur verbrecherische Naturen der Bestrafung zuführt, kann auch heute noch das gesagt werden, was schon früher an anderem Orte⁴⁶⁾ ausgeführt wurde: „Man hat auch moralische Gründe gegen den Lockspitzel angeführt, eine Ansicht, die so recht in unsere Zeit der Humanitätsduselei und des innigsten Mitleides mit dem „kranken“ Verbrecher hineinpasst. Der Verbrecher ist ein Feind der Gesellschaft, er erklärt ihr den Krieg, und im Kriege sind alle Mittel erlaubt; bedient sich doch auch der Verbrecher aller Mittel, die Gesellschaft zu schädigen. Freilich soll die Gesellschaft den Boden, auf dem die Verbrechen gedeihen, reinigen, soll dem Menschen die Antriebe, Verbrecher zu werden, möglichst nehmen, allein eine so späte Generation, wie die, mit der wir es zu tun haben, hat so viele moralische Keimschäden in sich, dass auch die besten sozialen Verhältnisse nichts nutzen können. Da gibt es dann nur ein Mittel: Die Ausscheidung“.

Und es wäre auch ganz verkehrt in diesen Fällen,⁴⁷⁾ den Angestifteten gänzlich oder auch nur teilweise straflos zu lassen.

Ein Scheinverbrechen ist nur dann vorgetäushtes Verbrechen wenn der Scheinverbrecher den Irrtum des anderen absichtlich hervorgerufen hat.

Lehre 34; Heilborn 189 ff; Olshausen, zu § 48 Z. 14 und 38; Schütze, Die notwendige Teilnahme am Verbrechen 95 ff, zustimmend H. Endemann, Hetze als Gefährdungsproblem 23 ff; a. M. Kohler, Studien I. 122; E. v. Liszt, Vorlesungen 219 Anm. 313, 316; Wolff, Verbotenes Verhalten 344; Auf den einzelnen Fall will es Kern, Die Teilnahme 148, ankommen lassen.

⁴¹⁾ so Kohler Studien I. 122.

⁴²⁾ E. v. Liszt a. a. O.

⁴³⁾ vergl. diesbezüglich insbesondere Schütze und Endemann a. a. O.

⁴⁴⁾ Heilborn 189.

⁴⁵⁾ vergl. S. 77.

⁴⁶⁾ Wolff, Verbotenes Verhalten 344.

⁴⁷⁾ wie es z. B. Glaser, Kleine Schriften 103 und Zur Lehre 34, will.

In diesem Falle kann ein geheimer Vorbehalt, ein Gedankenvorbehalt, eine Mentalreservation, gegeben sein, d. i. „die anlässlich einer mit allgemeinem Verhaltens- und Deutbarkeitsvorsatz gemachten Äusserung vorsätzliche Verheimlichung der Abweichung der eigenen Einstellung von der Gegeneinstellung gegenüber einem tauglichen Vorbehaltsgegner“.⁴⁸⁾ Allgemeiner Verhaltensvorsatz ist immer dann gegeben, wenn der sich Verhaltende weiss, dass er ein Verhalten beobachtet, wobei dieses Verhalten deutbar ist; Deutbarkeitsvorsatz, wenn der sich Verhaltende weiss, dass sein Verhalten deutbar ist.⁴⁹⁾ Weiss der sich Verhaltende, dass sein Verhalten eine bestimmte rechtliche Geltung hat oder nicht hat, so liegt Geltungsbeurteilung vor,⁵⁰⁾ Geltungsbeurteilung und Sinn eines Verhaltens sind die beiden Fälle der Einstellung⁵¹⁾ zu ihr. Die Einstellung des Vorbehaltsgeners ist die Gegeneinstellung.⁵²⁾ Vorbehaltsgegner ist jeder, dem gegenüber ein Gedankenvorbehalt gemacht wird, wenn seine wirkliche oder wenigstens rechtlich fingierte Kenntnis von der Äusserung des anderen Tatbestandsmerkmal ist oder für oder gegen den die Äusserung Rechtsfolgen haben kann.⁵³⁾

Beim vorgetäuschten Verbrechen ist also ein Gedankenvorbehalt gegeben, wenn die Vortäuschung jemand gegenüber beobachtet wird, auf den die erwähnten Merkmale zutreffen; so zB. beim Scheinbetrug in dem oben⁵⁴⁾ angeführten Falle dem Irreführten gegenüber.

Ein Scheinverbrechen kann aber immer nur solange vorliegen, als nicht das Verhalten schliesslich doch dem gemachten Vorbehalt zuwiderläuft. Anders ausgedrückt: Ein im Widerspruch mit dem tatsächlich beobachteten Verhalten gemachter „Gedankenvorbehalt“ kann niemals ein Scheinverbrechen begründen.⁵⁵⁾ Wenn A zB. einigen Freunden erklärt, er wolle die falsche Banknote nur deshalb an der Kasse einwechseln, um zu sehen, ob der Kassier sich täuschen lasse, aber von vornherein die Absicht hat, im Falle des Gelingens der Täuschung das gewechselte Geld zu behalten, so liegt kein Scheinverbrechen, sondern echter Betrug vor, wenn er seine Absicht ausführt.

Es ist möglich, dass der Vorbehaltsgegner den Vorbehalt durchschaut oder gleichfalls einen Vorbehalt macht. Dieser Vorbehalt kann

⁴⁸⁾ Wolff, Mentalreservation 101.

⁴⁹⁾ a. a. O. 74.

⁵⁰⁾ a. a. O. 83.

⁵¹⁾ a. a. O.

⁵²⁾ a. a. O. 84.

⁵³⁾ a. a. O. 64.

⁵⁴⁾ S. 42.

⁵⁵⁾ Wolff, Verbotenes Verhalten 322.

wieder der gleiche sein, wie der des anderen oder er kann von diesem abweichen. Wenn zB. A und B die Begehung eines Verbrechens verabreden, aber beide insgeheim sich vorbehalten, es nicht bis zur Verwirklichung des Straftatbestandes kommen zu lassen, so ist ein gleichlaufender Vorbehalt⁵⁶⁾ gegeben. Ein beiderseitiger Vorbehalt im engeren Sinne⁵⁷⁾ wäre zB. gegeben, wenn A und B die Zerstörung einer dem C gehörigen Sache verabreden und A sich insgeheim vorbehält, die Zerstörung zu verhindern, während andererseits B weiss, dass der verfügungsberechtigte Eigentümer C mit der Zerstörung einverstanden ist. Hier treffen also scheinbare Verursachung und scheinbare Rechtswidrigkeit zusammen.

Der beiderseitige Vorbehalt ist ein Fall be geg n e n d e n Scheines. Dieser ist immer dann gegeben, wenn wenigstens zwei Scheinverbrecher zwar im übrigen einverständlich vorgehen, aber gerade den Umstand, dass es sich um ein Scheinverbrechen handelt, vor einander, gleichgültig, ob mit oder ohne Erfolg, verheimlichen. Also können auch beide Vorbehalte durchschaute Vorbehalte sein.

Der Vorbehalt ist beim absoluten Scheinverbrechen ein strafrechtmässiger. Denn der sich Verhaltende behält sich eben vor, im Gegensatz zum Schein, keine strafbare Handlung zu verwirklichen.

Der Vorbehalt ist insbesondere bei Scheinverursachung⁵⁸⁾ je nachdem, ob es höchstens bis zum unbeeendigten oder bis zum beendigten Versuch kommen soll, ein Abbruchsvorbehalt oder ein Hinderungsvorbehalt. Wer wissentlich einen untauglichen „Versuch“ begeht, macht hier einen Untauglichkeitsvorbehalt. Bei scheinbarer Rechtswidrigkeit kann man dann von einem Rechtsmässigkeitsvorbehalt sprechen u. s. w.

Kein Scheinverbrechen ist gegeben, wenn der sich Verhaltende wissentlich den Straftatbestand voll verwirklicht und nur die Absicht hat, den aus seinem Verhalten entstandenen Schaden nachträglich wieder gut zu machen oder zu ersetzen. Freilich, wenn A dem B eine Sache „stiehlt“, aber die Absicht hat, sie ihm bereits an nächsten Tage wieder zurückzugeben, ist er nicht des Diebstahles nach § 242 DStGB schuldig, weil dann die Absicht der rechtswidrigen Zueignung in Wahrheit nicht gegeben ist. Und das Entsprechende gilt für die „Besitzentziehung“ nach § 171 öStGB. Ist aber der Verbrechenstatbestand einmal tatsächlich verwirklicht, so kann von einem Schein-

⁵⁶⁾ Mentalreservation 101.

⁵⁷⁾ a. a. O.

⁵⁸⁾ vergl. S. 39 und 41.

verbrechen keine Rede sein. In den Fällen, in denen das Gesetz Strafminderung oder Strafflosigkeit infolge tätiger Reue nach Vollendung des Deliktes eintreten lässt,⁵⁹⁾ zieht die Betätigung der Gutmachungsabsicht diese Rechtsfolgen nach sich. Doch liegt hier ein besonderer Strafaufhebungsgrund, aber kein Scheinverbrechen vor.

Was endlich die scheinbare Verbrechensschuld betrifft, so ist festzuhalten:

Nicht nur der Verbrechensvorsatz kann ein bloss scheinbarer sein. Die scheinbare Verbrechensschuld⁶⁰⁾ kann auch scheinbare Fahrlässigkeit sein. Wenn A eine Flasche mit der Aufschrift Gift in einem Raume offen stehen lässt, wo Kinder freien Zutritt haben, so scheint eine grobe Fahrlässigkeit vorzuliegen. Doch ist sie nur scheinbar, wenn tatsächlich in der Flasche harmloser Himbeersaft ist.

Soll der Vorsatz nach dem gesetzlichen Tatbestand ein begleiteter Vorsatz sein⁶¹⁾ — Absichtsverbrechen —, so liegt er nicht vor, wenn die Voraussicht oder das Vorhaben, das ihn begleiten soll, nur scheinbar gegeben ist.

Wer ohne „Absicht“ auf einen rechtswidrigen Vermögensvorteil (§ 263 DStGB) bzw. ohne Schädigungs- „Absicht“ (§ 197 öStGB) irreführt, hat nicht den Vorsatz, der ein wesentliches Merkmal des Betrages bildet. Keinen Betrug begeht also, wer einem Kassier eine falsche Banknote gibt, nur um zu beweisen, dass diese Fälschung auch einen Kenner täuschen kann.⁶²⁾

Kein Raub nach § 190 öStGB⁶³⁾ ist ferner gegeben, wenn jemand einem anderen zwar Gewalt antut, aber nicht die „Absicht“ hat, ihm eine Sache wegzunehmen, sondern eine solche Absicht nur vortäuscht.⁶⁴⁾ Und wer nur die falsche Urkunde anfertigt, aber nicht die Absicht hat, von ihr zu Täuschungszwecken Gebrauch zu machen, begeht keinen Betrug.⁶⁵⁾

Was nun die Gefährungsdelikte betrifft, so darf nicht übersehen werden, das unter „Gefahr“ die Möglichkeit eines Schadens

⁵⁹⁾ vergl. §§ 158, 163, 310 DStGB, §§ 168, 187, 466 u. a. öStGB.

⁶⁰⁾ Hier sei noch einmal (vergl. S. 38) darauf hingewiesen, dass unter „Verbrechen“ überhaupt jede Straftat verstanden wird.

⁶¹⁾ S. 36 f.

⁶²⁾ Löffler, Bemerkungen z. E. d. OGH. v. 11. V. 1912, österr. Rspr. in Strafsachen, Beilage zur österreichischen Zeitschrift für Strafrecht III, 354; vgl. auch Wolff, Mentalreservation 136.

⁶³⁾ Nach § 249 DStGB ist der Raub ein mehraktiges Verbrechen; (vergl. S. 51).

⁶⁴⁾ Vergl. auch Glaser, Kleine Schriften 106; Zur Lehre 39; Ein Beitrag zur Lehre von der intellektuellen Urheberchaft (Allgemeine österreichische Gerichtszeitung 1857 No. 116 S. 465 f) 466.

⁶⁵⁾ Olschhausen, zu § 43 Z. 6.

zu verstehen ist.⁶⁶⁾ Wer also überzeugt ist, dass im gegebenen Fall sein Verhalten vielleicht infolge von Massnahmen, die er getroffen hat, ungefährlich ist oder wenigstens nicht die tatbestandliche Gefahr verwirklicht, der begeht das in Frage kommende Gefährdungsdelikt, wenn es nur vorsätzlich begangen werden kann, nicht. Insoweit besteht also eine gewisse Ähnlichkeit mit den erwähnten „Absichtsdelikten“. Scheint aber jemand anderem das Verhalten gefährlich zu sein, so ist ein Scheinverbrechen gegeben. So zB. bei scheinbarer Aussetzung eines hilflosen Kindes.

Bei den sogenannten schlichten Tätigkeitsdelikten ist wiederum zu unterscheiden, ob die gesetzliche Umschreibung der tatbestandsmässigen Tätigkeit durch Anführung der blossen Tätigkeitsmerkmale oder unter Heranziehung des aus der Tätigkeit sich ergebenden Erfolges geschieht, ohne dass aber letzterer deswegen zum Tatbestandsmerkmal erhoben ist. In die erste Gruppe gehört zB. § 361 Z. 3 DStGB oder § 338 öStGB, in die zweite die Herausforderung zum Zweikampf mit tödlichen Waffen. (§ 201 DStGB, § 158 öStGB).

Bei den Tätigkeitsdelikten der ersten Gruppe gilt bezüglich des Scheinverbrechens nichts besonderes. Die Abweichung für die zweite Gruppe wurde bereits oben⁶⁷⁾ ausgeführt.

Mann muss ja überhaupt bei allen sogenannten „Formaldelikten“ teleologisch auslegen. Insoweit ein Formaldelikt, wie das meist der Fall ist, vom Gesetzgeber deswegen aufgestellt wurde, weil er auch die Herbeiführung einer „Gefahr der Gefahr“ verhindern wollte, ist die formelle Vollendung dann nicht gegeben, wenn die betreffende Gefahr durch die Umstände ausgeschlossen ist. Ist nun für ein solches Delikt Vorsatz tatbestandlich, so macht sich derjenige des Verbrechens nicht schuldig, der überzeugt ist, dass eine solche Gefahr nicht besteht.

Der Begriff des Scheinverbrechens hat auch auf dem Gebiete der Unterlassungsdelikte seine Bedeutung. Ein scheinbares Begehungsdelikt durch Unterlassung liegt vor, wenn A, der verpflichtet ist, einen bestimmten Erfolg zu verhindern, ohne dass diese Verpflichtung eine höchstpersönliche wäre, bereits den B beauftragt hat, den Erfolg zu verhindern und nun dem C gegenüber so tut, als ob er den Erfolg nicht hindern wolle, während B tatsächlich den Auftrag vollführt hat. Aber auch beim reinen Unterlassungsdelikt kann A, der bereits dem Gebote gemäss gehandelt hat, dem B diesen Umstand verheimlichen und in ihm so den Irrtum hervorrufen, dass A das Unterlassungsverbrechen begehe.

⁶⁶⁾ vergl. Wolff, Verbotenes Verhalten 34.

⁶⁷⁾ S. 43 f.

Bei den sogenannten mehraktigen Verbrechen kann insbesondere ein Scheinverbrechen dadurch gegeben sein, dass der sich Verhaltende von vornherein nur die Absicht hat, den einen Akt zu setzen, also nicht den ganzen Verbrechenstatbestand zu verwirklichen. Wer in eine fremde Wohnung einsteigt, aber nicht die Absicht hat zu stehlen, hat auch keinen versuchten schweren Diebstahl (§ 243 Z. 2 DStGB, § 174 d öStGB) begangen. Ebenso wenig liegt ein Raub nach § 249 DStGB vor, wenn jemand einem anderen zwar Gewalt antut, aber nicht die „Absicht“ hat, ihm eine Sache wegzunehmen, sondern eine solche Absicht nur vortäuscht.

Für das Scheinverbrechen ist also auf dem gesamten Gebiete des Strafrechtes Platz. Natürlich ist der Fall, dass nur scheinbarer Verbrechensvorsatz vorliegt, für Straftaten, für die Vorsatz kein wesentliches Merkmal ist, ohne Bedeutung, aber ein Verbrechen, dem nicht auch ein entsprechendes Scheinverbrechen gegenübergestellt werden kann, gibt es nicht.

Das Scheinverbrechen ist jedenfalls nicht das Verbrechen, das es zu sein scheint. Das absolute Scheinverbrechen ist daher notwendig straflos, das relative nach einer anderen gesetzlichen Bestimmung strafbar, als es ursprünglich den Anschein hat: Gibt A dem B ein harmloses Pulver wohl wissend, dass es harmlos ist, so kann ihn der Umstand, dass C das Pulver für Gift hält, nicht strafbar machen. Dasselbe gilt auch, wenn B selbst im gleichen Irrtum befangen ist. Und tut A dem B in der bloss scheinbaren Absicht auf Sachwegnahme und rechtswidrige Zueignung Gewalt an, so liegt nur scheinbar ein Raub vor, was aber nicht ausschliesst, dass im gegebenen Fall Nötigung nach § 240 DStGB bzw. Erpressung nach § 98 öStGB gegeben ist.

Auch dem Scheinverbrecher kann ein wesentlicher Irrtum unterlaufen. Von strafrechtlicher Bedeutung ist hier aber nur der Irrtum, der zur Folge hat, dass der Scheinverbrecher unvorsätzlich ein anderes Delikt begeht. Wenn A auf der Jagd auf eine in weiter Entfernung im Walde sich bewegende Gestalt schießt, die er für einen Rehbock hält, aber seinen Gefährten erklärt, er wolle nun diesen „Menschen“ dort erschiessen, so hat A zwar nur einen scheinbaren Mord begangen, wenn die Gestalt tatsächlich ein Mensch war. Wohl aber hat sein Irrtum zur Folge, dass er sich der fahrlässigen Tötung schuldig macht. Freilich ergibt schon dieses Beispiel, dass auch diese Art Irrtum beim Scheinverbrechen keine grosse Rolle spielt, denn die fahrlässige Tötung wäre auch dann gegeben, wenn A seinen Gefährten nichts vorgetäuscht hätte.

Aus dem Erwähnten ergibt sich aber auch, dass die Verwirklichung des Straftatbestandes wider Willen des sich Verhaltenden an dem Bestehen des Scheinverbrechens nichts ändert. Es kann hier nur ein Scheinverbrechen mit einer — fahrlässigen — Straftat zusammentreffen, so im obigen Fall Scheinmord und fahrlässige Tötung. Wir haben es hier nicht etwa mit einem relativen Scheinverbrechen⁶⁸⁾ zu tun, denn dieses setzt voraus, dass der sich Verhaltende weiss, dass er eine Straftat begeht, nur eben eine andere als es den Anschein hat. Der erwähnte Scheinmörder weiss aber nicht, dass er fahrlässig tötet. Die Verbindung dieser Merkmale ist ja eine Unmöglichkeit. Es ist also kein Widerspruch, wenn festgestellt wird, dass der Scheinverbrecher den objektiven Tatbestand eines Verbrechens verwirklicht hat.

Ist tatsächlich Vollendung nicht eingetreten, so ist auch scheinbarer Verbrechenversuch gegeben.

Was ist rechtens, wenn der Scheinverbrecher nachträglich sein Vorhaben ändert oder wenn seine Voraussicht eine andere wird? Dieser Fall wird bei der scheinbaren Verursachung von Bedeutung. Der sich Verhaltende hat ursprünglich beschlossen, es nur bis höchstens zum vollendeten Versuch kommen zu lassen. Nachträglich beschliesst er aber doch, den Straftatbestand zu vollenden. Wird nun dieser Entschluss noch vor Beendigung des Versuchs gefasst, so kann er nur verwirklicht werden, wenn das Verhalten fortgesetzt wird. In diesem Falle beginnt mit der Fortsetzung des Verhaltens die Begehung des Verbrechens. Das Scheinverbrechen hat aufgehört.

Hat es dagegen der Scheinverbrecher bis zum beendigten Versuch kommen lassen, so muss er, soll es beim Scheinverbrechen bleiben, nunmehr tätig eingreifen, um die Verwirklichung des Straftatbestandes zu verhindern. Fasst er nun den Entschluss, das nicht zu tun, so begeht er das Verbrechen durch Unterlassung. Der Unterschied vom vorigen Fall liegt also nur in der Begehungsart.

Den Gegensatz zum Scheinverbrechen bildet der straftatbestandliche Schein. Er ist überall dort gegeben, wo die Erregung eines Scheines Tatbestandsmerkmal eines Strafrechtssatzes ist; so bei der Amtsanmassung,⁶⁹⁾ beim Betrug und dergl. Der straftatbestandliche Schein verhält sich zum Scheinverbrechen, wie der tatbestandliche Irrtum zum Ausschlussirrtum. Hat beim Scheinverbrechen der Schein zur Folge, dass das Verbrechen nicht gegeben ist, so ist der straftatbestandliche Schein eben der Grund für das Vorhandensein eines Verbrechens.

⁶⁸⁾ S. 39.

⁶⁹⁾ § 132 DStGB, § 199 b öStGB.

Ein strafbarer Schein ist in einigen seltenen Fällen gegeben, wenn nämlich nicht nur die Verwirklichung eines bestimmten Tatbestandes, sondern auch schon die scheinbare Verwirklichung strafbar ist. Solche Fälle finden sich hauptsächlich im Disziplinarstrafrecht. Ein Beamter vergeht sich gegen seine Standespflichten eben nicht nur dann, wenn er tatsächlich bestimmte Rechtsgüter verletzt: er muss auch den Schein wahren. Wenn er sich so benimmt, dass er Grund zur Annahme gibt, er habe etwas begangen, so schädigt schon dieses Verhalten das Ansehen seines Standes und deshalb macht er sich strafbar. Das ist ja auch der Grund, warum die passive Bestechung auch dann strafbar ist, wenn der „Bestochene“ sein Amt nach Pflicht ausübt.⁷⁰⁾ Hier ist allerdings der „Schein“ im Tatbestand nicht zum Ausdruck gekommen. Ausdrücklich finden wir ihn aber zB. in § 3 Z. 2 des österreichischen Gesetzes vom 26. I. 1907, R. G. Bl. 18 betreffend strafrechtliche Bestimmungen zum Schutze der Wahl- und Versammlungsfreiheit. Strafbar ist danach nicht nur, wer vorsätzlich für sich oder einen Dritten unter der Zusage, sich dadurch zur Nichtausübung seines Wahlrechtes oder zu dessen Ausübung in einem bestimmten Sinn bestechen zu lassen, einen Vermögensvorteil begehrt, annimmt oder sich versprechen lässt, sondern auch derjenige, der das unter dem blossen Schein, sich bestechen zu lassen, tut, somit von vornherein gar nicht die Absicht hat, sich bezüglich seines Wahlrechtes beeinflussen zu lassen. Hier wird also nicht nur die Rechtsgutverletzung, sondern schon ihr blosser Schein bestraft.

Freilich kann auch ein diesbezügliches Scheinverbrechen vorkommen; so, wenn jemand den betreffenden Vermögensvorteil nur scheinbar „annimmt“, um ihn sofort der Behörde mit der Anzeige zu übergeben.⁷¹⁾

In Schrifttum und Rechtsprechung ist bisher das Scheinverbrechen nirgends im Zusammenhang und systematisch behandelt worden. In einzelnen Ausnahmefällen sind da und dort bezüglich einzelner strafbarer Handlungen Fälle von Scheinverbrechen beispielsweise und nur im Zusammenhang mit der Besprechung des dem einzelnen Delikte typischen Vorsatzes erwähnt worden.⁷²⁾ So zB., dass der Scheinzweikampf⁷³⁾ nicht strafbar sei,⁷⁴⁾ auch wenn keine diesbezügliche Verabredung getroffen wurde.

⁷⁰⁾ § 331 DStGB, § 104 öStGB.

⁷¹⁾ vergl. Löffler, a. a. O.

⁷²⁾ vergl. zB. die in Anmerkung 74 angeführten Fälle.

⁷³⁾ vergl. S. 44.

⁷⁴⁾ Ebermayer, zu § 205 Z. 1; Frank, zu § 200 I, 1; Mayer-Allfeld, 408 Anm. 13; Olshausen, zu § 201 Z. 3; Schütze 327.

Wir finden ein grosses Interesse eigentlich nur⁷⁵⁾ für den Fall des agent provocateur und die ihm verwandten Fälle. Ja gerade die Besprechung dieses Falles bildet meist Veranlassung überhaupt, ähnlicher Fälle zu gedenken, ohne dass jedoch der Begriff des Scheinverbrechens als solchen jemals herausgearbeitet worden wäre.

Der Scheintäter.

Scheintäter ist, wer für den Täter einer bestimmten Straftat gehalten wird, aber weiss, dass er sie nicht verwirklicht. Weiss er, dass er sich überhaupt strafrechtmässig verhält, so ist er absoluter Scheintäter, weiss er, dass er eine andere Straftat verwirklicht, relativer Scheintäter. Bleibt es gegen den Willen des Täters nur beim Versuch einer Straftat, so ist nicht etwa relative Scheintäterschaft deshalb gegeben, weil der Täter eine andere Straftat, nämlich den blossen Versuch verwirklicht; denn zur Zeit des Verhaltens weiss er ja nicht, dass er bloss einen Versuch begeht. Wüsste er es aber, dann läge zwar ein Scheinverbrechen, aber überhaupt kein Verbrechen vor.⁷⁶⁾

Scheintäter ist also zB. auch der Agent, der im Auftrag der Behörde unter falschem Namen reist und diesen bei der behördlichen Anmeldung verwendet; der Filmende, der in der abgespielten Szene seinen Partner fesselt, dem gegenüber, der nicht bemerkt, dass es sich um eine Filmaufnahme handelt usw. Dagegen ist wirklicher Täter, wer angesichts eines Komplizen, der „filmt“ am hellen Tage in eine Wohnung einsteigt und stiehlt, während die aufgestellte Kamera nur zur Täuschung der andern dient.

Auch der mittelbare „Täter“ kann Scheintäter sein. Man denke zB. an den Fall, dass A den B beauftragt, ein bestimmtes Pulver, das er dem B gegenüber für ein harmloses Schlafmittel ausgibt, das aber in Wirklichkeit Gift ist, in den Tee des C zu geben und der Frau des C, um sie zu erschrecken, die Tatsache, dass das Pulver giftig sei, telefonisch mitteilt, während er von vornherein die Absicht hat, den C zu veranlassen, den Tee nicht zu trinken, sondern wegzuschütten, was er auch durchführt. A ist hier der Frau des C gegenüber mittelbarer Scheintäter. Er wäre ja mittelbarer Täter, wenn er die Absicht hätte, den C von dem Tee trinken zu lassen.

Im einzelnen Fall kann es zu Schwierigkeiten kommen, wenn neben dem Scheintäter noch andere Beteiligte auftreten. So wie es

⁷⁵⁾ a. a. O.

⁷⁶⁾ vergl. S. 37.

neben einem verbrecherischen Täter Mittäter, Anstifter, Gehilfen, „Teilnehmer“ im Sinne der österreichischen Theorie und „Vorschubleister“ verschiedener Art, insbesondere Begünstiger geben kann, so können auch neben einem Scheintäter mehrere Menschen in entsprechender Rolle auftreten. Diese können wieder ihrerseits Scheinverbrecher oder wirkliche Verbrecher sein. Es kann also auch Scheinmittäter, Scheinanstifter, Scheingehilfen geben usw. Alle diese werden im einzelnen behandelt werden. Hier soll vorerst untersucht werden, welchen Einfluss der Umstand, dass der Täter ein Scheintäter ist, auf die übrigen Beteiligten hat, die nicht Scheinverbrecher sind, also nicht wissen, dass der von ihnen ins Auge gefasste bestimmte Straftatbestand nicht verwirklicht wird, die also insbesondere den Scheintäter für einen wirklichen Täter halten.

Anstifter des Scheintäters.

A fordert in verbrecherischer Absicht B auf, eine Straftat zu begehen. B geht scheinbar darauf ein, erklärt vielleicht ausdrücklich A, er wolle die Straftat begehen, bringt sie aber absichtlich nicht zur Vollendung. Hier ist der umgekehrte Fall gegeben wie bei dem später zu besprechenden agent provocateur.⁷⁸⁾ B ist jedenfalls nicht für die von ihm nicht begangenen Straftat strafbar. Dabei ist es ganz gleichgültig, ob B überhaupt nichts tut oder, wie von Anfang an beabsichtigt, den bereits beendigten Versuch durch hindernde Tätigkeit nicht zur Vollendung kommen lässt. Was ist aber mit A?

Eine Anstiftung nach § 48 DBtGB bzw. § 5 öStGB liegt nicht vor, weil B die Straftat nicht begangen hat. Nach österreichischem Strafrecht ist der Fall des § 9 öStGB, die sogenannte versuchte Verleitung gegeben, die immer dann vorliegt, wenn die anstiftende Tätigkeit nicht dazu geführt hat, dass der Aufgeforderte die Straftat, zu der er angeregt wurde, begehe. Die Theorie spricht hier meist von misslungener Anstiftung.⁷⁹⁾ Auch von „putativer“ Anstiftung wird gesprochen.⁸⁰⁾ Ist nun die misslungene Anstiftung nach reichsdeutschem Recht strafbar?⁸¹⁾

⁷⁸⁾ Kohler, Studien aus dem Strafrecht I, 126; zustimmend Heilborn 103 f.

⁷⁹⁾ vergl. Bar, Gesetz und Schuld 649 f; Geyer, Teilnahme Mehrerer an einem Verbrechen und Begünstigung (Holtendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts II, 318 ff.) 345, RG. I 338.

⁸⁰⁾ Schütze 255.

⁸¹⁾ Für Strafbarkeit. vergl. die — vor dem Inkrafttreten des RStGB ergangenen E. des Ob. App. Ger. Kiel 7. VI. 51 (Temme, Archiv für die strafrechtlichen Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe Deutschlands I, 97), Cassel 17. VIII. 48, a. a. O. 98; München 15. V. 52, a. a. O. 100. Für Straflosigkeit Bar a. a. O.; Kohler, Studien I, 127, RG. I. 338 und überhaupt die herrschende Ansicht.

Sicher ist nun, dass die misslungene Anstiftung einen Versuch der Anstiftung darstellt, und der ganze Streit über die Strafbarkeit hängt eigentlich mit der grundlegenden Frage zusammen, ob die versuchte Anstiftung nach reichsdeutschem Recht strafbar ist.⁸²⁾ Die überwiegende Ansicht⁸³⁾ ist dafür, dass die misslungene Anstiftung höchstens nach § 49a strafbar sein könne.⁸⁴⁾

Hiezu ist folgendes zu bemerken: Der Anstiftungsparagraph in einem Strafgesetzbuch ist ein Rahmensatz und das gleiche gilt vom Versuchsparagraphen.⁸⁵⁾ Der Rahmen wird für den Einzelfall durch Teile eines besonderen Verbrechenstatbestandes ausgefüllt. Heisst es: „Wer zu einem Verbrechen anstiftet“ bzw. „wer ein Verbrechen versucht“, so wird eben im Einzelfall statt „Verbrechen“ der besondere Verbrechenstatbestand, zB. der Tatbestand des Mordes, eingesetzt, wie er für diesen Fall zutrifft. Anstiftung und Versuch sind nun selbst Verbrechen, soweit sie sich auf ein Verbrechen beziehen. Es kann daher auch das besondere Verbrechen der Anstiftung bzw. des Versuchs zur Rahmenausfüllung herangezogen werden. Und es ist ein durch nichts begründeter Widerspruch in Schrifttum und Rechtsprechung,⁸⁶⁾ wenn man zwar die Anstiftung dann für strafbar ansah, wenn es der Angestiftete wenigstens bis zu einem strafbaren Versuch gebracht hat, also § 43 in Verbindung mit einem besonderen Verbrechenstatbestand für genügend erachtete, zur Ausfüllung des in § 48 gegebenen Rahmens zu dienen, nicht aber umgekehrt den Tatbestand des § 48 im Zusammenhang mit einem besonderen Verbrechenstatbestand als ausreichend für die Ausfüllung des in § 43 gegebenen Rahmens. Folgerichtig kann man nur entweder die versuchte Anstiftung straflos lassen, dann aber auch den Anstifter, wenn der Angestiftete nur einen strafbaren Versuch begangen hat, oder man muss in beiden Fällen Strafbarkeit annehmen.

Die Geltung des § 49a Abs. 1 DStGB. die sich übrigens nur auf Verbrechen im engeren Sinne erstreckt, darf nicht etwa zu einem Umkehrschluss verleiten, wonach andere Fälle versuchter Anstiftung straflos wären. § 49a war nur eine gesunde Reaktion gegen eine dem

⁸²⁾ dafür zB. Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht I 403 ff.

⁸³⁾ vergl. Ebermayer, zu § 48 Z. 2 b; Frank, zu § 48 V.; Hippel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 164; Kern, Die Teilnahme im E. 25 (Gerichtssaal 92 S. 125 ff) 136; Köhler, Strafrecht 501; Liszt-Schmidt 343 f; Mayer-Allfeld 233, 243; Olshausen, zu § 48 Z. 24.

⁸⁴⁾ Für Straflosigkeit auch: Gerland 200.

⁸⁵⁾ Wolff, Verbotenes Verhalten 342.

⁸⁶⁾ vergl. zB. Ebermayer, zu § 48 Z. 2 B a; Gerland 200; Olshausen, zu § 48 Z. 17a.

Gesetz widersprechende Lehre und Rechtsprechung und bildet nunmehr tatsächlich nichts anderes als die Festsetzung des besonderen Strafrahmens einer lex specialis gegenüber dem bisherigen Rechtszustand für die in der erwähnten gesetzlichen Bestimmung geregelten Fälle. Ist ja auch § 9 des österreichischen Strafgesetzbuches nichts anderes als eine solche besondere Bestimmung, in deren Ermangelung einfach § 5 mit § 8 öStGB. zur Anwendung kommt.

Der Anstifter des Scheinverursachers ist also wegen misslungener Anstiftung — versuchter Verleitung — strafbar. Er ist relativer Wahnverbrecher,⁸⁷⁾ weil er — vollendete — Anstiftung zu begehen glaubt, aber tatsächlich nur einen Versuch der Anstiftung begeht. Es gilt hier das gleiche wie für den Versuch überhaupt.⁸⁸⁾

Bei scheinbarem Verhalten oder scheinbarer Willkürlichkeit des Scheintäters ist für den „Anstifter“ gleichfalls misslungene Anstiftung gegeben. Letzterenfalls deshalb, weil das Verhalten des Scheintäters, auch wenn es den Strafstatbestand objektiv verwirklicht, nicht durch den „Anstifter“ verursacht ist. Bei scheinbarer Rechtswidrigkeit liegt ein „untauglicher Versuch“ der Anstiftung vor.

Eine eigentümliche Rechtslage ergibt sich im Falle der scheinbaren Verbrechensschuld. Da es eine Anstiftung zu fahrlässigen Straftaten nicht gibt, kommt hier nur der scheinbare Verbrechenvorsatz im Frage. Der Scheintäter hat hier also den objektiven Straftatbestand unvorsätzlich verwirklicht, während der Anstiftende der Meinung war, der von im „Angestiftete“ werde ihn vorsätzlich herbeiführen.

Hier muss einiges über die Verbrechenbegehung überhaupt und über die Teilnehmerbestimmungen im Strafgesetzbuch insbesondere gesagt werden.⁸⁹⁾ Ein besonderer Verbrechenstatbestand hat die Bedeutung, dass jeder, der seine Verwirklichung mit der tatbestandlichen Schuld verursacht, im Zweifel, d. h. mangels anderer gesetzlicher Bestimmungen, sich des betreffenden Verbrechens schuldig macht. Gäbe es in der Rechtsordnung keine gesetzlichen Bestimmungen über Täterschaft und Teilnahme, so wäre einfach jeder des besonderen Verbrechens strafbar, der die Tatbestandsverwirklichung mit der tatbestandlichen Schuld verursacht hat. Jeder also, der in Tötungsabsicht mit Überlegung eine Bedingung für den Tod eines anderen Menschen rechtswidrig setzt, wäre danach wegen Mordes zu bestrafen. Ein sol-

⁸⁷⁾ vergl. S. 38.

⁸⁸⁾ S. 41.

⁸⁹⁾ vergl. über das im weiteren Ausgeführte, Wolff, Verbotenes Verhalten, 323 ff.

cher Begeher⁹⁰⁾ wäre einfach Mörder ohne Rücksicht darauf, ob er theoretisch als unmittelbarer oder mittelbarer Täter, als Alleintäter oder Mittäter, als Anstifter oder Gehilfe anzusehen ist. Enthält nun eine Rechtsordnung besondere Bestimmungen für einzelne Begehungsarten, zB. für Anstiftung, so bilden solche Bestimmungen besondere Regelungen, *leges speciales*, die bei Verwirklichung des besonderen Tatbestandes anzuwenden sind. Liegt nun eine Begehungsart vor, die den besonderen Tatbestand nicht erfüllt, so ist im Zweifel, d. h. mangels ausdrücklicher entgegengesetzter Bestimmung, einfach der besondere Verbrechenstatbestand, zB. des Mordes, anzuwenden. Wenn also A den B zur Ermordung des C erfolgreich anstiftet, ohne zu wissen, dass B geisteskrank ist, so hat A, wie man zu sagen pflegt, „Anstiftervorsatz“, handelt aber tatsächlich als mittelbarer Täter. Die besondere gesetzliche Bestimmung über Anstiftung in § 48 DStGB deckt diesen Fall nicht, weil hier eine vom Angestifteten „begangene strafbare Handlung“ Tatbestandsmerkmal ist, der Geisteskranke aber eine solche nicht begangen hat, wie § 51 DStGB ausdrücklich sagt. Hier ist also, da die *lex specialis* unanwendbar ist, A einfach des Mordes an C schuldig. Er hat diesen Mord begangen. Und es ist ein blosser Wortstreit, ob man auch ihn als mittelbaren Täter bezeichnet oder nicht.

„Begeher“ ist ein anderer Begriff als Täter, wie das eben Ausgeführte schon gezeigt hat, denn Begeher ist jeder, der nicht unter die besondere Vorschrift des Anstifters, Gehilfen oder Mittäters fällt. Der Begeherbegriff ist im DStGB ebensowenig geregelt, wie der des Täters.

Nach § 5 öStGB ist die Beurteilung deshalb anders, weil hier nur die „Übeltat“ eines anderen vorausgesetzt ist, eine solche aber auch unvorsätzlich begangen werden kann, sobald nur Rechtswidrigkeit gegeben ist. Da § 5 öStGB auch die mittelbare Täterschaft deckt, so ist A im erwähnten Fall Anstifter zum Mord. Sein Irrtum über den tatsächlichen Verlauf, der ja nur darin besteht, dass er annahm, B werde C vorsätzlich töten, ist als reiner Verursachungsirrtum⁹¹⁾ unbeachtlich.

Der Anstifter eines Scheintäters mit scheinbarem Verbrechenstvorsatz macht sich also nach dem DStGB einfach des Verbrechens als Begeher schuldig, nach dem öStGB ist er nach § 5 zu bestrafen.

Liegt beim Täter nur scheinbare Strafbarkeit vor, so ist das auf den Anstifter ohne Einfluss, soweit der Strafausschlussgrund nicht auch bei ihm gegeben ist. Wenn Also A den B anstiftet den Verbrecher C nach Begehung der Tat zu verbergen, und C der Sohn des B ist, so

⁹⁰⁾ a. a. O. S. 326.

⁹¹⁾ Wolff, Verbotenes Verhalten 104 f.

ist A doch der Anstiftung zur Begünstigung schuldig. Das ergibt für das reichsdeutsche Recht trotz § 48 DStGB „begangenen strafbaren Handlung“ ein Schluss aus § 50 DStGB und für das österreichische Recht § 5 Abs. 2 öStGB.

Was ist nun rechtens, wenn A den B zu einer Straftat anstiftet, B scheinbar darauf eingeht und eine Scheinhandlung vornimmt, diese aber gegen den Willen des B den vom Anstifter ins Auge gefassten Erfolg doch herbeiführt? A fordert zB. B auf, C zu vergiften. Aus Angst vor A erklärt ihm B, er wolle es tun, obgleich er von vornherein die Absicht hat, es nicht zu tun. Um nun A zu täuschen, beschliesst er, C in Gegenwart des A ein harmloses Pulver, das er aber A gegenüber als Gift ausgibt, einzugeben. Infolge eines unglücklichen Zufalls vergreift sich B und verabreicht C, ohne es zu wollen, tatsächlich Gift. C stirbt infolge der Vergiftung.

Sicher ist, dass B den C unvorsätzlich getötet hat. Wie ist es nun mit A?

Es gilt hier dasselbe, wie für den Fall des scheinbaren Verbrechenstvorsatzes des Angestifteten. Denn auch hier hat ja A den Erfolg, den er herbeiführen wollte, rechtswidrig herbeigeführt und sein Irrtum, der ja nur darin besteht, dass er annahm, B werde C vorsätzlich töten, während dies tatsächlich unvorsätzlich geschah, ist auch hier als reiner Verursachungsirrtum unbeachtlich. Die rechtlich wesentlichen Merkmale sind also hier die gleichen, wie im obigen Fall.

Wo ein Verhalten, das sonst Anstiftung wäre, als selbständiges Verbrechen geregelt ist, so dass jemand, der einen anderen zu einem strafbaren Verhalten anstiftet, in diesem besonderen Fall als Täter zu bestrafen ist — vergl. zB. § 141 DStGB („verleitet“) oder § 58 c öStGB — ist, sobald der „Angestiftete“ nur zum Schein darauf eingeht, Versuch des besonderen Verbrechens gegeben. Das gilt hier überhaupt für alle Fälle der Scheintäterschaft des „Angestifteten“ mit Ausnahme des scheinbaren Verbrechenstvorsatzes, in welchem Falle der „Anstifter“ Täter des vollendeten besonderen Verbrechens ist. Ebenso wenn beim „Angestifteten“ nur scheinbare Strafbarkeit⁹²⁾ vorliegt.

Bei scheinbarer Rechtswidrigkeit des Verhaltens des „Angestifteten“ ist untauglicher Versuch der „Anstifters“ gegeben. Die Frage, ob bei relativer Scheintäterschaft der „Anstifter“ der Anstiftung zu der vom Angestifteten wirklich begangenen Straftat schuldig ist, hängt einfach davon ab, inwieweit er diese Straftat vorsätzlich herbeigeführt hat.

⁹²⁾ S. 39 f.

Gehilfe des Scheintäters.

A ist Scheintäter. Er hat den Straftatbestand nicht einmal objektiv verwirklicht. B, der ihn für einen wirklichen Täter hält, hilft ihm — körperlich oder intellektuell — bei der „Begehung des Verbrechens“. B hat sich nicht der Beihilfe nach § 49 DStGB schuldig gemacht, denn diese setzt die Begehung „des Verbrechens oder Vergehens“ durch den Täter voraus. A hat aber keine Straftat oder wenigstens nicht die Straftat, zu der B helfen wollte, begangen. Auch Beihilfe nach § 5 öStGB liegt nicht vor, denn es ist weder „Ausübung“ der Übeltat, noch ihre „Vollendung“ gegeben. B wollte zwar Beihilfe begehen, aber sein Vorhaben ist nicht zur Ausführung gekommen. Es ist im blossen Versuch der Beihilfe stecken geblieben.

Wer also einem Scheintäter, den er für einen wirklichen Täter hält, bei scheinbarem Verhalten oder Scheinverursachung Hilfe leistet, begeht versuchte Beihilfe.

Auch bezüglich dieser ist die Strafbarkeit fraglich. Die herrschende Lehre und Rechtsprechung hält die versuchte Beihilfe sowohl nach reichsdeutschem,⁹³⁾ wie auch nach österreichischem Recht,⁹⁴⁾ für nicht strafbar, während sie die Beihilfe für strafbar erklärt, wenn der Täter einen strafbaren Versuch begangen hat.⁹⁵⁾

Nun gilt aber für die versuchte Beihilfe, was oben⁹⁶⁾ für die versuchte Anstiftung ausgeführt wurde. Mangels besonderer gesetzlicher Bestimmung liegt ein Doppelrahmen vor: der im Versuchsparagraphen liegende Rahmen wird durch die Bestimmung über Beihilfe in Verbindung mit einem besonderen Verbrechenstatbestand ausgefüllt. Und es ist auch hier ein durch nichts begründeter Widerspruch, diese Ausfüllung nicht zuzulassen, wohl aber die Ausfüllung des in der Bestimmung über Beihilfe liegenden Rahmens durch den Versuchsparagraphen in Verbindung mit einem besonderen Verbrechenstatbestand.

⁹³⁾ vergl. Ebermayer, zu § 49 Z. 3 b und 7; Frank, zu § 49 IV.; Gerland 201; Hippel, Lehrbuch 164; Kern, Teilnahme 136, Köhler, Strafrecht 501; Liszt-Schmidt 344; M. E. Mayer 399; Meyer-Allfeld 233, 249; Metzger 446; Olshausen, zu § 49 Z. 23; a. M. Hälschner, Deutsches Strafrecht 389.

⁹⁴⁾ vergl. Geyer, Erörterungen über den allgemeinen Tatbestand nach österreichischem Recht 146 f; Rittler, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts I 217.

⁹⁵⁾ vergl. für das reichsdeutsche Recht Ebermayer, zu § 49 Z. 13a; Gerland 201; Metzger a. a. O.; Olshausen, zu § 49 Z. 28, — für das österreichische Recht: Geyer, a. a. O. 147 Anmerkung 1.

⁹⁶⁾ S. 56.

Der Umkehrschluss aus § 49a DStGB bzw. § 9 öStGB⁹⁷⁾ ist ebensowenig zulässig, wie dies bezüglich des Umkehrschlusses aus § 49a DStGB⁹⁸⁾ für die versuchte Anstiftung ausgeführt wurde. Gibt es eben eine lex generalis, so darf aus der lex specialis nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass auch die lex generalis nicht Platz greife. Das Verhältnis zwischen lex generalis und lex specialis hat ja gerade den Sinn, dass insoweit zwar der Tatbestand der lex generalis, aber nicht der der lex specialis verwirklicht ist, eben die lex generalis zur Anwendung kommt.

Ebensowenig ist der Umkehrschluss aus anderen besonderen Bestimmungen z. B. aus § 107 öStGB. zulässig. Denn hier werden gewisse Fälle versuchter Beihilfe — zum Verbrechen der Nachmachung öffentlicher Kreditpapiere—, als „Mitschuld“, also wie vollendete Beihilfe gestraft. Es wird somit nicht etwa ein sonst straffloser Tatbestand in besonderen Fällen gestraft, sondern nur anders beurteilt, als es sonst der Fall wäre. Das gleiche finden wir zB. auch im § 213 öStGB in Verbindung mit den §§ 60, 67, 92, 95, wonach ein Verhalten, das sonst Vorschubleistung wäre, hier in den besonderen Fällen als Mitschuld zu bestrafen ist. Und genau so wie hier der Umkehrschluss für andere Fälle nur die Rückkehr zur lex generalis des § 212 gestattet, so kann auch der Umkehrschluss aus § 107 öStGB für die anderen Fälle versuchter Beihilfe im Zweifel nur die Rückkehr zur lex generalis der §§ 8 und 5 öStGB zur Folge haben.

Liegt beim Scheintäter scheinbare Rechtswidrigkeit vor, so ist bezüglich der Beihilfe untauglicher Versuch gegeben.

Bei scheinbarer Willkürlichkeit oder scheinbarem Verbrechensvorsatz des Scheintäters ist der Gehilfe nach reichsdeutschem Recht Begeher des besonderen Verbrechens und nach dem besonderen Verbrechenparagraphen zu bestrafen, dagegen liegt nach österreichischem Recht hier einfach Beihilfe nach § 5 öStGB vor. Der Grund ist der gleiche, wie bei der Anstiftung des mit scheinbarem Verbrechensvorsatz handelnden Scheintäters ausgeführt.⁹⁹⁾

Dass das dort für den Fall des scheinbaren Verbrechensvorsatzes Gesagte hier auch bei scheinbarer Willkürlichkeit des Scheintäters gilt, ist in der Verschiedenheit von Beihilfe und Anstiftung begründet. Der Anstifter muss den Vorsatz des Täters verursachen. Bei scheinbarer Willkürlichkeit fehlt diese Verursachung und die Anstiftung ist daher misslungen. Beim Gehilfen besteht aber der Verursachungs-

⁹⁷⁾ vergl. S. 56 f.

⁹⁸⁾ a. a. O.

⁹⁹⁾ vergl. S. 58.

zusammenhang zwischen seinem Verhalten und der Verwirklichung des Verbrechenstatbestandes ohne die Zwischenursache des Kausalwerdenlassens des Täters für diese Verwirklichung. Daher ist seine Stellung bei scheinbarer Willkürlichkeit des Scheintäters die gleiche wie bei scheinbarem Verbrechensvorsatz. Da der Gehilfe im Gegensatz zum Anstifter das Kausalwerden des Täters nicht hervorruft, kommt es auf die Ursache dieses Kausalwerdens im Falle der Beihilfe nicht an. Der Unterschied, dass dieses Kausalwerden bei scheinbarer Willkürlichkeit des Scheintäters nicht auf den Teilnehmer zurückgeht, wohl aber bei scheinbarem Verbrechensvorsatz, spielt also für den Gehilfen im Gegensatz zum Anstifter keine Rolle.

Ist beim Täter ein reiner Strafausschlussgrund gegeben, so ist das ohne Einfluss auf die Strafbarkeit des Gehilfen. Dieser ist einfach wegen Beihilfe strafbar. Das ergibt wie bei der Anstiftung für das reichsdeutsche Recht ein Schluss aus § 50 DStGB, für das österreichische § 5 Abs. 2 öStGB. Wer also zur straflosen Begünstigung eines Angehörigen des Täters Hilfe leistet, ohne selbst Angehöriger zu sein, ist als Gehilfe strafbar.

Wenn A dem Scheintäter B zur „Begehung des Verbrechens“ behilflich ist und dieser den Straftatbestand, ohne es zu wollen, objektiv verwirklicht, so ist A ebenso wie im entsprechenden Anstiftungsfalle¹⁰⁰⁾ Begeher des Verbrechens, das er fördern wollte.

Wird ein Verhalten, das sonst Beihilfe wäre, kraft besonderer gesetzlicher Bestimmungen als selbständiges Verbrechen bestraft — vergl. zB. §§ 120 („behilflich ist“), 121 („befördert“), 151 („befördert“) 151, 180 („Vorschub leistet“), 181 („Vorschub zu leisten“), 203, 218, („Mittel oder Werkzeug... verschafft“), 354 („Hilfe leistet“), 355 DStGB. („Hilfe leisten“) — so ist, wenn der Geförderte nur Scheintäter ist, der „Gehilfe“ des Versuches des Sonderverbrechens schuldig, soweit auf Seiten des Geförderten scheinbares Verhalten oder scheinbare Verursachung vorliegt. Bei scheinbarer Rechtswidrigkeit ist untauglicher Versuch gegeben, bei scheinbarer Willkürlichkeit, scheinbarem Verbrechensvorsatz oder scheinbarer Strafbarkeit des Geförderten ist aber der „Gehilfe“ einfach Täter des vollendeten Sonderdelikts.

Ob bei relativer Scheintäterschaft der Gehilfe der Beihilfe zu der vom Täter wirklich begangenen Straftat schuldig ist, hängt einfach davon ab, inwieweit er diese vorsätzlich gefördert hat.

¹⁰⁰⁾ S. 59.

Begünstigung und Hehlerei bei Scheinverbrechen.¹⁰¹⁾

Begünstigung und Hehlerei — §§ 139, 257 ff DStGB., §§ 185 f, 196, 214 ff, 307 öStGB — setzen die Begehung einer Straftat durch einen anderen als tatbestandliches „Vorereignis“¹⁰²⁾ voraus. Ist dieses Vorereignis ein Scheinverbrechen, so fehlt ein wesentliches Tatbestandsmerkmal für die erwähnten Straftaten. Da aber der „Begünstiger“ bzw. „Hehler“ das Scheinverbrechen für ein wirkliches hält, so begeht er einen untauglichen Versuch.

Bei scheinbarer Willkürlichkeit des Begünstigten wird aber meistens der Straftatbestand durch den verwirklicht sein, der der willkürliche Urheber des Verhaltens des Scheinverbrechens ist, so zB. durch den, der ihn hypnotisiert hat. Er hat dann das Verbrechen als mittelbarer Täter begangen. Das gilt freilich nicht, wenn der mittelbare „Täter“ selbst nicht zurechnungsfähig ist. Ist er das aber, dann ist die begangene Sachhehlerei einfach deswegen strafbar, weil das Vorereignis im Verbrechen des mittelbaren Täters liegt. Der Irrtum des Hehlers über die Person desjenigen, durch dessen Straftat die betreffende Sache zum Gegenstand der Hehlerei geworden ist, ist ohne Bedeutung.

Ist beim Täter ein reiner Strafausschlussgrund gegeben, so ist es zwar nicht möglich, ihn „der Bestrafung zu entziehen“ (§ 257 DStGB), da er ja gar nicht strafbar ist, doch kann in einem solchen Fall die Begünstigung begangen werden, um dem Täter „die Vorteile des Verbrechens... zu sichern“ (§ 257 DStGB) oder durch Personenhehlerei (§ 258 DStGB). Auch die Sachhehlerei nach § 259 DStGB ist in diesem Falle möglich, denn der Vorteil des Strafausschlussgrundes ist immer ein höchst persönlicher. Das gleiche gilt daher auch bezüglich der Vorschubleistung nach §§ 212 ff öStGB.

Bei relativer Scheintäterschaft ist der Begünstiger oder Hehler insoweit strafbar, als er mit Rücksicht auf das vom Täter wirklich begangene Verbrechen vorsätzlich begünstigt oder Sachen verhehlt.

Mehrtäterschaft und Scheinverbrechen.

Der Vorsatz des Mehrtäters einer Straftat muss sich auf die Verwirklichung des Straftatbestandes ebenso beziehen, wie das beim Alleintäter der Fall ist. Der Mittäter — im Gegensatz zum blossen Nebentäter — muss ausserdem vorsätzlich mit dem oder den anderen Tätern zusammenwirken.¹⁰³⁾

¹⁰¹⁾ Die Mittäterschaft beim Scheinverbrechen wird weiter unten behandelt.

¹⁰²⁾ Wolff, Verbotenes Verhalten 195.

¹⁰³⁾ vergl. Frank, zu § 47 III; Gerland 195; M. E. Mayer 381.

Nun sind folgende Möglichkeiten gegeben und besonders zu behandeln:

- 1.) Alle Mehrtäter sind Scheinverbrecher.
- 2.) Einige Mehrtäter sind nicht Scheinverbrecher.
- 3.) Ein Mehrtäter ist nicht Scheinverbrecher.

Zu 1.) Die mehreren Scheinverbrecher sind alle jedenfalls nicht des Verbrechens strafbar, das sie nur scheinbar begehen. Dabei ist es gleichgültig, ob sie überhaupt von einander oder wenigstens einer vom anderen wissen und ob dem einen oder anderen oder allen bekannt ist, dass beim anderen bloss Scheinverbrechen gegeben ist. Ohne Bedeutung ist es auch, welche Art des Scheinverbrechens vorliegt. Sind die Unterschriften von A und B zum Verbrechensschein gefälscht,¹⁰⁴⁾ so liegt scheinbares Verhalten beider vor. Ebenso kann bei allen scheinbare Willkürlichkeit, scheinbare Verursachung, scheinbare Rechtswidrigkeit oder scheinbare Verbrechen Schuld gegeben sein. Es ist weiters auch möglich, dass bei dem einen der eine und bei dem anderen der andere Fall vorliegt. Alles das ändert nichts an der Tatsache, dass das betreffende Verbrechen eben nicht begangen ist.

Trotzdem alle nur Scheinverbrecher sind, kann aber, wie beim Scheinverbrechen überhaupt, der betreffende Straftatbestand doch objektiv verwirklicht werden, der „Erfolg“ eintreten. A, B und C verabreden die Vergiftung des D, ohne dass auch nur einer von ihnen den D auch wirklich vergiften will. Es kommt, wie erwähnt, nicht darauf an, ob die drei darüber einverstanden sind, dass es sich nur um ein Scheinverbrechen handle oder ob nur jeder für sich die Absicht hegt, den Erfolg nicht eintreten zu lassen. So ist es möglich, dass sie gemeinsam dem D ein Pulver eingeben, das sie für vollkommen harmlos halten, das aber tatsächlich Gift ist. Die geschehene Tötung ist jedenfalls unvorsätzlich.

Ein anderer Fall: A, B und C verabreden die Vergiftung des D, jeder von ihnen mit dem geheimen Vorbehalt,¹⁰⁵⁾ es nicht zur Vergiftung kommen zu lassen. Der Verabredung nach sollte die Vergiftung so von statten gehen, dass jeder von ihnen „zur Sicherheit“ D eine tödliche Dosis Gift eingebe. A und B verabreichen nun D ein harmloses Pulver. C, welcher der Meinung ist, dass A und B dem D tödliches Gift eingegeben haben, gibt ihm nun in bester Absicht ein Gegengift, an dessen Folgen D stirbt. Auch diese Tötung des D ist unvorsätzlich.

In beiden Fällen sind A, B und C Scheinverbrecher und zwar Scheinmörder.

¹⁰⁴⁾ vergl. S. 39.

¹⁰⁵⁾ S. 47.

Bei scheinbarer Strafbarkeit aller Mehrtäter wird übrigens auch der „Erfolg“ des Verbrechens objektiv verwirklicht.

Zu 2.) A, B und C verabreden die Ermordung des D. A und B meinen es ernst, C macht den geheimen Vorbehalt, es nicht zur Tötung des D kommen zu lassen. Da ihm somit das tatbestandliche Vorhaben fehlt, ist er nicht Mittäter. Er ist nur Scheinverbrecher. Allerdings kann in dem Mittun des C eine Bestärkung des Entschlusses von A und B liegen. Vielleicht halten sie nur deshalb an ihrem Entschluss fest, weil sie an die Mittäterschaft des C glauben. Es kann also in dem Verhalten des C wenigstens intellektuelle Beihilfe liegen.¹⁰⁶⁾ Doch setzt das voraus, dass C mit Förderungsvorsatz handelt. Er muss also wenigstens wissen, dass sein Verhalten A und B in ihrem Entschluss bestärkt.

Die Strafbarkeit von A und B wird durch den geheimen Vorbehalt des C weiter nicht berührt. Betätigen sie ihren Entschluss über eine blossere Vorbereitungshandlung hinaus und ist es nur dem Eingreifen des C zu verdanken, dass es nicht zur Ermordung des D kommt, so machen sie sich eines Mordversuches schuldig.

Sind also mehrere Mehrtäter nicht Scheinverbrecher, so ist der Umstand, dass ein oder mehrere andere Mehrtäter bloss Scheinverbrecher sind, ohne Einfluss auf die Strafbarkeit der ersteren.

Zu 3.) Ist nur einer der „Mittäter“, „Nebentäter“, also überhaupt „Mehrtäter“, kein Scheinverbrecher, so ergibt sich eine gewisse Schwierigkeit: Die Ausdrücke Mittäter, Nebentäter und überhaupt Mehrtäter erheischen ihrem Wortlaut nach das Vorhandensein wenigstens noch eines Täters. Der oder die übrigen Scheinverbrecher sind aber in Wirklichkeit nicht Täter. Dem Wortlaut nach ist also der einzige Nichtscheinverbrecher Alleintäter und nicht Mehrtäter.

Und das ist auch begrifflich der Fall. Wenn ein Täter mit einem oder mehreren Scheintätern zusammentrifft, so kann ja auch nicht gesagt werden, dass sie die „strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen“ (§ 47 DStGB). Denn auch in den Fällen, in denen der Straftatbestand von dem einen Täter tatsächlich verwirklicht wird, haben die anderen nicht vorsätzlich mitgetan. Man denke zB. an folgenden Fall: A und B verabreden die Ermordung des C. A, der Stärkere, soll C festhalten, während B diesem Gift einflösst. B hat aber von vornherein die Absicht, C nur ein unschädliches Pulver einzugeben und hat zu diesem Zwecke ein solches auch schon vorbereitet. A ist nun aus irgend einem Grunde misstrauisch, kommt tatsächlich

¹⁰⁶⁾ Bar, Gesetz und Schuld II 649; Heilborn 103.

dahinter, dass das vorbereitete Pulver unschädlich ist, entfernt es heimlich und gibt an seine Stelle, ohne das B es bemerkt, ein tödlich wirkendes Gift. Das Weitere spielt sich nun verabredungsgemäss ab und B gibt dem C vermeintlich ein unschädliches Pulver, in Wahrheit aber ein Gift, infolge dessen C stirbt.

B hat keinen Mord begangen. Diesen hat A allein begangen. Er ist nicht Mittäter, sondern Alleintäter.

Das Gesagte gilt auch in allen Fällen, in denen ein bestimmtes Verbrechen die Täterschaft wenigstens zweier Verbrecher erfordert. Ein solcher Tatbestand ist nicht verwirklicht, wenn nur einer der mehreren nicht Scheinverbrecher ist.

Freilich kommt es hier auf den Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung an. Wenn zB. der Tatbestand des § 243 Z. 6 und ebenso des § 250 Z. 2 DStGB die Mitwirkung mehrerer voraussetzt, „welche sich zur fortgesetzten Begehung von Raub und Diebstahl verbunden haben“, so ist dieser Tatbestand nicht verwirklicht, wenn nur einer der mehreren wirklich Verbrecher ist, die anderen aber zB. weil unzurechnungsfähig oder weil ihnen die Absicht rechtswidriger Aneignung fehlt,¹⁰⁷⁾ bloss Scheinverbrecher sind. Kommt dagegen dem oder den anderen Tätern nur ein reiner Strafausschlussgrund zustatten, so ist der eine Täter, dem er nicht zugutekommt, doch nach § 243 Z. 6 oder § 250 Z. 2 strafbar. Denn der Diebstahl oder die Unterschlagung ist von dem bzw. den anderen, wie bereits ausgeführt,¹⁰⁸⁾ begangen, nur straflos. Da überhaupt, wie bereits gesagt,¹⁰⁹⁾ der blosser Strafausschlussgrund das Verbrechen als solches nicht ausschliesst, ist stets Mehrtäterschaft gegeben, wenn auch nur einer der Begeher strafbar ist, während dem oder den andern ein reiner Strafausschlussgrund zustatten kommt.¹¹⁰⁾

Der geheime Vorbehalt, sich nicht so zu verhalten, wie man es den anderen mitteilt, schliesst den Begriff der Verabredung nicht aus.¹¹¹⁾ Wenn also A und B eine im allgemeinen strafbare Verabredung treffen, so hat der Umstand, dass B die Verabredung nicht ernst meint, zwar zur Folge, dass B das betreffende Verbrechen nicht begeht, ändert aber nichts an der Strafbarkeit des A. Dabei ist es gleichgültig, ob das Gesetz davon spricht dass „mehrere . . . verabredet“ haben, wie zB. im § 83 DStGB oder dass einer „mit einem anderen . . . verabredet“, wie im früheren § 49 b DStGB. In beiden Fällen wird also die

¹⁰⁷⁾ vergl. S. 51.

¹⁰⁸⁾ S. 40.

¹⁰⁹⁾ a. a. O.

¹¹⁰⁾ vergl. zB. auch Ebermayer, zu § 47 Z. 2 b γ.

¹¹¹⁾ Klee, Verabredung zum Morde (DJZ. XXIX 494 ff) 496.

Strafbarkeit des vorsätzlichen Verabreders durch das Scheinverbrechen des anderen nicht berührt.¹¹²⁾

Ist der eine Verabreder überzeugt, der andere meine es nicht ernst, so ist sein Anteil an der Verabredung notwendig nicht ernstlich gemeint. Er kann zwar die Absicht haben, das Verabredete zu vollbringen, aber diese Absicht hat mit der Verabredung selbst in diesem Falle nichts zu tun. Daher liegt für ihn keine strafbare Verabredung vor.¹¹³⁾ Das gilt auch, wenn seine Meinung irrtümlich ist, also der andere Teil die Verabredung tatsächlich ernst meint. In diesem Falle ist der andere strafbar.¹¹⁴⁾

Ist der eine Täter relativer Scheintäter, so ist der andere nur Mehrtäter des von dem ersteren wirklich begangenen Verbrechens, insoweit er auch diese Straftat mit dem tatbestandlichen Vorsatz verwirklicht.

Scheinanstifter.

Scheinanstifter ist, wer für den Anstifter einer bestimmten Straftat gehalten wird, aber weiss, dass er es nicht ist.

Auch hier können alle Arten des Scheinverbrechens vorkommen. Vor allem gibt es absolute und relative Scheinanstifter. Die Scheinanstiftung ist absolut, wenn überhaupt keine strafbare Handlung des „Anstifters“ gegeben ist, relativ, wenn entweder Anstiftung zu einer anderen Straftat, als es zu sein scheint, oder zwar nicht Anstiftung, aber eine andere strafbare Handlung, zB. mittelbare Täterschaft oder versuchte Anstiftung, gegeben ist.

1) Scheinbares Verhalten des „Anstifters“ liegt vor, wenn der Scheinverbrecher überhaupt kein anstiftendes Verhalten beobachtet hat und ein solches nur gegeben zu sein scheint. A hat zB. einen Brief, in dem er B zur Begehung eines Diebstahles auffordert, mit Schreibmaschine geschrieben und mit der nachgemachten Unterschrift des C unterschrieben. Hier liegt scheinbar anstiftendes Verhalten des C vor. Das gleiche gilt in dem häufigen Fall, wo der Angeklagte A

¹¹²⁾ a. M. bzgl. § 83 DStGB Ebermayer, zu § 83 Z. 3; Köhler, Hochverrat und Landesverrat I (Golddammers Archiv LI 130, 269 ff) 269; Olshausen, zu § 83 Z. 3; bezüglich des früheren § 49 b Frank, zu § 49b I; mit der Entscheidung des Ob. App. Ger. Cassel vom 20. 11. 43; (Temme, Archiv I Nr. 105), wurde der ernstliche Komplottant mit Rücksicht auf den Umstand, dass der andere nur zum Schein auf die Verabredung einging, nur wegen Versuchs des Komplotts verurteilt, weil der Tatbestand zur Vollendung nicht ausreichte; letztere Ansicht ist auch in der Entscheidung des gleichen Gerichtes vom 1. 9. 1845, a. a. O. I Nr. 106 ausgesprochen; richtig bezüglich des früheren § 49 b Klee 495 f.

¹¹³⁾ Köhler, Hochverrat 269.

¹¹⁴⁾ a. a. O.

in der Absicht, ein milderes Urteil zu erlangen, fälschlich behauptet, von C verführt worden zu sein, allen denen gegenüber, die seiner Verantwortung Glauben schenken.

2.) Scheinbare Willkürlichkeit: Der Hypnotisierte weiss, dass er unter hypnotischem Zwang einen anderen anstiftet, ohne sich aber diesem Zwange entziehen zu können.

3.) Scheinbare Verursachung: Der Anstiftende weiss, dass die Kausalkette nicht von seinem Verhalten bis zur Verwirklichung des Straftatbestandes, zu dem er scheinbar anstiftet, reichen wird.

Grund dafür, dass die Kausalkette nicht vom Verhalten des „Anstiftenden“ bis zur Verwirklichung des Straftatbestandes durch den „Angestifteten“ reicht, kann sein:

a.) Der „Anstifter“ sieht von vornherein voraus, dass der andere sich nicht werde anstiften lassen; oder er sieht voraus,

b.) dass der andere den verbrecherischen Entschluss fassen, aber noch vor Betätigung desselben anderen Sinnes werden werde,

c.) dass der „Angestiftete“ nicht über eine blossere Vorbereitungs-handlung oder

d.) über einen — straflosen oder strafbaren — Versuch hinaus kommen werde.

In allen Fällen sieht der „Anstifter“ voraus, dass der „Angestiftete“ den Straftatbestand, der scheinbar Gegenstand der Anstiftung ist, nicht verwirklichen, die Straftat nicht „vollenden“ werde. Dabei ist es für die Beurteilung gleichgültig, ob er den Grund der Nichtvollendung in einem von ihm selbst zu beobachtenden Verhalten sieht oder nicht. Der hier erörterte Fall der Scheinanstiftung ist also ebenso gegeben, wenn der „Anstifter“ die Absicht hat, selbst die Vollendung des Verbrechens durch den „Angestifteten“ zu hindern, als wenn er weiss, dass ohne sein Zutun die Vollendung des Verbrechens durch den „Angestifteten“ unmöglich ist, zB. weil die Sache, die der „Angestiftete“ angeblich stehlen soll, so gut verwahrt und bewacht ist, dass sein Diebstahl auf keinen Fall gelingen kann.

Scheinanstiftung ist auch gegeben, wenn der „Angestiftete“ zur Zeit der „Anstiftung“ bereits fest entschlossen ist, die Straftat zu begehen — alias facturus — und der „Anstifter“ das weiss. Die „Anstiftung“ eines alias facturus ist versuchte Anstiftung. Wer aber von vornherein mit dem „Vorsatz“ handelt, nur einen Versuch zu begehen, macht sich auch nicht des Versuches des Verbrechens strafbar, das er nur bis zum Versuchsstadium betätigt.¹¹⁵⁾ Somit ist, wer weiss, dass der, den er „anstiftet“, bereits fest entschlossen ist, auch nicht der

¹¹⁵⁾ S. 37.

versuchten Anstiftung strafbar. Freilich kann in seinem Verhalten intellektuelle Beihilfe liegen.

4.) Scheinbare Rechtswidrigkeit: Der Anstifter weiss, dass sein Verhalten nicht rechtswidrig ist. A überredet zB. B, eine Sache, die C gehört, zu beschädigen; C hat die Beschädigung A erlaubt, diese Erlaubnis aber auf A beschränkt. B zerstört die Sache.

5.) Scheinbarer Verbrechensvorsatz: Der Anstiftung ist Vorsatz wesentlich. Daher kommt nur diese Form der Verbrechensschuld hier in Betracht. Scheinbarer Anstiftervorsatz ist insbesondere dann gegeben, wenn „begleiteter Vorsatz“¹¹⁶⁾ Tatbestandsmerkmal ist und der Vorsatz des Anstifters kein solcher begleiteter Vorsatz ist. Wenn A also B überredet, einem Kassier eine falsche Banknote zu geben, aber nur weil A beweisen will, dass diese Fälschung auch einen Kenner täuschen kann, so hat A nicht den zu einer Anstiftung zum Betrug erforderlichen Vorsatz. Daran ändert der Umstand nichts, dass B die Lage zu seinem Vorteil ausnützt.

Bei Scheinanstiftung sind ferner zwei Fälle möglich: a.) Der scheinbar Angestiftete weiss, dass die Anstiftung nur eine scheinbare ist; der Schein besteht nur einem oder mehreren andern gegenüber. b.) Der scheinbar Angestiftete weiss nicht, dass die Anstiftung nur eine scheinbare ist. Er hält sie also für eine wirkliche Anstiftung.

Zu a.) Es ist möglich, dass der „Anstifter“ weiss, dass der „Angestiftete“ von dem blossen Schein der Anstiftung Kenntnis hat. Es kann zwischen beiden Einverständnis herrschen; es ist aber auch möglich, dass die beiderseitige Kenntnis ohne ein solches Einverständnis besteht.¹¹⁷⁾ Liegt Einverständnis zwecks Täuschung eines Dritten vor, so haben wir es auf dem Gebiete der Anstiftung mit einem ähnlichen Falle zu tun, wie beim Scheingeschäft auf dem Gebiete des Rechtsgeschäfts überhaupt.

Wenn der „Angestiftete“ weiss, dass die Anstiftung nur eine scheinbare ist, so kann das seinen Grund darin haben, dass der „Anstifter“ ihn von vornherein nicht darüber im unklaren lässt, dass es sich um eine scheinbare Anstiftung handelt. Es kann aber auch sein, dass der Scheinanstifter dies nicht tut, der „Angestiftete“ aber den Schein erkennt. Bei vorgetäuschter Anstiftung, wenn also der Scheinanstifter dem „Angestifteten“ absichtlich eine wirkliche Anstiftung vortäuschen will, somit¹¹⁸⁾ einen geheimen Vorbehalt macht, haben wir es dann mit einem durchschauten Vorbehalt zu tun.¹¹⁹⁾ Der

¹¹⁶⁾ S. 37.

¹¹⁷⁾ vergl. Wolff, Mentalreservation 110 f.

¹¹⁸⁾ vergl. S. 47.

¹¹⁹⁾ a. a. O.

„Angestiftete“ ist tauglicher Vorbehaltsgegner, weil die Anstiftung für ihn Rechtsfolgen haben kann.¹²⁰⁾

Ob der scheinbar Angestiftete, der den Schein kennt, nun überhaupt nichts tut oder ein Verhalten beobachtet, das ihn — vielleicht gerade dem Anstifter gegenüber — zum Scheintäter macht, ist für die Beurteilung ohne Bedeutung. In letzterem Falle sind eben beide Scheinverbrecher. Wir haben es hier mit einem begegnenden Schein¹²¹⁾ zu tun.

Zu b.) Der Grund, warum der scheinbar Angestiftete die Anstiftung für eine wirkliche hält, kann wiederum ein doppelter sein.

α.) Der Anstifter täuscht den Angestifteten darüber: Vorgetäuschte Anstiftung.¹²²⁾ Hier macht der „Anstifter“ dem „Angestifteten“ gegenüber, wie schon erwähnt, einen geheimen Vorbehalt.¹²³⁾ Der Anstifter hat die Voraussicht oder das Vorhaben, dass die Verwirklichung des Straftatbestandes durch den „Angestifteten“ nicht eintreten werde, verheimlicht diesen Umstand aber dem „Angestifteten“.

Es ist nun möglich, dass der „Angestiftete“ zwar die Anstiftung für wirklich hält, aber nun seinerseits nur Scheintäter sein will. Auch hier ist ein Fall begegnenden Scheins¹²⁴⁾ gegeben.

β.) Andere Umstände bewirken die Täuschung des „Angestifteten“. Insbesondere kann der „Anstifter“ der Meinung sein, der „Angestiftete“ erkenne den Schein. Der Scheinanstifter hat also nicht die Absicht, den „Angestifteten“ zu täuschen. Der Scheinanstifter kann auch den Irrtum des „Angestifteten“ erkennen, aber nicht mehr die Möglichkeit haben, diesen Irrtum aufzuklären.

Bei scheinbarer Strafbarkeit liegt — straflose — Anstiftung vor, zB.: A stiftet B zur Begünstigung des C an. C ist der Sohn des A. A ist daher nicht strafbar (§ 257 Abs. 2 DStGB., § 216 öStGB), wenn B den C tatsächlich begünstigt.

Der Scheinanstifter ist Scheinverbrecher. Er ist nicht wegen Anstiftung strafbar, denn es fehlt seinem Verhalten, wie jedem Scheinverbrechen, stets wenigstens eines der wesentlichen Verbrechensmerkmale, insbesondere hat er niemals den für den Anstifter tatbestandlichen Vorsatz. Anstiftung begeht nämlich nur, wer die Vollendung der Straftat durch den Angestifteten in seinen Vorsatz aufgenommen hat. „Wer die feste Überzeugung hat, dass der Erfolg nicht eintreten

wird, kann nicht Anstifter sein.“¹²⁵⁾ Der Anstifter muss alle Tatbestandsmerkmale des vollendeten Verbrechens in seinen Vorsatz aufgenommen haben.¹²⁶⁾

Daher ist auch Anstiftung dann nicht gegeben, wenn sie nicht ernstlich gemeint ist.¹²⁷⁾

Der Scheinanstifter ist auch dann nicht wegen Anstiftung strafbar, wenn der Angestiftete das Verbrechen vollendet, ohne dass dies vom Vorsatz des Anstiftenden umfasst war. Es kann diesem hier höchstens Fahrlässigkeit zur Last fallen. Für ihn gilt nichts anderes als für den Scheinverbrecher überhaupt.¹²⁸⁾

Bei scheinbarer Rechtswidrigkeit kann er auch straflos bleiben, obgleich der Angestiftete sich der vollendeten Straftat, zu der er angestiftet wurde, schuldig macht. So zB. in dem oben angeführten Fall, dass A den B überredet, eine Sache des C zu beschädigen, C dem A ausdrücklich erlaubt hat, diese Sache zu beschädigen, diese Erlaubnis aber auf die Person des A eingeschränkt hat und B, der von dieser Erlaubnis nichts weiss, die Sache des C beschädigt. Hier ist C der vollendeten Sachbeschädigung schuldig, während A nur Scheinanstifter ist.

Auch in dem oben¹²⁹⁾ angeführten Fall der scheinbaren Strafbarkeit des Anstifters gilt das Gleiche.

Mit dem Gesagten lösen sich auch alle die Fragen leicht, die sich an den Begriff des sogenannten agent provocateur knüpfen.

Wer einen anderen deshalb zu einer strafbaren Handlung anstiftet, um ihn straffällig zu machen, ist agent provocateur.

Ein solcher ist also durch den nächsten Beweggrund — Strafbarmachung eines anderen — gekennzeichnet. Ursprünglich wurden in Frankreich nur Polizeiaagenten, die in der erwähnten Weise vorgehen, so genannt,¹³⁰⁾ überhaupt künstliche,¹³¹⁾ bezahlte,¹³²⁾ Unruhe-

¹²⁰⁾ a. a. O.

¹²¹⁾ S. 48.

¹²²⁾ vgl. S. 44.

¹²³⁾ S. 47.

¹²⁴⁾ S. 48.

¹²⁵⁾ Wolff, Verbotenes Verhalten 342; vgl. auch 343 f.

¹²⁶⁾ Van Calker, Strafrecht III. Auflage 79; Ebermayer, zu § 48 Z. 2 A d; Glaser, Beitrag 466; derselbe, Zur Lehre 26 f; Hälschner, Deutsches Strafrecht 402, 415; Rittler 216; Löffler, Bemerkungen zur E. d. OGH. v. 11. V. 1912, Rechtsprechung III. 354; M. E. Mayer 393; Mezger 435; RG. XV 315; unrichtig Gerland 199; Heilborn 88; Köhler, Strafrecht 499.

¹²⁷⁾ Kitka, Über das Zusammentreffen mehrerer Schuldigen bei einem Verbrechen und deren Strafbarkeit 8.

¹²⁸⁾ S. 52.

¹²⁹⁾ S. 70.

¹³⁰⁾ vgl. Geyer, Teilnahme 349; Glaser, Beitrag 465, Kleine Schriften 102, Zur Lehre 33; Heilborn 3.

¹³¹⁾ Heilborn 3 f.

¹³²⁾ Sachs-Villatte, Encyklopädisches Wörterbuch der französischen und deutschen Sprache I unter „agent provocateur“.

stifter. Heute wird aber der Name allgemein verwendet,¹³³⁾ auch dann, wenn es sich nicht um Polizeiaagenten handelt.¹³⁴⁾ Der deutsche Ausdruck ist meist Lockspitzel;¹³⁵⁾ auch die Ausdrücke „Scheinanstifter“,¹³⁶⁾ scheinbare (simulirte) Anstiftung,¹³⁷⁾ finden sich.

Man¹³⁸⁾ spricht auch dann von einem agent provocateur, wenn der Anstiftende die Vollendung der Straftat durch den Täter mit dolus eventualis oder auch¹³⁹⁾ mit unbedingtem Vorsatz herbeiführt, wenn er nur der Straffälligkeit des Angestifteten wegen handelt. Hat nun der agent provocateur die Vollendung des Straftatbestandes durch den Angestifteten in seinem Vorsatz aufgenommen, so ist er kein Scheinverbrecher, sondern einfach strafbarer Anstifter.¹⁴⁰⁾ Der blosse Beweggrund, den Angestifteten der Bestrafung zuzuführen, macht den Anstifter nicht straffrei und er befände sich in einem bedeutungslosen Rechts-wahn, wenn er dies irrthümlich annähme.¹⁴¹⁾

Ist über diesen Fall kein Streit, so gilt dies umsomehr bezüglich des agent provocateur, der die Vollendung des Straftatbestandes durch den Angestifteten von seinem Vorsatz ausschliesst, also der festen

¹³³⁾ Bar, Gesetz und Schuld II 643 ff; Van Calker, Strafrecht 80; Ebermayer, zu § 48 Z. 2 A, b und d, zu § 83 Z. 3, zu § 87 Z. 2, zu § 110 Z. 8, zu § 111 Z. 5; Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechtes 351; Frank, Kommentar zu § 48 III; Glaser, Kleine Schriften 102, ders., Zur Lehre 37; Geyer, Erörterungen 143 f, ders., Teilnahme 349, ders., Teilnahme Mehrerer an einem Verbrechen und Begünstigung, (Ergänzungen zum Handb. II. 318 bis 428; Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechtes IV 139, ff.) 161; Heilborn, im Titel und passim; Hippel, Lehrbuch 165; Högel, Akzessorische Natur der Teilnahme, mittelbare Täterschaft, Eventualvorsatz (Ztschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft XXXVII 826 ff) 835; Kern, Teilnahme 147 f; Klee 495; Kohler, Studien I 121 ff; Rittler, 216; E. von Liszt, Vorlesungen 218 ff; Liszt-Schmidt 344; Meyer-Allfeld 229; Mezger, Strafrecht 436; Olshausen, zu § 48 Z. 14; Wolff, Verb. Verhalten 344, ders. Mentalreservation 134.

¹³⁴⁾ Geyer, Teilnahme 350 Anm. 1; Glaser, Beitrag 465; Heilborn 4 unter Berufung auf Glaser, Zur Lehre 33.

¹³⁵⁾ Hippel a. a. O.; Högel 835 ff; Rittler a. a. O.; Liszt a. a. O.; Mezger 435 f; Wolff a. a. O. 322, 343 f; einen Unterschied zwischen „Lockspitzel und agent provocateur“ stellt Heilborn 11 auf.

¹³⁶⁾ Högel 838.

¹³⁷⁾ Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts auf Grund des Reichsstrafgesetzbuches 2. Aufl. 153 Anm. 10.

¹³⁸⁾ vgl. zB. Löffler, a. a. O.

¹³⁹⁾ vgl. zB. Ebermayer, zu § 48 Z. 2 A b; Mezger 436.

¹⁴⁰⁾ Van Calker 80; Frank a. a. O. und zu § 49 I; Geyer, Erörterungen 143; Glaser, Beitrag 465, ders., Kleine Schriften 102, ders., Zur Lehre, 33 f; Heilborn 5; Hippel 165; Hoegel 838; Liszt-Schmidt 344; Meyer-Allfeld 229; Mezger 436; Wolff a. a. O. 344; E. d. OGH. v. 11. V. 1912 Rechtsprechung III. 354.

¹⁴¹⁾ Bar 646; vergl. auch Heilborn 163 ff.

Überzeugung ist, dass es zu einer Vollendung durch den Angestifteten nicht kommen werde.

Ein solcher agent provocateur hat nicht den für den Anstifter tatbestandlichen Vorsatz.¹⁴²⁾ Ein agent provocateur ohne Vollendungsvorsatz ist in den Fällen vorhanden, in denen der Anstiftende den anderen bis zu einem strafbaren Versuch, aber auch nicht weiter vordringen lassen will. Es kommt also hier der eine Fall scheinbarer Verursachung¹⁴³⁾ in Betracht. Der Anstiftende sieht voraus, dass das Verhalten des Angestifteten vor der „Vollendung“, aber doch erst im Stadium bereits strafbaren Versuches, abbrechen werde.

Da der agent provocateur ohne Vollendungsvorsatz der Überzeugung sein muss, dass der Täter den Straftatbestand nicht vollenden werde, ist er Scheinanstifter und daher auch nicht wegen Anstiftung strafbar. Es liegt aber auch nicht etwa versuchte Anstiftung vor, denn auch bei dieser muss der Anstiftende die Begehung der Straftat, zu der er anstiftet, durch den Angestifteten ins Auge gefasst haben.

Der agent provocateur ohne Vollendungsvorsatz ist also überhaupt nicht strafbar.¹⁴⁴⁾ Man¹⁴⁵⁾ hat die Straflosigkeit des agent provocateur ohne Vollendungsvorsatz auch mit einem Ähnlichkeitsschluss aus den Bestimmungen über straflosmachenden Rücktritt vom Versuch begründet. Wenn derjenige straflos wird, der in Vollendungsabsicht an ein Verbrechen schreitet, dann aber vor Vollendung freiwillig die Absicht aufgibt, dann müsse das Gleiche auch für einen entsprechenden Anstifter gelten;¹⁴⁶⁾ so wenn er nach-

¹⁴²⁾ Finger a. a. O.; Frank a. a. O.; Geyer, Erörterungen 144, ders., Teilnahme 349; Glaser, Kleine Schriften 103, Zur Lehre 35 f; Högel 837; Kohler, Studien I 122 f; E. v. Liszt, Vorlesungen 219; Mezger a. a. O.; Wolff a. a. O. 343 f; E. d. OGH. v. 24. III. 57, Ger. Ztg. 1857 No. 74; unrichtig Bar a. a. O. 621.

¹⁴³⁾ S. 68.

¹⁴⁴⁾ Löffler a. a. O.; Van Calker a. a. O.; Ebermayer, zu § 48 AZ. 2 a und d; Finger a. a. O.; Frank, Komm. zu § 48 III; Geyer, Erörterungen 144, ders., Teilnahme 350, ders., Teilnahme Erg. 161; Glaser, Kleine Schriften 103 ff, ders., Zur Lehre 35; Hippel 164 f; Högel 837; Klee 495; Kohler, Noch einmal über Mentalreservation und Simulation (Jahrbücher f. d. Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts XVI 325 ff) 355; ders., Studien I 122 ff; Rittler a. a. O.; E. v. Liszt, Vorlesungen 219; Liszt-Schmidt 344; Meyer-Allfeld a. a. O.; Wolff 344; E. d. OGH. v. 11. V. 1912 Rechtsprechung III. 354; RG. XV 315; a. M. Gerland 199; Heilborn 85 ff, insbesondere 97; Köhler, Strafrecht 524; Olshausen, zu § 48 Z. 14.

¹⁴⁵⁾ vergl. Geyer, Erörterungen 144 Anm. 1, Glaser, Kleine Schriften 105; vergl. auch Olshausen, zu § 48 Z. 14.

¹⁴⁶⁾ vergl. zB. Van Calker 74; Ebermayer, zu § 46 Z. 2 b; Finger 320, 324; Heilborn 129; Köhler, Strafrecht 466; Olshausen, zu § 46 Z. 7; a. M. Bar, Gesetz und Schuld II. 645 Anm. 92, 686 Anm. 164; Frank, zu § 46 V. 1; Heilborn 142; Meyer-Allfeld 223 f.

träglich die Vollendung durch den Täter verhindert.¹⁴⁷⁾ Wenn freilich dem Anstifter trotz bester Absicht diese Hinderung misslingt, dann kann ihm ebensowenig wie dem Täter die Begünstigung der Straflosigkeit zuteil werden.¹⁴⁸⁾ Der bloße Widerruf der Anstiftung genügt ferner sicherlich nicht.¹⁴⁹⁾ Straflosigkeit tritt für den Anstifter in diesem Falle nur ein, wenn der Angestiftete wegen des Widerrufs oder überhaupt auf die Einwirkung des früheren Anstifters hin zurücktritt oder den Erfolg abwendet.¹⁵⁰⁾

Die Heranziehung der Bestimmungen über den Rücktritt für den Fall des agent provocateur ohne Vollendungsabsicht geschieht nun in der Weise, dass man so argumentiert: Wenn der Anstifter, der nachträglich die Vollendung durch den Angestifteten hindert, straffrei wird, so muss umso mehr der straffrei sein, der diese Hinderungsabsicht schon von vornherein hat. Allein abgesehen davon, dass diese Argumentation für die Fälle scheinbarer Rechtswidrigkeit unanwendbar ist, ergeben sich auch sonst Bedenken dagegen: Der Anstifter, der nachträglich von Reue gepackt die Vollendung hindern will, aber seine Absicht trotz eifrigsten Bemühens nicht verwirklichen kann, bleibt wie erwähnt strafbar. Dagegen kann der agent provocateur auch dann nicht wegen Anstiftung strafbar werden, wenn der Angestiftete die Straftat zur Vollendung bringt, diese aber nicht vom Vorsatz des Anstiftenden umfasst war.¹⁵¹⁾ Es kann ihm hier, wie dem Scheinverbrecher überhaupt,¹⁵²⁾ höchstens Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden.¹⁵³⁾ Anders natürlich, wenn der Anstiftende auch nur mit der Möglichkeit der Vollendung des Straftatbestandes durch den Angestifteten gerechnet hat.¹⁵⁴⁾

Unnötig ist auch die Begründung der Straflosigkeit des agent

¹⁴⁷⁾ Finger 324; Geyer, Erörterungen 108, ders., Teilnahme Erg. 164; Köhler, Strafrecht 466; Liszt-Schmidt 318.

¹⁴⁸⁾ Finger 321 f.

¹⁴⁹⁾ Bar 686; Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechtes IX. Auflage 195; Ebermayer, zu § 46 Z. 2b, zu § 48 Z. 2 A g; Frank, zu § 46 V. 2 c; Geyer, Erörterungen 108 ff, ders.; Teilnahme 372 f; Hälschner, Deutsches Strafrecht 412; Heilborn 112; Köhler a. a. O.; Köhler, Studien I 143; Olshausen, zu § 48 Z. 33; a. M. Kitka, Zusammentreffen 7.

¹⁵⁰⁾ Bar 687; Berner 195 f; Heilborn 142.

¹⁵¹⁾ Geyer, Teilnahme 349; unrichtig Heilborn 96.

¹⁵²⁾ vergl. S. 52.

¹⁵³⁾ Ebermayer, zu § 48 Z. 2 A d; Frank, zu § 48 Z. 3; Geyer, Erörterungen 144, ders. Teilnahme 349; Högel 838; Köhler, Studien I 123; E. v. Liszt Vorlesungen 220; Liszt-Schmidt 344; Mezger 436; Wolff 344; a. M. mit unzureichenden Gründen Bar 646 Anm. 92a.

¹⁵⁴⁾ vergl. auch Ebermayer, zu § 48 Z. 2 A d.

provocateur ohne Vollendungsversatz mit dem Hinweis darauf,¹⁵⁵⁾ dass der Anstifter als solcher einen Versuch begehe und ein Versuch nur bei Vollendungsabsicht strafbar sei. Auch der Heranziehung des Rechtsirrtums, im Falle dass der agent provocateur eine diesbezügliche Weisung von der Sicherheitsbehörde erhalten hat,¹⁵⁶⁾ bedarf es nicht. Ganz unrichtig ist ferner die Meinung, es käme überhaupt nicht darauf an, ob der agent provocateur den Vorsatz habe oder nicht, sondern bloss, ob sein Verhalten rechtmässig sei oder nicht.¹⁵⁷⁾ Auch die Abstellung auf den Umstand, dass der Angestiftete meist ein alias facturus sei,¹⁵⁸⁾ führt nicht zum Ziel, denn abgesehen davon, dass dies nicht immer zutreffen muss, würde noch — strafbare¹⁵⁹⁾ — versuchte Anstiftung vorliegen.

Auch die Strafbarkeit nach §§ 110 f DStGB¹⁶⁰⁾ muss für den agent provocateur ohne Vollendungsversatz abgelehnt werden, weil seinem Verhalten ja das Tatbestandsmerkmal der Öffentlichkeit fehlt. Dass aber auch die öffentliche Aufforderung nach §§ 110 f straflos bleibt, wenn der Auffordernde von vornherein die Absicht hat, die Aufgeforderten an der Vollendung der strafbaren Handlungen zu hindern, wird später ausgeführt werden.¹⁶¹⁾

Ob, wenn im Versuch des Angestifteten eine selbständig strafbare Gefährdung liegt, der agent provocateur ohne Vollendungsversatz wegen Anstiftung zu dieser Gefährdung strafbar ist,¹⁶²⁾ hängt aber einfach vom entsprechenden Vorsatz des Anstiftenden ab.

Man kann andererseits die Strafbarkeit des agent provocateur ohne Vollendungsversatz nicht damit begründen, dass man¹⁶³⁾ sagt, der agent provocateur, der wolle, dass der Angestiftete einen strafbaren Versuch begehe, ja den Willen einer strafbaren Handlung, „wenn auch nur in der Erscheinungsform des Versuches“, habe. Allein ebensowenig wie sich der Täter strafbar macht, der es nur bis zum Versuch kommen lassen will,¹⁶⁴⁾ kann man das vom Anstifter behaupten. Es ist auch ein Widerspruch, den Anstifter, der zur strafbaren Handlung a angestiftet hat, wenn der Angestiftete die davon ganz verschiedene strafbare Handlung b begeht, nicht wegen Anstiftung

¹⁵⁵⁾ vergl. Glaser, Zur Lehre 37; ders., Kleine Schriften 104 f.

¹⁵⁶⁾ Geyer, Erörterungen 143 f.

¹⁵⁷⁾ Kern, Teilnahme 148.

¹⁵⁸⁾ Bar 633 f.

¹⁵⁹⁾ S. 68.

¹⁶⁰⁾ vergl. Ebermayer, zu § 110 Z. 8, zu § 111 Z. 5.

¹⁶¹⁾ S. 83.

¹⁶²⁾ so E. v. Liszt 220.

¹⁶³⁾ vergl. zB. Olshausen, zu § 48 Z. 21.

¹⁶⁴⁾ S. 37.

zu b hatten zu lassen, mag er diese Begehung auch verursacht haben, wenn sie nur nicht von seinem Vorsatz umfasst war, dagegen aber denjenigen, der bloss den Vorsatz hat, es zum Versuch kommen zu lassen, wegen Anstiftung zur Vollendung zu strafen, wenn der Angestiftete gegen den Willen des Anstifters die Straftat vollendet hat. Denn man will zwar mit der Vollendung implicite auch den Versuch, soweit es sich um die zur Vollendung führende Tätigkeit handelt, aber nicht umgekehrt.

Für das österreichische Recht ist insbesondere auch anzuführen, dass eine strafbare Handlung bei Nichtvollendung lediglich dann vorliegt, wenn die Vollendung „nur wegen Unvermögenheit, wegen Dazwischenkunft eines fremden Hindernisses oder durch Zufall unterblieben ist“ (§ 8 öStGB). Im gegebenen Fall aber ist die Nichtvollendung auf den Willen des Anstifters zurückzuführen.¹⁶⁵⁾ Auch ein Umkehrschluss aus § 25 öStPO ergibt das Gleiche.¹⁶⁶⁾ Danach ist nur öffentlichen Angestellten „bei strengster Ahndung“ untersagt, als agent provocateur aufzutreten. Auch hier also nicht Strafbarkeit wegen Anstiftung.

Der agent provocateur ohne Vollendungsvorsatz ist sonach nicht nur dann straflos, wenn er lediglich vorsätzlich einen untauglichen Versuch hervorruft.¹⁶⁷⁾

Der agent provocateur ohne Vollendungsvorsatz ist somit eine besondere Art von Scheinanstifter. Er ist auch dann nicht wegen Anstiftung strafbar, wenn der Angestiftete — eben gegen den Willen des Anstiftenden — die Straftat vollendet. Es gilt für ihn diesbezüglich, was für den Scheinanstifter überhaupt ausgeführt worden ist.¹⁶⁸⁾

Auf seiten des agent provocateur ohne Vollendungsvorsatz liegt stets ein vorgetäushtes Verbrechen vor.¹⁶⁹⁾ Er täuscht bewusst den Angestifteten über seine Anstiftereigenschaft.

Der nächste Beweggrund des agent provocateur ist also immer der, den Angestifteten straffällig zu machen. Die weiteren Beweggründe können verschieden sein, wie das für das vorgetäuschte Verbrechen überhaupt schon ausgeführt wurde.¹⁷⁰⁾

Da es sich um ein vorgetäushtes Verbrechen handelt, macht der agent provocateur ohne Vollendungsvorsatz dem Angestifteten gegenüber einen geheimen Vorbehalt, eine Mentalreservation.¹⁷¹⁾ Das ergibt

¹⁶⁵⁾ Glaser, Zur Lehre 36.

¹⁶⁶⁾ Heilborn 14.

¹⁶⁷⁾ so aber Olshausen, zu § 48 Z. 14.

¹⁶⁸⁾ S. 70 f.

¹⁶⁹⁾ S. 44.

¹⁷⁰⁾ S. 44 ff.

¹⁷¹⁾ Finger 351; Wolff, Verbotenes Verhalten 332, Mentalreservation 134; unrichtig und mit unzureichender Begründung Kohler, Noch einmal 355 f; E. v. Liszt, Vorlesungen 220 Anm. 318; Löffler a. a. O.

sich schon aus dem über den strafrechtmässigen Gedankenvorbehalt Gesagten.¹⁷²⁾

Auch hier ist der Vorbehalt aber nur dann von Bedeutung, wenn er nicht im Widerspruch zum tatsächlichen Verhalten steht.¹⁷³⁾ Doch ist es unrichtig zu sagen, dass ein solcher verhaltenswidriger Vorbehalt bei jedem agent provocateur gegeben sei, wenn der Angestiftete einen strafbaren Versuch begangen hat.¹⁷⁴⁾

Agent provocateur ohne Vollendungsvorsatz ist auch, wer weiss, dass der Angestiftete die Straftat nicht vollenden kann, weil das ihm gegebene Mittel untauglich ist,¹⁷⁵⁾ mag auch der letztere einen strafbaren „untauglichen“ Versuch begehen. Wer freilich einen solchen Versuch für straflos hält, wird auch den Scheinanstifter in diesem Falle nicht als agent provocateur ansehen.¹⁷⁶⁾

In welcher Weise übrigens der agent provocateur den „Erfolg“ verhindert, ob dadurch, dass „er den Täter vor dem letzten Akt entlarvt“,¹⁷⁷⁾ oder indem er Gegenmittel anwendet,¹⁷⁸⁾ ist gleichgültig.

Er muss aber andererseits auch tatsächlich ein den anderen zur strafbaren Tätigkeit anregendes Verhalten beobachten, indem er durch seine Persönlichkeit auf ihn einwirkt. Wer also bloss bezeichnete Geldnoten unverwahrt liegen lässt, um den Hausdieb zu überführen, ist nicht agent provocateur, weil die anstiftende Tätigkeit fehlt.¹⁷⁹⁾ „Das Stellen einer Falle ist keine Anstiftung.“¹⁸⁰⁾

Auch der Spion¹⁸¹⁾ ist nicht agent provocateur. Der Spion „schleicht sich in das Vertrauen von Verbrechern ein, lässt sich in ihre Taten und Pläne einweihen und entlarvt sie... Dagegen reizt der Spion nie zu verbrecherischen Taten an“.

Bezüglich des Irrtums des agent provocateur ohne Vollendungsvorsatz gilt das über den Irrtum des Scheinverbrechers überhaupt Gesagte.¹⁸²⁾ Wenn also A den B anstiftet, einen im Vorzimmer des C hängenden Mantel, den A für seinen eigenen hält, der aber in Wirklichkeit C gehört, zu stehlen, so ist A nicht der Anstiftung zum Diebstahl schuldig, wenngleich B einen Diebstahl begangen hat.

¹⁷²⁾ S. 48.

¹⁷³⁾ S. 47.

¹⁷⁴⁾ so aber Bar 644 Anm. 90.

¹⁷⁵⁾ Ebermayer, zu § 48 Z. 2 A d.

¹⁷⁶⁾ vergl. zB. Heilborn 16.

¹⁷⁷⁾ Kohler, Studien I 183.

¹⁷⁸⁾ a. a. O.

¹⁷⁹⁾ Högel 840.

¹⁸⁰⁾ Heilborn 189, der in einem solchen Falle — insbesondere 73 ff — von einem „listigen Vogelfänger“ spricht.

¹⁸¹⁾ a. a. O.

¹⁸²⁾ S. 51.

Was ist rechtens, wenn der agent provocateur ohne Vollendungsvorsatz nach erfolgter Scheinanstiftung die ursprüngliche Hinderungsabsicht ändert und nun nachträglich beschliesst, die Vollendung des Verbrechens durch den Angestifteten zuzulassen? Strafbare Anstiftung kann nicht angenommen werden, weil bezüglich der Anstiftung dolus subsequens¹⁸³⁾ vorliegt, also rechtswidriges Verhalten und dolus zeitlich auseinander fallen.¹⁸⁴⁾ Es geht auch nicht an zu sagen,¹⁸⁵⁾ der agent provocateur handle nun mit „Täterwillen“, denn die Ausführungshandlung setzt nicht er, sondern der Angestiftete. Er tut ja überhaupt nichts anderes, als die Verwirklichung des Straftatbestandes nicht zu hindern. Insoweit er vorsätzlich verursacht, verursacht er also nur durch Unterlassung.

Da er die Verwirklichung des Straftatbestandes vorsätzlich verursacht, ist er nun jedenfalls „Begeher“¹⁸⁶⁾ des Verbrechens. Freilich wird mit Rücksicht auf die besonderen Bestimmungen des § 139 DStGB., § 212 öStGB und arg. e sil. § 307 öStGB die blosse Nichthinderung einer strafbaren Handlung, die nicht unter die erwähnten besonderen Bestimmungen fällt, für straflos erklärt.¹⁸⁷⁾ Allein andererseits ist es ziemlich allgemeine Meinung, dass, wer eine Lage geschaffen hat, aus der die Straftatbestandsverwirklichung eines Verbrechens zu entstehen droht, diese Verwirklichung zu hindern verpflichtet ist.¹⁸⁸⁾ Man kann übrigens ohne weiteres negative Beihilfe annehmen.

Ist die Anstiftung zu einer strafbaren Handlung im Gesetz als selbständiges Sonderverbrechen geregelt,¹⁸⁹⁾ so ist der agent provocateur ohne Vollendungsvorsatz Scheintäter dieses Verbrechens.

Hat sich der andere durch die Anstiftung eines agent provocateur ohne Vollendungsvorsatz oder überhaupt eines Scheinanstifters nicht zur Begehung wenigstens eines strafbaren Versuchs verleiten lassen, so liegt auch¹⁹⁰⁾ scheinbare versuchte Anstiftung vor.

Bezüglich der Absichtsverbrechen gilt für den Scheinanstifter, was für den Scheinverbrecher überhaupt ausgeführt wurde.¹⁹¹⁾ Der Anstifter muss bei Absichtsdelikten auch mit begleitetem Vorsatz¹⁹²⁾ handeln.¹⁹³⁾

¹⁸³⁾ Ebermayer, zu § 48 Z. 2 A. d.

¹⁸⁴⁾ unrichtig Heilborn 97.

¹⁸⁵⁾ so aber Ebermayer, zu § 48 Z. 2 A. d.

¹⁸⁶⁾ S. 57 f.

¹⁸⁷⁾ vgl. zB. Ebermayer, zu § 49, Z. 4. Liszt-Schmidt 340.

¹⁸⁸⁾ Bar 267; Binding, Handbuch I 249, Kohler, Studien I 60; vergl. auch Wolff, Verbotenes Verhalten 316 mit 278 f.

¹⁸⁹⁾ vergl. S. 59.

¹⁹⁰⁾ S. 52.

¹⁹¹⁾ S. 49.

¹⁹²⁾ S. 37.

¹⁹³⁾ Kohler, Studien I 123 ff.

Stets aber muss die den Vorsatz des Anstifters begleitende Voraussicht ganz die gleiche sein, wie beim Täter, soll strafbare Anstiftung vorliegen. Der Anstifter zu einem Verbrechen, das der Täter „um seines Vorteils willen“ begeht, muss den Vorteil des Täters voraussehen bzw. vorhaben. Hat er seinen eigenen Vorteil im Auge im Gegensatz zu dem des Täters, so liegt nicht Anstiftung vor, sondern — allenfalls mittelbare — Täterschaft.

Der Anstiftervorsatz ist also diesbezüglich gleich, nicht bloss entsprechend dem Tätervorsatz. Will der Anstiftende andererseits es von vornherein nur zur Irreführung durch den Täter, aber nicht zum rechtswidrigen Vermögensvorteil (§ 263 DStGB) bzw. zur Schädigung (§ 197 öStGB) kommen lassen, so ist er nicht der Anstiftung zum Betrug schuldig.¹⁹⁴⁾ Ebenso wenig wer nur zur Urkundenfälschung anstiftet, aber die Verwendung der falschen Urkunde zu Täuschungszwecken zu hindern vorhat. Und wer es nur zur Gewaltanwendung durch den Täter, nicht aber zur Wegnahme der Sache kommen lassen will, ist nicht Anstifter zum Raub nach § 190 öStGB.¹⁹⁵⁾

Bei Gefährdungsdelikten ist Scheinanstiftung gegeben, wenn der Anstiftende überzeugt ist, dass nach den ihm bekannten Umständen das Verhalten des Angestifteten im besonderen Fall ungefährlich ist oder wenigstens nicht die tatbestandliche Gefahr herbeiführt. So insbesondere, wenn er selbst die entsprechenden Schutzmassnahmen getroffen hat. Stiftet also A den B an, das hilflose Kind C auszusetzen, und hat A von vornherein die Absicht, sich an dem mit B verabredeten Orte, ohne dass B es weiss, verborgen zu halten, um sich dann sofort nach Entfernung des B des Kindes anzunehmen, so ist A nicht der Anstiftung zur Aussetzung schuldig.

Bei den schlichten Tätigkeitsdelikten sind auch bezüglich des Anstiftenden die beiden oben¹⁹⁶⁾ erwähnten Gruppen zu unterscheiden. Unter Berücksichtigung des über den Scheinverbrecher überhaupt Gesagten¹⁹⁷⁾ ergibt sich also: Wer einen anderen zu einer gefährlichen Drohung anstiftet, ist, wenn er weiss, dass der Bedrohte die Drohung ernst nehmen wird, der Anstiftung schuldig, auch wenn er weiss, dass der Drohende die Drohung nicht ernst meint, ja selbst, wenn der Mangel der Ernstlichkeit der Drohung auf einem Einverständnis von Anstiftendem und Angestiftetem beruht. Dagegen würde die zwischen beiden vereinbarte Nichternstlichkeit der Herausforderung

¹⁹⁴⁾ Rittler a. a. O.; Löffler a. a. O.; Wolff, Verbotenes Verhalten 344.

¹⁹⁵⁾ Rittler a. a. O.; vergl. auch Geyer, Erörterungen 144; Glaser, Beitrag 466, Zur Lehre 39.

¹⁹⁶⁾ S. 50.

¹⁹⁷⁾ S. 50 mit S. 43 f.

zum Zweikampf mit tödlichen Waffen den Anstiftenden ebenso zum Scheinanstifter machen, wie den Angestifteten zum Scheintäter.

Scheinanstiftung liegt auch vor, wenn der zur Herausforderung zum Streit mit tödlichen Waffen Anstiftende dem Angestifteten verheimlicht, dass er die Absicht hat, das Zustandekommen des Zweikampfes selbst zu verhindern,¹⁹⁸⁾ denn seine Absicht bewirkt, dass — wenigstens subjektiv für ihn — die Waffen keine tödlichen sind. Diese Lösung ergibt sich schon aus dem über die „Formaldelikte“¹⁹⁹⁾ Ausgeführten.²⁰⁰⁾

Bei mehraktigen Verbrechen ist Scheinanstiftung auch gegeben, wenn der Vorsatz des Anstifters nur einen Teilakt umfasst. Wer also einen anderen zum Diebstahl durch Einsteigen (§ 243 Z. 2 DStGB, § 174, d öStGB) anstiftet, aber in der Wohnung, in die der Angestiftete einsteigen soll, seinem zur Zeit der Anstiftung bereits gefassten Plane gemäss, mit ein paar handfesten Leuten dem Einsteiger auflauert, um ihn festzunehmen, ist nicht der Anstiftung zum schweren Diebstahl schuldig.

Hat der Angestiftete einen strafbaren Versuch des Verbrechens begangen, zu dem er scheinbar angestiftet wurde, so ist für den Scheinanstifter Scheinanstiftung zum Versuch gegeben.

Haben mehrere gemeinsam den Täter angestiftet, — Mitanstiftung —, so ist es möglich, dass einer oder mehrere nur Scheinanstifter sind. Bleibt nur ein wirklicher Anstifter übrig, so liegt nicht Mitanstiftung vor, sondern er ist Alleinanstifter. Überhaupt gilt das über Mehr- und Mittäter Ausgeführte²⁰¹⁾ entsprechend.

Hat A den B angestiftet, C zu einem Verbrechen anzustiften, so ist es möglich, dass A oder B oder beide nur Scheinanstifter sind:

Ist nur A Scheinanstifter, so kann er die Vollendung der Straftat auch dadurch verhindern, dass er schon die Anstiftung des C durch B vereitelt. Hat B wenigstens versucht, C anzustiften, so macht er sich der versuchten Anstiftung schuldig, während A als Scheinanstifter straflos bleibt. Ist die Anstiftung des C durch B gelungen, sodass C wenigstens einen strafbaren Versuch begeht, so ändert auch dieser Umstand nichts an der Straflosigkeit des A. Diese wird, wie sich aus dem früher Gesagten²⁰²⁾ ergibt; ja nicht einmal dadurch aufgehoben, dass die Anstiftung des C durch B gegen des Willen des A zur Vollendung der Straftat durch C führt. Ist nur B Scheinanstifter, so ist

¹⁹⁸⁾ a. M. Rittler a. a. O.

¹⁹⁹⁾ S. 50.

²⁰⁰⁾ a. M. bezüglich dieser Straftaten, Löffler a. a. O.

²⁰¹⁾ S. 63 ff.

²⁰²⁾ S. 52.

die Anstiftung des A misslungen. A ist dann wegen versuchter Anstiftung zur Anstiftung strafbar.

Sind beide Scheinanstifter, so kann begegnender Schein²⁰³⁾ vorliegen, nämlich dann, wenn A und B einander verheimlichen, dass sie nur Scheinverbrecher sind. Ferner kann bei einem der eine, beim andern ein anderer Fall von Scheinanstiftung²⁰⁴⁾ gegeben sein. Jedenfalls sind beide straflos.

Auch Scheinanstiftung gegenüber mehreren Tätern ist möglich. So wenn A den B und den C zu der von ihnen gemeinsam auszuführenden Ermordung des D anstiftet, bei beiden es aber nur bis zum strafbaren Versuch kommen lassen will. Wenn andererseits A den B zur Ermordung des C anstiftet, die an einem bestimmten Ort, zu bestimmter Zeit erfolgen soll, und nun D an E die Aufforderung schickt, mit B zusammen zu der von A angegebenen Zeit am bestimmten Orte C zu ermorden, auf dieser Aufforderung aber die Unterschrift des A fälscht, sodass es den Anschein hat, dass A auch der Anstifter des E sei, so ist A bezüglich B Anstifter, bezüglich des Mittäters E aber Scheinanstifter. Es ist auch möglich, dass A den B und den C anstiftet, D zu ermorden, und vorhat, B daran zu hindern, C aber nicht.

Scheinbare Aufforderung nach § 49 a DStGB.

§ 49a DStGB enthält acht Tatbestände:

- 1.) Aufforderung zur Begehung eines Verbrechens; 2.) zur Teilnahme daran; 3.) Annahme der ersteren; 4.) der letzteren; 5.)²⁰⁵⁾ Erbieten zur Begehung eines Verbrechens; 6.) zur Teilnahme; 7.) Annahme des ersteren; 8.) des letzteren;^{204a)}

Die unter 1 und 2 angeführte Aufforderung ist versuchte Anstiftung. Denn hat die Aufforderung zur Folge, dass der Aufgeforderte wenigstens einen strafbaren Versuch begeht, so liegt, wie schon erwähnt,²⁰⁵⁾ Anstiftung — wenigstens zum Versuch — vor. Das Verbrechen nach § 49 a liegt in den beiden Fällen von Aufforderung nur scheinbar vor, wenn der Auffordernde Scheinanstifter ist.²⁰⁶⁾ Die Scheinanstiftung kann auch hier in allen Formen auftreten. Es ist daher richtig, wenn gesagt wurde, dass die nichternstliche Aufforderung nicht strafbar sei,²⁰⁷⁾ auch wenn sie nach der Absicht des Auf-

²⁰³⁾ S. 48.

²⁰⁴⁾ S. 67 ff.

^{204a)} Die Tatbestände 5—8 werden nach dem Scheingehilfen behandelt werden; vgl. S. 50 f.

²⁰⁵⁾ S. 56.

²⁰⁶⁾ Vgl. RG. XLIV 172.

²⁰⁷⁾ Bar 844; Frank, zu 49a I; Hälschner, Deutsches Strafrecht 411; Ols-

fordernden den Eindruck der Ernstlichkeit hervorrufen sollte,²⁰⁸⁾ oder auch tatsächlich nach den Umständen als ernst aufgefasst werden konnte.²⁰⁹⁾ Hält andererseits der Aufgeforderte die ernstlich gemeinte Aufforderung für nicht ernstlich, so ist der Auffordernde dennoch strafbar.²¹⁰⁾

Die Aufforderung nach § 49 a gehört ferner zu den erfolgsbestimmten Äusserungsdelikten.²¹¹⁾ Daher ist auch mit Recht gesagt worden, dass der Auffordernde, der die Gewissheit hat, der Aufgeforderte könne oder wolle die Tat nicht ausführen, nicht nach § 49a strafbar sei.²¹²⁾ Und es ist nicht richtig zu behaupten,²¹³⁾ dass auch der agent provocateur sich hier strafbar mache, „wenn er wenigstens die Annahme der Aufforderung ernstlich will und diesen Eindruck erreicht“.²¹⁴⁾

Auch die Annahme der Aufforderung muss ernstlich erfolgen, um strafbar zu sein.²¹⁵⁾ Dabei kann eine nichternstlich gemeinte Aufforderung, die der Aufgeforderte für ernst hält, ernstlich angenommen werden.²¹⁶⁾ Die Annahme ist dann auch strafbar.²¹⁷⁾ Das Gegenteil kann nicht etwa aus den Worten „eine solche Aufforderung“ geschlossen werden,²¹⁸⁾ denn mit dem Worte „solche“ ist nur gemeint „zur Begehung eines Verbrechens oder zur Teilnahme an einem Verbrechen“; nur der Inhalt, nicht die Schuldseite ist hiemit angeführt. Ob der Auffordernde die Annahme für ernstlich hält oder nicht, ist gleichgültig. Daher ist es auch ohne Bedeutung, was der Annehmende diesbezüglich denkt. Eine nichternstliche Annahme ist also auch dann nicht strafbar, wenn der Annehmende weiss, der Auffordernde werde die Annahme für ernstlich halten.²¹⁹⁾

hausen, zu § 49 a Z. 6; Ortloff, Aufforderung und Sich-Erbieten zur Begehung eines Verbrechens und deren Annahme (Gerichtssaal LXVII 225 ff); Reiffel, Ueber § 49 a R. St. G. B.'s und sein Verhältnis zu § 333 ibidem (Gerichtssaal XLII. 175 ff.) 179; E. v. 24. X. 1904. Golt. III. 84; v. 7. V. 1894 a. a. O. XLII. 122, RG. XV. 359; XXXVI 228.

²⁰⁸⁾ Olshausen a. a. O.; E. v. 7. V. 1894. a. a. O.

²⁰⁹⁾ Olshausen a. a. O.

²¹⁰⁾ Bar 845; Meyer-Allfeld 252.

²¹¹⁾ S. 43.

²¹²⁾ Ebermayer, zu § 49 a Z. 4a, RG. LVII, 171.

²¹³⁾ so aber Köhler, Strafrecht 527.

²¹⁴⁾ unrichtig auch Heilborn 109.

²¹⁵⁾ Geyer, Teilnahme Erg. 154; Hälschner, Deutsches Strafrecht 409, 411;

Meyer-Allfeld 253; Olshausen, zu § 49 a Z. 7, RG. LX 23.

²¹⁶⁾ Heilborn 108; Klee 495 f; Olshausen, zu § 49 a Z. 7, RG. I 338; LVII 243; a. M. Ebermayer, zu § 49 a Z. 5.

²¹⁷⁾ a. M. E. v. 7. V. 1894 Golt. XLII. 122.

²¹⁸⁾ so aber Bar 845.

²¹⁹⁾ unrichtig Ebermayer, zu § 49 a Z. 5.

Auch die Annahme der Aufforderung nach § 49 a DStGB ist übrigens ein erfolgsbestimmtes Aeusserungsdelikt.

Scheinbare öffentliche Aufforderung.

Die öffentliche Aufforderung zur Begehung strafbarer Handlungen ist verschiedentlich als selbständige Straftat geregelt — vergl. zB. §§ 85, 110 f DStGB., §§ 59 c, 65, 305 öStGB. Auch diese besonderen Straftaten können bloss scheinbar begangen werden: der Scheinaufforderer ist hier Scheintäter. Im einzelnen ist aber zu unterscheiden, ob es sich um ein reines oder um ein erfolgsbestimmtes Äusserungsdelikt²²⁰⁾ handelt. Nur im letzteren Falle ist jede nicht-ernstliche Aufforderung straflos. Bei reinen Äusserungsdelikten ist, wie sich aus dem schon früher Gesagten ergibt, Straflosigkeit nur dann gegeben, wenn der Auffordernde annimmt, die Aufgeforderten würden die Nichternstlichkeit erkennen. Welche öffentliche Aufforderungen in die eine oder andere Gruppe gehören, muss im einzelnen untersucht werden. Liegt zB. in der öffentlichen Aufforderung eine Beleidigung, so ist ein reines Äusserungsdelikt gegeben. Dagegen handelt es sich bei den Aufforderungen nach den oben angeführten gesetzlichen Bestimmungen um erfolgsbestimmte Äusserungsdelikte. Deshalb ist auch ein agent provocateur ohne Vollendungsvorsatz ebenso wenig nach § 110²²¹⁾ oder § 111²²²⁾ strafbar, wie derjenige, der die Aufforderung nicht ernstlich meint, mag er sich auch dessen bewusst sein, dass sie ernst aufgefasst wird,²²³⁾ wenn er nur von vornherein vorhat, zu verhindern, dass die Aufgeforderten tatsächlich mehr als einen strafbaren Versuch begehen.

Scheingehilfe.

Scheingehilfe ist, wer für den Gehilfen einer bestimmten Straftat gehalten wird, aber weiss, dass er es nicht ist. Auch hier können alle Arten des Scheinverbrechens vorkommen. Es gibt absolute und relative Scheingehilfen. Der Scheingehilfe ist absolut, wenn überhaupt keine strafbare Handlung des „Gehilfen“ gegeben ist, relativ, wenn entweder Beihilfe zu einer anderen Straftat, als es scheint, oder zwar nicht Beihilfe, aber eine andere strafbare Handlung gegeben ist.

²²⁰⁾ S. 43.

²²¹⁾ Olshausen, zu § 110 Z. 23; a. M. Ebermayer, zu § 110 Z. 8; Frank, zu § 110 II.

²²²⁾ a. M. Ebermayer, zu § 111 Z. 5; Frank, zu § 111 Z. 2.

²²³⁾ a. M. Frank, zu § 110 II.

1.) Scheinbares Verhalten des „Gehilfen“ liegt vor, wenn der Scheinverbrecher überhaupt kein förderndes Verhalten beobachtet hat und ein solches nur gegeben zu sein scheint. A hat zB. einen Brief, in dem er B mitteilt, wo sich die verwahrt gehaltene Sache, die B stehlen will, befindet, mit Schreibmaschine geschrieben und mit der nachgemachten Unterschrift des C unterschrieben. Hier liegt scheinbar förderndes Verhalten des C vor; ebenso, wenn der Angeklagte fälschlich behauptet, C habe ihm bei der Begehung der Straftat geholfen.

2.) Scheinbare Willkürlichkeit: Der Hypnotisierte weiss, dass er unter hypnotischem Zwange, vielleicht dem Hypnotiseur selbst, bei der Begehung einer Straftat behilflich ist, ohne sich aber diesem Zwange entziehen zu können.

3.) Scheinbare Verursachung: Der Scheingehilfe weiss, dass die Kausalkette nicht von seinem Verhalten bis zur Verwirklichung des Straftatbestandes, den er scheinbar fördert, reichen werde.

a) Der Scheingehilfe sieht von vornherein voraus, dass der andere seine Hilfe zurückweisen werde; oder sieht voraus,

b) dass der andere sein förderndes Verhalten zwar annehmen, aber noch vor eigener Betätigung anderen Sinnes werden werde; zB. der andere werde zwar die von Scheingehilfen gebrachte Waffe an sich nehmen, aber weiter nichts tun;

c) dass der andere nicht über eine blossere Vorbereitungshandlung oder

d) über einen — strafbaren oder straflosen — Versuch hinauskommen werde.

In allen Fällen sieht also der Scheingehilfe voraus, dass der andere die Straftat nicht „vollenden“ werde. Auch hier ist es für die Beurteilung gleichgültig, ob der Scheingehilfe selbst die Vollendung zu hindern beabsichtigt oder den Grund der Nichtvollendung in einem anderen Umstande, zB. darin sieht, dass der scheinbar Geförderte nicht im Stande sein werde, das Verbrechen zu vollenden.

4.) Scheinbare Rechtswidrigkeit. Der Gehilfe weiss, dass sein Verhalten nicht rechtswidrig ist. A hilft zB. eine Sache, die C gehört, zu beschädigen; C hat die Beschädigung A erlaubt, diese Erlaubnis aber auf A beschränkt.

5.) Scheinbarer Verbrechensvorsatz. Der Beihilfe ist Vorsatz wesentlich. Daher kommt nur diese Form der Verbrechensschuld hier in Betracht. Scheinbarer Gehilfenvorsatz ist insbesondere dann gegeben, wenn „begleiteter Vorsatz“²²⁴⁾ Tatbestandsmerkmal ist und der Vorsatz des Gehilfen kein solcher begleiteter Vorsatz ist.²²⁵⁾ Wenn also

²²⁴⁾ S. 37.

²²⁵⁾ vergl. Wolff, Verbotenes Verhalten 344.

A dem B bei der Irreführung des C behilflich ist, aber im Gegensatz zu B nicht die Absicht auf einen „rechtswidrigen Vermögensvorteil“ (§ 263 DStGB) bzw. auf Schädigung (§ 197 öStGB) gerichtet hat, so macht sich zwar B des Betrages, nicht aber A der Beihilfe dazu schuldig.²²⁶⁾

Auch bei Scheinbeihilfe kann der scheinbar Geförderte von der Tatsache, dass die Beihilfe nur eine scheinbare ist, Kenntnis haben oder nicht. Es gilt diesbezüglich das für die Scheinanstiftung²²⁷⁾ Ausgeführte entsprechend.

Bei scheinbarer Strafbarkeit des Gehilfen liegt — straflose — Beihilfe vor;²²⁸⁾ zB. A hilft dem B bei der Begünstigung des C. C ist der Sohn des A. A ist daher nicht strafbar (§ 257 Abs. 2 DStGB. § 216 öStGB), wenn B den C tatsächlich begünstigt.

Ob die scheinbare Beihilfe durch scheinbare Förderung vor der Tat oder durch scheinbare Verabredung der Hilfeleistung nach der Tat — § 257 Abs. 3 DStGB., § 5 Abs. 1 a. E. öStGB. („Teilnahme“) — erfolgt, ist gleichgültig.

Der Scheingehilfe ist dem bisherigen Schrifttum nicht fremd.²²⁹⁾ Auch die Rechtsprechung kennt ihn.²³⁰⁾ Man²³¹⁾ hat ferner von einem „agent provocateur-Gehilfen“ gesprochen, wenn die Tätigkeit des Gehilfen wirklich fördernd ist und er nur die Absicht hat, die Vollendung nachträglich zu hindern, und hat diesen Fall von dem geschieden, wo der Gehilfe dem Täter von vornherein ein untaugliches Mittel gibt. Nun ist diese Unterscheidung sicherlich möglich, doch darf man daran nicht die Folgerung knüpfen, dass der Gehilfe im ersten Fall strafbar und nur im zweiten Fall straflos sei.²³²⁾ Begründet wird die Strafbarkeit im ersten Fall damit, dass hier der Täter durch das Verhalten des Gehilfen in seinem Entschluss bestärkt werde, also intellektuelle Beihilfe vorliege. Dagegen ist aber einzuwenden, dass die Strafbarkeit des Gehilfen doch nur bei Vorsatz gegeben ist, er also wissen müsste, dass er intellektuell hilft. Allein das Gleiche gilt auch für den zweiten Fall. Verschweigt der Gehilfe dem Täter den Umstand, dass das Mittel untauglich ist, so kann der letztere ebenso

²²⁶⁾ vergl. auch Löffler a. a. O.

²²⁷⁾ S. 69 f.

²²⁸⁾ Vgl. S. 70.

²²⁹⁾ vergl. Bar 648 f; Ebermayer, zu § 49 Z. 5a; Frank, zu § 49 I, II; Heilborn 10; Högel 837; Kohler, Studien I. 126; Rittler 217; Liszt-Schmidt 344; Löffler a. a. O.; M. E. Mayer 406; Mezger 445 f; Schütze 310; Wolff, Verbotenes Verhalten 337, 344 u. a.

²³⁰⁾ Vgl. zB. R.G. XV 315; XVI 25; XVII 377; LX 23;

²³¹⁾ Heilborn 99.

²³²⁾ so auch Bar 649; Ebermayer, zu § 49 Z. 5, a, b; vergl. auch 3b.

gut in seinem Entschluss bestärkt werden. Und auch dann liegt bei Vorsatz des Gehilfen strafbare Beihilfe vor.

Der Scheingehilfe ist Scheinverbrecher. Sein Vorsatz geht nicht, wie es für den Gehilfen wesentlich ist,²³³⁾ auf die Vollendung der Straftat durch den Geförderten, er schliesst, vielmehr diese Vollendung von seinem Vorsatz aus. Daher ist es zwar richtig, dass straflos bleibt, wer dem Täter ein unwirksames Mittel gibt,²³⁴⁾ zB. ein untaugliches Abtreibungsmittel,²³⁵⁾ doch gilt das für jeden „Gehilfen“, der den Täter bloss zum Versuch kommen lassen will,²³⁶⁾ und überhaupt für jeden Scheingehilfen.²³⁷⁾

Andererseits schliesst der Umstand, dass der Gehilfe die Vollendung der Straftat durch den Täter nur deshalb wollte, um ihn der Bestrafung zuzuführen, seine Strafbarkeit ebenso wenig aus,²³⁸⁾ als das beim Anstifter der Fall ist.²³⁹⁾ Dolus eventualis genügt.

Wie jeder Scheinverbrecher,²⁴⁰⁾ wird auch der Scheingehilfe deswegen nicht strafbar, weil der Täter, ohne dass dies vom Vorsatz des Fördernden umfasst war, die Straftat trotzdem vollendet; so insbesondere, wenn dem Scheingehilfen die beabsichtigte Erfolgshinderung misslingt; auch dann kann ihm höchstens Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden.

Bezüglich des Irrtums des Scheingehilfen, seiner Absichtsänderung nach erfolgter Förderung, seiner Stellung, wenn die Beihilfe zu einer strafbaren Handlung im Gesetz als selbständiges Sonderverbrechen geregelt ist,²⁴¹⁾ bei Absichtsverbrechen, Gefährungsdelikten, schlichten Tätigkeitsdelikten und mehraktigen Verbrechen gilt das für den Scheinanstifter²⁴²⁾ Ausgeführte entsprechend.

²³³⁾ Ebermayer, zu § 49 Z. 5b; Hälschner, Deutsches Strafrecht 381; Meyer-Allfeld 249; Mezger 445; Wolff, Verbotenes Verhalten 335; RG. XV 315; XVI 25; XVII 33; XXXII 353; XXXVII 321; LVI 168; LX 6; 23.

²³⁴⁾ Frank, Kommentar zu § 49 I, II; Gerland 202; Köhler, Strafrecht 500; Mezger 445 f; Meyer-Allfeld 229; Wolff 337, RG. XV 315; XVI 25; XVII 377; LVI 168; LX 23;

²³⁵⁾ Gerland a. a. O., Heilborn 91, 99 ff; Hippel 165 Anm. 1; Liszt-Schmidt 344 Anm. 10; Meyer-Allfeld 249; Mezger 449; Olshausen, zu § 49 Z. 13 a, RG. XVII 377; LVI 168; LX 23;

²³⁶⁾ Bar 649; Frank, zu § 49 II; Hippel 164 f; unrichtig Gerland 203; Köhler 499 f.

²³⁷⁾ Frank, zu § 49 I, II; Högel 837; Liszt-Schmidt 344; Mezger 445 f; Wolff 344.

²³⁸⁾ Bar 643 f Anm. 89; Högel 839.

²³⁹⁾ S. 72.

²⁴⁰⁾ S. 52.

²⁴¹⁾ vergl. S. 62.

²⁴²⁾ S. 78 ff.

Das Gleiche gilt auch für die verschiedenen Kombinationen, wie zB. Anstiftung zur Beihilfe, Beihilfe zur Anstiftung, Beihilfe zur Beihilfe, Mitbeihilfe, Beihilfe zu einer von mehreren Tätern begangenen Tat usw.

Das Erbieten nach § 49a DStGB.

Das Erbieten zur Begehung eines Verbrechens oder zur Teilnahme daran, ist wie die Aufforderung nach § 49a, eine erfolgsbestimmte Äusserung.²⁴³⁾ Damit ist schon gesagt, dass es nur dann strafbar ist, wenn es ernst gemeint ist.²⁴⁴⁾ Dabei ist es gleichgültig, ob das tatsächlich nichternstliche Erbieten ernst genommen wurde,²⁴⁵⁾ den Umständen nach als ernstlich aufgefasst werden konnte²⁴⁶⁾ und der sich Erbietende wusste oder auch wollte, dass das Erbieten ernst genommen werde.²⁴⁷⁾ Dagegen bleibt der sich ernstlich Erbietende strafbar, auch wenn sein Erbieten nicht für ernstlich gehalten wird.²⁴⁸⁾

Die Annahme des Erbietens ist auch eine erfolgsbestimmte Äusserung. Auch sie ist nur strafbar, wenn sie ernstlich gemeint ist.²⁴⁹⁾ Dabei ist es gleichgültig, ob ein ernstliches oder ein nichternstliches Erbieten ernstlich angenommen wurde.²⁵⁰⁾ Dass der sich Erbietende die ernstliche Annahme des Erbietens irrtümlich für nichternst gemeint hält, ist ohne Bedeutung.²⁵¹⁾

Scheinbegünstigung und Scheinhehlerei.

Begünstigung und Hehlerei — §§ 139, 257 ff DStGB, §§ 185 f, 196, 214 ff, 307 öStGB. — können auch als Scheinverbrechen festgestellt werden. Insbesondere kann A dem Verbrecher B gegenüber so tun, als ob er ihn vor der behördlichen Verfolgung schütze, während er in Wirklichkeit ihn derselben auszuliefern beabsichtigt. Er handelt vielleicht nur so, um B genügend lange Zeit zurückzuhalten.

²⁴³⁾ S. 43.

²⁴⁴⁾ Bar 844; Frank, zu § 49a I; Hälschner 411; Heilborn 110; Klee 495; Meyer-Allfeld 253; Olshausen, zu 49a Z. 6; Ortloff 227; Reiffel 167; E. v. 27. V. 1894 Golt. XLII 122, RG. I. 338, LX 23.

²⁴⁵⁾ a. M. Ebermayer, zu § 49a Z. 6.

²⁴⁶⁾ Olshausen a. a. O.

²⁴⁷⁾ Olshausen a. a. O.; E. v. 7. V. 1894 a. a. O.

²⁴⁸⁾ Bar 845; Meyer-Allfeld 252.

²⁴⁹⁾ Meyer-Allfeld 253; Olshausen, zu § 49a Z. 7; Ortloff, Aufforderung 227.

²⁵⁰⁾ Reiffel 176 ff; a. M. — Strafbarkeit nur, wenn Erbieten und Annahme ernstlich sind — Bar 844; Heilborn 110; Ortloff 227; Olshausen a. a. O.; E. v. 7. V. 1894 a. a. O. RG. I. 338; LVII 243.

²⁵¹⁾ Meyer-Allfeld a. a. O.

Auch bei Begünstigung und Hehlerei kann absolutes und relatives Scheinverbrechen und auch begegnender Schein²⁵²⁾ gegeben sein. Die Tatbestände der §§ 257 Abs. 1, 258 f. DStGB. sind übrigens im Gegensatz zu den entsprechenden des öStGB. Absichtsdelikte, denen daher begleiteter Vorsatz²⁵³⁾ wesentlich ist. Fehlt dieser dem Handelnden, so ist auch nur ein Scheinverbrechen gegeben.

²⁵²⁾ S. 48.

²⁵³⁾ S. 37.

Nekoliko napomena
O
Jugoslovenskom građanskom zakoniku

od

d-ra Lazara Markovića,

bivšeg profesora Univerziteta i Ministra u pensiji

Beograd

Pitanje izrade jednoga Građanskog zakonika za celu Jugoslaviju izgleda da se privodi kraju pošto je komisija za izradu Građanskoga zakonika završila svoj posao i predala Ministarstvu pravde prethodni nacrt jednoga Jugoslovenskoga građanskoga zakonika. Tim povodom ja želim da kažem nekoliko napomena, ostavljajući da drugom prilikom i na drugom mestu, kad izrađeni nacrt bude objavljen, kažem o njemu detaljnije svoje mišljenje.

I

Građansko pravo u velikoj većini evropskih država, zasniva se u glavnim i osnovnim odredbama svojim, na klasičnom Rimskom pravu sadržanom u kodeksima rimskih careva i u drugim pravnim izvorima. Rimsko pravo je, u obliku tako zvanog Pandektnog prava, suvereno dominiralo na evropskom kontinentu sve do devetnaestog veka. Uticaj germanskoga prava bio je mnogo slabiji, a slovenska pravna shvatanja još manje su dolazila do izražaja u Privatnom pravu. Tek od početka 19 veka pojavljuju se novi zakonic i koji primaju u sebe, pored principa Rimskoga prava, i ideje nacionalnih običajnih prava, kao i izvesne odlike germanskih pravnih shvatanja.

Najčuveniji i najpoznatiji zakonik je Francuski građanski zakonik, poznat i pod imenom Code Napoléon, od 1804 godine. Ovaj zakonik je u istini jedno monumentalno pravničko delo koje i danas vredi, sa neznatnim izmenama, i koje potpuno odgovara potrebama i shvatanjima ekonomski i socijalno uravnotežene Francuske. Genijalni Napoleon, još kao prvi konzul, čim je dobio diktatorsku vlast 1800 god., obrazovao je komisiju od najboljih francuskih pravnika, za izradu jednog Građanskog zakonika. Zakonik je konačno završen i promulgovan 21 marta 1804 godine, kao Code Civil des Français. On ima svoju specijalnu sistematiku, koja je istina bila kritikovana kao da ne počiva na naučnoj podlozi, ali koja ništa nije smetala Zakoniku da bude opšte priznat kao jedna izvanredna tvorevina francuskoga uma i francuskoga duha. Treba još napomenuti da je francuski Code Civil izrađen od maloga broja pravnika, i da zato pretstavlja jednu harmo-

ničnu celinu dosledno sprovedenu kroz sve delove Privatnoga prava. Njegove su odredbe jasne i precizne tako da on u tome pogledu i danas važi kao uzor pravničke određenosti i jasnosti.

Pored Francuskog građanskog zakonika može se navesti kao jedan od najstarijih, i Austrijski opšti građanski zakonik od 1811 godine. U Austriji se počelo raditi na kodifikaciji Privatnog prava još sredinom 18 veka, ali je taj posao, zbog promenljivih političkih prilika, išao vrlo sporo. Tek u 1811 godini konačno je završen ovaj zakonik i proglašen je Carskim patentom od 1 juna 1811 godine. Na snagu je stupio 1 januara 1812 godine, i taj zakonik važi i danas, a važiće svakojako i dalje sve do novog Jugoslovenskog građanskog zakonika, u onim delovima Jugoslavije koji su bili sastavni deo Austrije (Dalmacija, Slovenija). U Hrvatskoj je uveden Austrijski građanski zakonik 1 maja 1853 godine, kada je njegova važnost protegnuta i na Ugarsku. U Ugarskoj je prestao važiti 1861 godine, jer su Mađari, iz samoljublja, želeli stvoriti svoje posebno nacionalno Građansko pravo, ali je ostao i dalje na snazi u Hrvatskoj. Austrijski građanski zakonik izmenjen je i moderniziran u godinama 1914, 1915 i 1916, na osnovu triju t. zv. Novela koje sadrže odredbe o promenama i dopunama pojedinih paragrafa Građanskog zakonika i čine sastavni deo sa njim.

Po ugledu na francusku i austrijsku kodifikaciju Građanskog prava čuli su se još u početku 19 veka u Nemačkoj, još neujedinjenoj, ozbiljni predlozi u korist izrade jednog nemačkog Građanskog zakonika. Hajdelberški profesor Thibaut objavio je 1914 godine jednu brošuru pod naslovom „Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für Deutschland“, u kojoj je brošuri pledirao za izradu jednog opšteg Građanskog zakonika koji bi ujednačio raznovrsno privatno pravo pojedinih nemačkih država. Drugi nemački pravници nisu odobravali ovo shvatanje i bili su protivni kodifikaciji. Tako je čuveni romanista Savigny (Carl Friedrich v. Savigny) u svojoj brošuri „Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“, nasuprot Thibaut-u tvrdio, da se zakonima i kodifikacijom jedno pravno stanje ne može da popravi, nego da se popravka vrši isključivo putem pravnih običaja, pravne nauke i pravne prakse. Po mišljenju Savigny-a, pravni život je glavni izvor prava. Raznovrsnost privatnog prava jeste dokaz njegovoga unutar-njega bogatstva. Glavno je da osnovni principi budu isti, a pojedini krajevi i delovi nemačkoga naroda mogu da razrađuju te principe u skladu sa svojim posebnim shvatanjima i potrebama. Savigny je smatrao da je svaka kodifikacija jedna veštačka i proizvoljna tvorevina, da se ona vrši sa već utvrđenim i sistematisanim idejama i da se tako ignoriše prirodni i istorijski razvitak prava. Po Savigny-u kodi-

fikacija sprečava pravnu nauku da ide uporedo sa napretkom kulture; ona imobilize duh pravnika određenošću svojih pravila, i tako sprečava slobodnije interpretiranje, na štetu napretka i razvitka prava. Pitanje o kodifikaciji u Nemačkoj stajalo je otvoreno sve do 1873 godine, do političkoga ujedinjenja nemačkog naroda, i davanja centralnome parlamentu (Reichstag) formalnog prava da izvrši izjednačenje građanskog zakonodavstva.

Razvitak pravnog i privrednog života u toku 19 veka dao je pravo pristalicama kodifikacije, jer su se sa svih strana Nemačke čuli zahtevi za jednim zakonikom, i za potrebom jasnih i određenih pravnih norma, bez kojih bi privatni poredak bio vrlo nesiguran. Tako je i Nemačka carevina došla do svog Građanskog zakonika, jednog za celu Nemačku i za sve nemačke države. Rad na projektu Nemačkog građanskog zakonika trajao je punih 20 godina, od 1875 do 1895 U parlamentu je pretresan predlog skoro godinu dana, dok je konačno usvojen 1896 godine. Na snagu je stupio Nemački građanski zakonik 1 januara 1900 godine. Nemački zakonik je jedan moderan i opsežan Zakonik kojim je ujednačeno vrlo raznoliko građansko zakonodavstvo pojedinih saveznih država. Nemački zakonik je dao silnoga potstreka nauci Privatnog prava u Nemačkoj, a njegov se uticaj osetio i van Nemačke. Pravna književnost novog Nemačkog građanskog prava zasnovanog na Građanskom zakoniku od 1900 godine, pokazuje jedno izvanredno bogatstvo i čini čast nemačkoj pravnoj nauci. Nemački građanski zakonik važi i danas kao jedan od najpotpunijih i najsređenijih Građanskih zakonika.

Za Jugoslaviju uopšte se i ne postavlja pitanje o korisnosti i potrebi jednoga Građanskoga zakonika pošto je to stvar o kojoj postoji potpuna saglasnost. To je posledica modernoga razvitka saobraćaja i tehnike i to odgovara stvarnim potrebama privrednoga prometa. Danas se ide tako daleko u Evropi da se teži ujednačenju građanskih zakonodavstava raznih država radi olakšanja pravnog i privrednoga prometa, pa se zato ne može ni postaviti pitanje da li Jugoslaviji treba jedan Građanski zakonik. Ovo pitanje naročito ne može da se postavlja ni za to što je, izuzetkom Crne Gore, građansko zakonodavstvo u svima delovima Jugoslavije u glavnom bazirano na Austrijskom građanskom zakoniku, tako da stvarno već postoji identičnost u osnovnim principima Građanskoga prava. Otuda proističe još jedna posledica koja je prirodno uticala i na izradu prethodnog nacrtu jednog Građanskog zakonika za celu Jugoslaviju, a to je očiglednost potrebe i koristi da novi Građanski zakonik bude izrađen po ugledu na postojeći Austrijski građanski zakonik. Još 1922 godine ja sam mislio u jednom trenutku, kad sam kao Ministar pravde vršio pripreme

za izjednačenje zakonodavstva, da prosto proširim i protegnem na celu državu Hrvatski građanski zakonik koji je stvarno Austrijski građanski zakonik. Ali kad sam ušao malo dublje u stvar i kad sam uzeo u obzir da ima privatno-pravnih pitanja koja zahtevaju naročito studiranje, kao što su pitanja iz Bračnoga prava, pitanja Naslednog prava kao i pitanje organizacije zadruga — da navedem samo najglavnije od njih — ja sam došao do zaključka da treba ostaviti komisiji da ona proceni sva ova pitanja i da na bazi Austrijskog građanskog zakonika izradi projekat novoga Zakonika za celu Jugoslaviju.

II

Jugoslovenski građanski zakonik, pored pitanja izjednačenja privatno-pravnih propisa, koje je pitanje svakojako vrlo važno i vrlo značajno, treba da ispuni i druge neke zadatke koji se od njega očekuju. Građanski zakonik je osnova i baza celokupnom privatno-pravnom poretku. On je merilo za mir i za sredenost u privatno-pravnim odnosima. Građanski zakonik omogućuje pravilnu raspodelu stečenih dobara i obezbeđuje svakome imaocu mirno uživanje njegovoga radom i znojem pribavljenog imanja. Građanski zakonik omogućuje pravilno funkcionisanje kredita, stvarajući i čuvajući poverenje u datu reč i u primljenu obavezu. Građanski zakonik je najmoćnije i najsigurnije sredstvo da se pravilno razvija pravni promet i da se rezultatu rada i napora pruži od strane države pravna zaštita i pravna pomoć. Građanski zakonik ne stabilizuje do ukočenosti pravni promet. Njegova namera nije da ovekoveči postojeće pravne odnose nego naprotiv, da stvaranjem sigurnosti, omogući što lakšu razmenu dobara i što češći prelazak imovine iz jednih ruku u druge. A najviša funkcija Građanskog zakonika je da obezbedi red i mir u privatno-pravnim i imovinskim odnosima, da zaštiti uredno stečenu privatnu svojinu i da tako pruži svoju moćnu potporu svakome naporu i svakome radu građana upravljenom na sticanje dobara radi izdržavanja i radi obezbeđenja budućnosti.

U današnjim posleratnim prilikama pojavilo se izvesno kolebanje u shvatanjima o svetinji privatne svojine, o apsolutnoj potrebi da se zaštiti privatan rad i privatna imovina, kao i o neophodnosti da se poštuju ugovori i primljene obaveze. U svima tim odnosima nastupilo je izvesno kolebanje koje dovodi u opasnost stabilnost i solidnost pravnoga i socijalnoga poretka. Država počinje da zakoračava u privatnu svojinu, i vrlo često prelazi preko svojih vlastitih obaveza, što nanosi ogromnu štetu pravnome poretku. Osećaj pravne svesti slabi kod pojedinaca, i sve se više širi mišljenje kako nije ni malo nečasno

neispuniti svoju obavezu i neplatiti svoj dug. Reč čoveka ne ceni se danas onako kako se ranije cenila, jer je pravno osećanje u današnjem društvu prilično oslabilo pa se ne veruje u ispunjenje datoga obećanja. Rat je istina odavno prestao, ali se još donose izuzetni zakoni koji nanose strahovite udare najosnovnijim principima Građanskoga zakonika. Jugoslovenski građanski zakonik treba svojim odredbama da učini kraj ovim pravnim eksperimentima. Pravni poredak treba da bude potpuno obezbeđen od svake intervencije državne vlasti na štetu stečenih privatnih prava. Nije dakle dovoljno da Jugoslavija dobije jedan Građanski zakonik, nego je bitno da taj Građanski zakonik bude čuvan i poštovan kao jedina i isključiva baza privatno-pravnoga prometa i privatno-pravnih odnosa. Ako se to ne stvori, nego se i dalje održi dosadanja praksa proizvoljnoga, neprostudiranoga i često nepromišljenoga menjanja i ukidanja privatnih prava od strane države, koja je baš obratno pozvana da ta prava čuva i štiti, onda će Jugoslavija imati malo koristi od budućeg Građanskog zakonika.

To je jedna napomena koju ja činim čisto načelno, ne poričući fakat da mogu da nastupe slučajevi takvih ekonomskih potresa pri kojima se i privatna prava moraju ograničiti. Ali to nastupa samo u potpuno izuzetnim prilikama i smatra se kao jedna krajna nevolja, pa se i onda strogo pazi da se osnovni principi o pravu i pravdi ne povrede. Jugoslovenski građanski zakonik ima dalje svojim odredbama da ispuni još jednu misiju. Mi danas živimo u veku kapitalističke ekonomske i pravne organizacije. Tako je nazvan pravni poredak pri čemu se stečeno pravo vrlo često zlonamerno naziva kapitalom. Kakav je da je, ovaj kapitalistički poredak stvarno postoji, i on se ne sme rušiti dok se ne bi izgradio, bar u osnovnim linijama, jedan drugi poredak, neki kolektivistički, da ne kažem komunistički red. Razvitak našega društva ne bi trebao da ide od kapitalizma u anarhiju, pa kad anarhija uništi sve vrednosti, da se onda prelazi kolektivizmu. Građanski zakonik treba dakle da bude branilac postojećega društvenoga i ekonomskoga reda, i zato njegove odredbe moraju biti precizne i određene. Jedan dobar Građanski zakonik mora u prvome redu da bude određen tako da ne zavisi ni od sudije ni od suda koji će pravni propis primeniti. Sudiju treba sačuvati od opasnosti da on sam stvara pravo, a naročito ga treba sačuvati od zablude da on ima primenom prava da izvršuje i još neku drugu misiju. Sudija je čovek od zakona, i on ima samo da se drži zakona. Najbolja je zaštita građanima kad ne zavise od volje sudije nego od teksta zakonskog. Sa toga gledišta treba se starati da se ostavi što manje slobode sudu pri presuđivanju o privatnim pravima. Građanski zakonik treba da bude jasan i potpun, tako da ni jedan deo privatno-

pravnih odnosa ne bude ostavljen slobodnoj oceni sudije i suda. U našoj zemlji narod veruje u Zakon a ne u sudiju. Sudija treba da bude savestan, pošten i ispravan, i da dobro poznaje slovo i smisao zakona da bi umeo pravilno da ga primeni. Ako to ispuni, sudija je samim tim izvršio svoju dužnost kad pravilno primeni zakonske propise. Jugoslovenski građanski zakonik, da bi odgovorio ovome drugome zadatku, treba da bude što potpuniji i što određeniji, pa je sa toga gledišta dobro što se nije pristupilo prostom uvođenju Austrijskog građanskog zakonika u celu Jugoslaviju nego što je ostavljeno komisiji da ona slobodnije izradi prvi nacrt, tako da bude u stanju da dopuni i izmeni sve ono što bi bilo u interesu pravnoga prometa u našoj zemlji. Da li je i u koliko pravnička komisija odgovorila i ovome zadatku, to će se videti kada njen nacrt bude objavljen i kada bude podvrgnut stručnoj kritici.

III

Pored sve želje za jednim Jugoslovenskim građanskim zakonikom, nesumnjivo je da će u izvesnim odnosima morati da nastupi neko diferenciranje, jer će teško biti izvesti potpuno izjednačenje. Ako uzmemo na primer odredbe Porodičnoga prava jasno je da će mnogi odnosi iz Bračnoga prava, pošto je ono pod uticajem crkve, i katoličke i pravoslavne i muslimanske, dobiti različno regulisanje, a biće teško i razgraničiti ono što pripada državi od onoga što traži crkva za sebe. Pitanje zakonskoga nasleđivanja takođe je vrlo značajno, s obzirom na potrebu da se sačuva zemljoradnički red od cepanja imanja pa će morati da se izvrši izvesna korekcija u principima zakonskog nasleđa zasnovanim na apsolutnoj jednakosti potomaka i srodnika muškoga i ženskoga roda. U baštinskom pravu, sve do izrade zemljišnih knjiga za celu državu, moraće se održati izvesno dvojstvo s obzirom na krajeve u kojima još nema baštinskih knjiga. Kako će se ovo izvesti, to je jedno specijalno pitanje koje ne čini predmet našeg rasmatranja u ovome napisu. Što sam pak hteo naročito da spomenem kao jednu posebnu napomenu, u pogledu na odlike budućeg Jugoslovenskog građanskog zakonika, to je veza toga Zakonika sa pravnim navikama i pravnim običajima našega naroda u pojedinim krajevima. Idealan bi bio onaj Građanski zakonik koji bi odgovarao idejama i shvatanjima onoga naroda za koji se izrađuje, i koji bi bio u punome skladu sa stupanjem pravnog i privrednog razvitka dotičnoga naroda. Što se tiče ovoga drugoga, mislim da Austrijski građanski zakonik u glavnom odgovara stepenu razvitka privrednoga i pravnoga prometa u Jugoslaviji. On za Jugoslaviju nije zastareo, niti se prilike u našoj zemlji mogu obeležiti kao suviše moderne i napredne

prema austrijskom zakoniku, da bi on za nas bio nesavremen. Sa toga gledišta ne može se ništa dakle zameriti što je za bazu Jugoslovenskog građanskog zakonika uzet austrijski zakonik. Drukčije stoji stvar sa onim prvim zahtevom o saglasnosti Građanskoga zakonika sa postojećim pravnim običajima i navikama. U tome pogledu austrijski zakonik nije ni malo neko idealno rešenje za našu zemlju. Pre bi se moglo reći da je taj zakonik našem narodu potpuno stran, bar najvećem delu našega naroda, u smislu čisto narodnih pravnih shvatanja i osećanja. Jedan primer izvrsnoga Građanskoga zakonika izrađen u skladu sa narodnim običajima pruža Crnogorski imovinski zakonik izrađen od Valtazara Bogišića i opšte priznat kao model jednoga nacionalnoga kodeksa. Ali Crna Gora leži na periferiji naše nacionalne teritorije i ona pretstavlja s obzirom na svoj geografski sklop, jedan posebni kraj, čije se ideje i pojmovi ne bi mogli tako lako preneti na celu Jugoslaviju. Zato je bilo neizvodljivo da se Crnogorski imovinski zakonik uzme kao baza za Jugoslovenski građanski zakonik. Nije preostalo dakle ništa drugo nego da se Austrijski građanski zakonik prema potrebama naše zemlje, izmeni i prilagodi kod svih onih pravnih instituta koji su bliži narodnom osećanju i narodnim običajima, i da se tako ostvari makar delimična harmonija između zakonskih propisa i onih pravnih običaja i shvatanja koja dominiraju u narodu u pogledu dotičnih pravnih ustanova. Da li je i u koliko pravna komisija razmišljala o ovoj strani problema, i šta je u tome pogledu učinila, to će se videti kad nacrt Građanskoga zakonika bude objavljen.

О административном уговору

од

д-ра Данила Ј. Данића,
судије Апелационог суда
Београд

У савременом административном праву, осећа се у новије време врло јасно једна тежња, која се испољава у пракси административних судова, а то је да се акта управне власти што више ставе под контролу суда. Ово се нарочито осећа код европских административних судова, специјално код француског Државног савета. У својој јудикатури старој више од једног века, француски Државни савет је успео да по примеру римских претора, заведе нове принципе и нова гледишта, која нису раније била утврђена путем какве теоријске анализе већ их је извукао из самога живота, из сложеног правног саобраћаја, тако једне развијене друштвене средине као што је француска. Административни спор због прекорачења власти и његова даља варијанта, спор због злоупотребе власти и теорија административних уговора без сумње су његова творевина. Овом приликом, ми ћемо имати поглавито на уму француско право, пошто је оно још и данас остало узор управног судства, може се рећи, не толико по организацији највишег управног суда, која се не би могла данас узети као савремена, колико по његовим схватањима која су у пракси најзад извојевала победу над администрацијом и дефинитивно учврстила административно право. Из тих разлога, ми ћемо за сада оставити на страну немачко право, које је много доцнијег порекла од француског, и које, и ако обилује дубоким и широким теориским схватањима, није имало, па ни данас нема, онакав практичан значај по развој административног права као што је то случај са француским правом.¹⁾ Постало за време Наполеонове епохе као conseil de préfecture а под утицајем Сјејесових доктрина, француско административно судство послужило је у својој

1) У погледу немачког управног судства в. нарочито О. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Anschütz, Verwaltungsgerichtsbarkeit у Handbuch der Politik, 1920; Fleiner, Institutionen, 1928 год. (Флајнерово дело је нарочито инструктивно где је наведено врло много примера и конкретних случајева из административно-судске праксе. Исто тако изнете су исцрпно и разлике у схватањима француских и немачких управних судова); Hatschek, Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts, 1922 год.

основној идеји за углед готово свима континенталним земљама у Европи. Отуда и име томе систему — континентални систем, за разлику од система англо-америчког који је спроведен у малом броју држава, чија је одлика, као што је познато, да редовни судови расправљају и административне спорове. Ова два проналаска француске административно-судске праксе: спор због прекорачења власти и административни уговор, свакако су од интереса за дубље разматрање. Но како је онај први много старијег датума и како је о њему много писано и расправљано, остаје као много интересантнији за излагање овај други, административни уговор.

1

Познато је да предмет управног спора могу бити само она акта управне власти, која она доноси у својству органа државне власти с правом заповедања. Све што је изван овога круга њенога рада, не подлежи разматрању управних судова. Управни судови, као нарочита врста судова, сходно начелу поделе власти према општем француском схватању, имају за функцију и једини задатак да врше судску контролу оних управних аката, која су управо својствена администрацији, а то су тако звана акта власти, у којима се држава јавља према појединцима у улози заповедања. Позвана према данашњем државном уређењу да издаје наредбе у својству извршиоца закона с једне стране, и с друге у својству органа који има у даном моменту по своме дискреционом праву да изналази државне интересе, — она је и ако наоружана том моћи, дужна да управља и заповеда у границама закона. Све повреде у овоме смислу од стране управне власти могу се нападати пред управним судовима, који на тај начин значе судску контролу рада управне власти. Радећи дакле у томе својству а по начелима која су својствена свакој правној држави, држава као управна власт има над собом управни суд. Исто тако с друге стране држава као и свако друго лице, било физичко или правно, нема другог начина да задовољи своје потребе, него путем уговора са појединцима. Кад наплаћује порезе или друге јавне дажбине, или у моменту државне опасности позива грађане у рат, она то чини наредбом, силом своје власти, која и сама има свој основ у закону. Ако јој међутим треба да подиже грађевине за школе, болнице, судове итд., или ако јој треба профијант за војску и остала слична материјална снабдевања, она ће се за то морати обратити појединцима и са њима у томе случају преговарати на равној нози — правити са њима

уговоре. У овом последњем случају, држава се појављује као приватно-правна личност по познатој теорији о фискусу, јер по речима Хачековим држава има Јанусову главу — с једне стране наређује и заповеда, с друге стране тражи и преговара и у томе случају она има над собом грађански суд. Било да она према појединцима не изврши уговор, било да то они не ураде према њој, испуњење уговора не може се тражити т.зв. административном принудом већ помоћу редовнога грађанског суда.

Тако је, по опште усвојеним начелима постављеним у теорији административног права, разграничена надлежност управних и редовних судова. Разматрању првих, као што смо видели, подлеже она акта административне власти која су позната под именом административних аката (l'acte administratif). Овде ваља разликовати административни акт од акта администрације. Акт администрације може бити све што од ње потиче, све оно што долази у њену надлежност: све т.зв. административне операције, вођење административно-техничких послова итд. Административни акт међутим као што је познато, то је такав акт управне власти, којим се производи правно дејство у спољнем свету не само у кругу саме управе већ и према трећим лицима са оном истом правном снагом коју има и судска пресуда. По речима Мајеровим, судска пресуда је начин на који функционише судска власт, административни акт начин на који се испољава радња управне власти. Разматрању других власти а не управних подлеже све оно што није административни акт у његовом горњем техничком смислу, као и оно што нема везе са управном влашћу као таквом тј. кад се управна власт јавља као орган заповедања. Према томе све оне радње у којима се јавља управна власт као претставник државе приватно-правне личности, државе фиска разматрају друге власти а не управне. И тако, редовни, грађански судови, били би надлежни за расправу свих оних спорова између појединаца и администрације који би произишавали из уговора закључених између њих. По нашем позитивном праву, како оном које важи на територији Србије, тако и оном које важи у Словеначкој и Далмацији тј. по аустриском праву, спорови ове врсте долазе у надлежност редовних судова. § 19 Српског грађанског законика у овоме погледу овако се изражава: „И права самога Кнеза и правитељства, која у овом закону извор и опредељење имају, хоће се по овом законнику судити“. У овом је смислу и јудикатура Касационог суда у Србији, по којој кад је једна уговорна страна држава, она се потпуно равна приватном уговорачу (в. О. о. од 23 фебруара 1888 год. бр. 609, која колико

је нама познато није више мењана). Исто је тако и по посебном хрватском праву, које је важило и важи још и данас на територији Хрватске. Што се тиче приватнога права које важи на територији Војводине, које није ништа друго него рецепција угарског права, и како угарско право није било у целости кодификовано већ у великој већини обичајно, то је тако још и данас остало. У Војводини је на основи правних обичаја, расправа спорова из уговора између фиска и појединаца припадала грађанским судовима.

Уговори између државе и појединаца могу бити разнолики, као у осталом и сви приватно-правни уговори. Уговор о закупу, уговор о куповини и продаји, уговор о најму, уговор о уступљењу, уговор о набављању итд. Али за поједине од ових уговора у нашем позитивном праву постоје и нарочити прописи, који се односе на све оне претходне радње које треба да се испуне било од појединаца било од стране државе, па да се може доћи до уговора. Такви су прописи, примера ради да наведемо, они који се односе на уговоре о набављању државних потреба, а који се већином налазе у закону о државном рачуноводству, у закону о администрацији војске и морнарице и др. Том приликом као што се из тих законских прописа види, законодавац поставља извесне обавезе за државу и за појединце, које ови морају испунити да би се до уговора дошло, а које се већином односе на пут и начин које ови има да испуне па да се може приступити уговарању. Један од тих начина, био би на пример јавно надметање — лицитација, које има да буде извршено од стране управне власти по прописима који су за исто постављени. Питање се сада поставља, како треба схватити ову претходну радњу управне власти, да ли као њену чисто управну акцију, дакле административну, или би и то биле радње које она предузима као приватно-правно лице — фиск? Ми мислимо, да је ова радња управне власти јавно-правног карактера, и да се те одредбе односе на државу као управну власт, која као таква има да сврши све тамо поменуте претходне радње, да би на тај начин омогућила држави — фиску закључење потребног јој уговора. Држава — фиск не може одређивати лицитације, пошто јој не достаје право заповедања и издавати опште обавезне прописе, као таква она може само уговарати, али ако она то не може то може држава — управна власт, која се све до момента закључења уговора и појављује као таква. Као што се види, моменат закључења уговора између фиска и појединаца наступа тек онда, када су све ове претходне радње свршене од стране управне власти као

такве, које су јој законом прописане. Дакле, ако је управна власт повредила закон каквим својим актом у извршењу ових претходних радњи, и тиме учинила нешто на штету каквог појединца, овај би се спор имао расправити пред управним судом доследно начелима о административном акту, а према одредбама позитивнога права. На завршетку овога дела, напоменућемо само толико, да је ово питање у пракси код Државног савета било доста спорно и да оно није још довољно пречишћено, да би се јудикатура у овоме погледу узела као стална. У последње време ипак преовлађује гледиште, да су све ове претходне радње прописане законом, обавезне за управну власт, тако да повреда истих може да изазове управни спор који би појединац евентуално могао повести.

2

Држава у улози приватноправне личности, равна се обичном појединцу по прописима позитивног права. Не само наше позитивно право већ и позитивно континентално право овако узима ствар. У овоме питању слажу се и позитивно право и теориска посматрања, а и аутори су у овоме основном питању готово једнодушни. Укратко по позитивном праву постоје само приватно-правни уговори, или другим речима, уговоре познаје само приватно право, у унутрашњем јавном праву уопште не може бити уговора. Јавно-правни уговори не постоје, изузев међународно-правних уговора, уговор о ступању у државну службу и уговор о држављанству на чему се овде за сада не можемо дуже задржавати. Истина постоји несагласност о томе, какав је однос између државе и њених органа приликом ступања истих у државну службу, да ли је то један јавно-правни уговор, закључен између њих, или је то једностранни акт државне власти. Ми само ово овде истичемо потпуности ради, не могући се упустити у расправу тога питања пошто нам то није овом приликом нарочито потребно. Па када је тако, онда се са разлогом поставља питање, од куда поред свега тога појам административних уговора у француском административном праву. На то се питање може одмах дати овај одговор. Административне уговоре не познаје ни ранија теорија француског административног права, ни позитивно право, њих је просто пронашла судска пракса и она им је дала једно нарочито образложење. Али услед сталне јудикатуре француског Државног савета у овоме смислу, почела је у најновије време и наука да испитује основаност оваквог

једног схватања, и покушала је да теорији административних уговора да и једно теориско оправдање.

По тој најновијој теорији, коју најдуховитије заступа професор административног права на факултету у Паризу Гастон Жез (Jèze), има углавном две врсте административних уговора и то: уговори помоћу којих држава врши материјално снабдевање покретним стварима и ти се уговори називају генеричним именованом *marché de fourniture*. У последње време, нарочито после Великог рата француска пракса се враћа на раније гледиште, тј. да ова врста уговора долази у чисте грађанске уговоре, и уговори помоћу којих држава долази до инвестиција, као путева, железница, потребних јој зграда итд. и такви се уговори зову генеричним именованом *marché de travaux publics*. Сви остали уговори, које држава закључује са појединцима то су уговори грађански. Сви ови уговори по њему врло јако личе на уговорне односе који се збивају међу појединцима. На први поглед, каже професор Жез, ови уговори толико личе на уговоре између појединаца, тј. на уговоре из приватног права, да је често пута немогуће повући границу између једних и других. Али је све то по њему само привидно, јер код ових последњих постоји један елемент који се не може наћи у односима између појединаца, а то је да се административни уговори закључују да би омогућили функционисање какве јавне службе.²⁾ Према томе увек кад је у питању функционисање какве јавне службе, онда се у погледу уговора који су у томе циљу закључени, не примењују одредбе приватног права већ морају се применити основни принципи који постоје у јавном, односно административном праву. Међутим за овакво разликовање тешкоће се појављују у томе, што нема у француском законодавству и изречних прописа, по којима би се све ово могло и извести. Зато каже професор Жез, не остаје ништа друго, него да се појам административних уговора изведе из принципа које је поставила јудикатура француског Државног савета.

Пошто не можемо улазити у детаљну анализу Жезових излагања, изнећемо их што краће у изводу. Његова је основна поставка, да је позитивно право у једној земљи само оно право како је оно у пракси примењивано од стране судова. Према томе треба утврдити, да у садањем француском праву постоје административни уговори као засебна врста уговора, различни од приватно-правних, само зато, што су до оваквог сватања

²⁾ Jèze: Les contrats administratifs, (Révue de Droit Public t. XLII, № 2, 1925).

дошли административни судови у пракси. Аргументи за ово извучени су дакле из живота, из судске праксе, наиме: под административним уговором треба разумети све оне уговоре, закључене од стране администрације у циљу обезбеђења функционисања једне јавне службе, а који су тј. ти уговори регулисани специјалним одредбама различним од оних које регулишу обичне приватне односе између појединаца. Главније од тих одредаба односе се: на форму уговора, затим на овлашћење администрације да може и путем једностраног акта постићи правилно извршење уговора, на извесне олакшице које се изузетно дају приватним уговорачима приликом извршења њихових обавеза, на надлежност управних судова за пресуђивање спорова који могу произаћи из оваквих односа. Да би се могле применити све ове специјалне одредбе, Жез мисли, да није довољно само то, да један уговор буде закључен са администрацијом, већ је потребно да постоји елемент о коме је већ било речи, а то је да сама садржина уговора има за циљ осигурање функционисања какве јавне службе, а осим овога елемента још један, који је у Жезовој теорији од пресудне важности, а то је, да саме странке потписивањем условника посредно желе, да за њих важи у место чистог режима приватног права, режим административни.

Постављена једанпут у пракси, створена јудикатуром Државног савета, теорија административних уговора прихваћена од стране теоретичара не добија у светлости науке своју дефинитивну основу. У својим схватањима о правној природи ових уговора, као и о условима за њихово постојање теоретичари се не слажу. Познати француски правни научник Диги стоји на гледишту, да између грађанских и административних уговора нема основне разлике у погледу њиховог правног карактера: и једни и други остају оно што су, двострани правни послови. Укратко и једни и други долазе у ред контракта. То што се административни уговори ипак расправљају пред административним судовима долази једино отуда, што се они закључују у једном нарочитом циљу, у циљу обезбеђења функционисања јавне службе, као што је у осталом исти случај и са трговачким уговорима, који се закључују поводом каквог трговачког посла, и спорови који отуда могу произаћи расправљају се пред трговачким судовима. Морис Орију заступа у главном ово гледиште, али се од горе наведеног аутора у толико разликује, што се је приближио становишту судске праксе, које је мало час наведено. По њему, неће бити административног уговора, ако какво удружење приватних железница или пароброда, да узмемо ово за пример, врши

пренос за рачун администрације, зато што и сама администрација пристаје да се тај пренос врши под истим условима који важе и за приватна лица. И ако овде постоји донекле елеменат обезбеђења јавне службе, ипак ово неће бити административни уговор већ прост грађански уговор. Дакле елеменат обезбеђења јавне службе није одлучујући критеријум у појму административних уговора по овом аутору. Оба ова гледишта Жез критикује на следећи начин: то што су административни судови надлежни дужни за расправу спорова из административних уговора, долази једино отуда, што за те уговоре важи један специјалан правни режим; елеменат од битне важности у појму административних уговора јесте баш то, што су ти уговори подвргнути нарочитим одредбама. Те се одредбе по њему састоје у овоме: последице које проистичу из административних уговора нису исте са онима које проистичу из грађанских уговора. Онај који закључује један административни уговор узима на себе у исто време прећутну обавезу, не само да не смета функционисању какве јавне службе већ напротив да је и сам олакша. Грађански уговори претпостављају уговарајуће стране на потпуно равној нози, овај последњи напротив претпоставља клаузулу неједнакости: држава уговарач претставља јаван интерес који је претежнији, појединац приватни, свој лични. Појам јавне службе намеће обавезу и ономе ко се административним уговором везује, да пази првенствено на задовољење јавног интереса па тек онда свога. Према Жезу дакле, административни уговори јесу предмет надлежности административних судова, према данашњем схватању у судској пракси не толико, што ти уговори имају за циљ обезбеђење јавне службе, колико зато, што у даном случају постоје нарочити прописи којима су нормиране правне последице које из овог уговора проистичу а које су мало час напред изнете. Ове нарочите прописе, држава поставља од случаја до случаја: то нису општи прописи којих се она мора увек држати. Ако држава ове прописе не постави у једном конкретном случају, то неће бити административни уговор стога, што сама држава није хтела да се стави под изузетни режим, па макар били у питању већ поменути послови — *marché de fourniture* или *de travaux publics*. На њој је самој да оцени хоће ли у закључењу уговора поћи једним или другим путем. Ваља напоменути, да је француска администрација, ретко кад од овог правила отступила. По правилу, она је при пословима ове врсте, бирала овај други пут.

Далеко би нас одвело кад би се упустили у суптилнију анализу овога питања. Ми смо сматрали за дужност, да изнесемо

ову интересантну новину у француском јавном праву, и да за тренутак скренемо пажњу на то, да је стварањем оваквог једног правног института као што је административни уговор, на један непосредан начин указано да су у пракси могући уговори и у унутрашњем јавном праву, једно схватање потпуно противно до садањем правном искуству и утврђеним начелима у правној науци. Као што се види, живот који непрестано тече, и правни саобраћај нашег сложеног индустриског доба, истакли су и створили нешто ново, о чему се у правној теорији све до скоро није ни помишљало. При крају овога дела наших излагања, морамо потпуности ради напоменути, да не треба мислити да се по француској судској пракси могу са државом закључивати само административни уговори. Поред административних уговора могу се, по француском праву, закључивати са државом и приватно-правни, грађански уговори које држава у улози приватне личности закључује са појединцима. То ће бити увек случај, када држава има и мора да изврши такве послове које уопште могу само појединци извршивати, што значи сви они правни послови који не долазе у појам јавне службе, нити тангирају јавни интерес. На пример кад држава ради експлоатације свога приватног имања, даје ово под закуп да би постигла бољу цену. Ту није у питању никаква јавна служба, већ државно приватно имање. Према томе, као што се види, у француском праву имамо две врсте уговора које држава у опште може закључивати са појединцима, с једне стране административни уговор, с друге грађански. У првом случају, држава и појединац иду пред административни суд, у другом по чисто фискалном начелу, држава и појединац иду пред редован грађански суд. И у једном и у другом случају, по схватању судске праксе, сам акт који држава предузима јесте и остаје само један уговор. Само што је у овом првом случају тај уговор јавно-правног карактера, административни уговор, у оном другом случају, то је уговор правно-правни, грађански уговор. Једно интересантно правничко схватање, да у односима у унутрашњем праву, има и две врсте уговора и приватно-правних и јавно-правних, и ако је сам уговор као правни институт као што је познато својствен само приватноме праву, наравно са ограничењем које смо раније изнели у погледу међународно-правних уговора и држављанства.

Остаје још да се објасни, који су то специјални прописи, специјалан режим, коме су подвргнути административни уговори, најважнији елеменат који је судска пракса узела за ознаку административних уговора. Одмах морамо казати, да ти специјални

прописи нису изражени у позитивном праву, дакле такви прописи не постоје ни у законима, ни у уредбама, нити наредбама од општег значаја, који би на један општи начин, као и сви правни прописи, под резервом законитости, везивали и управу и појединце. То су правила која управна власт поставља по својој сопственој иницијативи, од прилике на онај исти начин као што се код нас уговори о државним набавкама и у опште о државним потребама, закључује под условима који су постављени у т. зв. условницима, које прописује сама управна власт, само са том разликом, што француска администрација поставља ова правила аутономно од случаја до случаја као што смо већ напоменули, док су код нас ови условници регулисани правним прописима (законима, наредбама, правилницима). Те условнике, управа увек поставља, кад једним уговором који закључује са појединцима, жели да јаче осигура потребе које су од утицаја и у вези са функционисањем какве јавне службе. Као што се из овога види, тај специјалан режим није санкционисан никаквим законским прописима, већ је постављен од саме управне власти. Појединци који пристану да се подвргну овим прописима при закључењу уговора са државом, самим тим, по схватању судске праксе закључују административни уговор. У исто време, закључујући на овакав начин уговор са администрацијом, појединци се самим тим прећутно стављају под тај режим из кога проистичу једностране користи за управну власт регулисане од њене стране административним путем, те на тај начин они пристају и на надлежност управних судова.

Међутим, у случају чисто приватно-правних уговора, као што их назива француска судска пракса, овај је режим немогућ, пошто се ту не ради ни о каквом јавно-правном интересу, каквој јавној служби, већ о таквим правним пословима који могу бити својствени само приватним лицима, те се и управна власт ту појављује само као приватно-правно лице. У ранијем примеру кад држава издаје под закуп једно своје земљиште, које спада у њен приватни домен у чисто фискалном интересу то се најбоље види, тј. она овај посао не предузима у интересу какве јавне службе, већ у интересу своје касе, да би на тај начин повећала своје приходе итд. О уговорима ове врсте расправља се и у немачкој правној књижевности (в. нарочито О. Мајер, Флајнер, Хачек, Фром и други.³⁾

³⁾ Нарочито Fleiner, op. cit.

Питање се сада поставља, да ли је теорија успела да ову творевину француске судске праксе постави на једну чврсту основу и да јој да једно оправдано теориско објашњење?

Са гледишта општих начела постављених како у приватном тако и у јавном праву, као и са гледишта теорије о правној личности државе, административни уговор је немогућ. Он би био нешто што стоји по среди, а то је за сада према правним схватањима немогуће замислити. Држава као друштвена заједница са моћи заповедања, а у својству управне власти као извршилац закона, може издавати само ауторитативна акта, тј. своју радњу у томе смислу она може регулисати једнострано само административним актима, која су у теорији позната под именом аката власти, или може исто тако, да опет у циљу задовољења јавног интереса, врши т. зв. административне операције и да врши и техничке послове који су јој потребни; дакле као претставник државне власти управа може радити само на тај начин. Све што према једном утврђеном правном поретку не може да уради на тај начин, она је принуђена да са појединцима уговара. Немогући да заповеда она мора да тражи услуге, не из своје властите моћи, већ по принципу *do ut des*, а у томе случају она ступа у правни саобраћај као фиск, као приватна личност, без обзира на то, да ли то захтева одржање једне јавне функције или је у питању њен чист фискални интерес. Држава не може ништа наметнути појединцима што јој није законом дозвољено, па им путем властите моћи не може наметнути ни уговорне обавезе. Природа уговора састоји се у слободном обавезивању по принципу равноправности уговорача. Као равноправни уговорач, она им не може наметнути ни надлежност управног суда, нити ма какве друге обавезе каквим својим једностраним актом. У случају да појединац на ово пристане, ипак немамо никакав уговорни однос па следствено ни административни уговор. То што држава прописује у својству фиска условнике, и ствара тај т. зв. специјалан режим, то су само услови постављени од њене стране, од стране државе — фиска, и појединаца ако на овакве услове пристају они су самим тим закључили са државом један у ствари обичан грађански уговор али не и административни као што се то замишља у француској судској пракси. Из тих разлога и ова институција, коју је створила судска пракса, носи основну противречност у себи самој.

Не само што су административни уговори немогући са гледишта општих правних начела као што смо то напред изнели, него су као што се види, и сама теориска схватања, која су покушала да их образложе као новостворени правни институт, несагласна у погледу критеријума који би био од пресудне важности за оцену питања када постоји административни уговор а када прост грађански. Док је то по једнима обезбеђење функционисања јавне службе, и као такав потпуно довољан, дотле по другима од важности је специјалан правни режим који је у конкретном случају постављен, по једнима опет потребно је да се испуне оба ова услова, итд. Као што се види, критеријум врло несигуран и одвећ формалан. Према томе кад се све ово сведе, онда остаје овај резултат: административни уговор није могуће дефинисати као један правни институт који би заузимао једно засебно место у реду правних института било приватног било јавног права. У приватном праву немогуће га је схватити с тога, што би се по општим принципима у њему постављеним, овај већ исцрпео у самој појму уговора. По томе он би био само један уговор и ништа више. У јавном праву опет немогуће га је схватити зато, што јавно право, бар унутрашње, не почива на систему уговора, већ с једне стране на систему правних норми, с друге на систему једностраних ауторитативних аката. Кад га је немогуће овако схватити, онда остаје само да се утврди да је административни уговор један правни феномен, који уз пркос свему овоме до сада изнетом, фактички постоји. Судска пракса дошла је до њега из нарочитих практичних разлога, а ти су разлози били у већини случајева заштита државних интереса и на пољу њених уговорних односа. Једно интересантно статистичко схватање под владом економског индивидуализма и слободу уговарања.

Морамо међутим напоменути да са практичне стране, а по гарантијама које даје француски Државни савет у погледу непристрасности пресуђивања спорова, нема готово никакве разлике у томе, да ли ће се ти спорови расправљати пред административним или редовним судовима. Ауторитет који Државни савет ужива у Француској толико је велики да он готово премаша онај редовних судова. Познато је, да је француски Државни савет у току већ тако дугог времена од како постоји, успео да својом праксом створи административно право и да на њему лежи та заслуга што су субјективна права појединаца и у јавном праву нашла солидну заштиту.

Нека нам буде допуштено, да макар и само летимично, бацимо један кратак поглед на питање у погледу схватања наше административно-судске праксе по овој ствари. Ако оставимо на страну ранију праксу, ону пре видовданског Устава, када је Државни савет био само један рудиментаран административни суд, и чија је пракса с погледом на ово питање била крајње колебљива остаје нам да видимо на коме становишту у овоме погледу стоји данашњи Државни савет и уопште управно-судска пракса. Према схватању нашег Државног савета и управних судова, сви уговори које држава закључује са појединцима јесу приватно-правни. То долази отуда што је код нас, сасвим противно, него што је случај у Француској, ова материја регулисана законима и уредбама, на име: Грађанским закоником, Законом о државном рачуноводству, Правилником за његово извршење и осталим правилницима који су са њим у вези; даље разним другим законима и уредбама који су са овима у вези, као на пр. Закон о администрацији војске и морнарице и др. У напред је регулисано какве опште обавезе може на себе узети држава — фиск када са појединцима ступа у уговорне односе; та правила за државу — фиск поставила је државно-управна власт. Све клаузуле које су стипулиране у овим прописима закона и уредаба, а које се односе на цео онај поступак који претходи закључењу уговора, постављене су у самој ствари само за управну власт, и она је на један такав начин везана, да држави — фиску може допустити да ова са појединцима може уговарати само на онај начин, како је предвиђено тим прописима закона и уредаба. Али чим се и појединци сложе са управном влашћу у погледу услова и одредаба тамо постављених, од тога момента сматра се да је уговор закључен, по себи се разуме грађански уговор. Сви спорови који одатле могу произаћи иду сасвим природно пред редован грађански суд. Јер, ма колико да постоје ови законски прописи у погледу општих услова за закључење уговора, који су тако да се изразимо, наметнути администрацији, ти прописи не могу ићи даље од тога. Треба само замислити случај, да се ни један појединац не одазове лицитацији зато што се не слаже са одредбама које горе изнесосмо или са условником постављеним у конкретном случају од стране управне власти, па видети, колико овај домен администрације у самој ствари подлежи расположењу и вољи појединаца. У томе случају администрација би била приморана да мења услове како би се могла споразумети са појединцима, и тако на послетку доћи до задовољења својих потреба. Овде се не узимају у обзир они уговори који немају везе за извршење какве

јавне службе, и за које у опште не важе одредбе Закона о државном рачуноводству. То би били они уговори, који се у Француској зову *contrat du droit civil*.

Од ових прописа, који су садржани у законима и уредбама и који постављају општа и начелна наређења за администрацију, ваља разликовати т. зв. појединачне услове, за које је администрација слободна да поставља по својој вољи у сваком конкретном случају, и ти услови следствено улазе у саставни део самога уговора. Ми смо напред напоменули, да је јудикатура нашег Државног савета после видовданског Устава, стала на једно начелно гледиште, да су за спорове који могу проићи из уговора појединаца са администрацијом, надлежни редовни судови. Али као што смо уз то напоменули, ово гледиште није конзеквентно спровођено. Било је случајева да су разна одељења, одредбе из Закона о Државном рачуноводству и Правилника за његово извршење, схватала разнолико. Нека су одељења узимала да су те одредбе јавно-правног карактера, друга на против, да су те одредбе специјалне природе и да су оне саставни део самог уговорног односа између државе и појединаца. Зато су та одељења одбијала, да спорове који одатле потичу узимају у расправу, налазећи да су за те спорове надлежни редовни судови. Али било да је ово од стране управних судова схваћено на један или на други начин, није се код нас у пракси никада долазило на идеју административних уговора. Оно прво схватање било је само управљено на то, да је у конкретном случају у спору административни акт, ово друго да је то један обичан грађански уговор. Ми мислимо, да је ово прво мишљење исправније. Јер, пре тога тј. пре самог закључења уговора, све радње које управна власт мора да изврши према напред поменутих законским одредбама, и које она, што је врло интересантно, предузима у својству не државе-фиска већ државе-управне власти, она ово предузима или путем који је најобичнији администрацији, путем административног акта, или путем административно-техничких операција, према томе како је законом одређено. У случају да је она једним оваквим административним актом повредила право каквога појединца, овај може употребити правно средство на административни суд. Дакле, као што се види, и законодавство и судска пракса нису ове радње управне власти схватиле као административни уговор, чак ни као једну врсту пунктације, већ као акта административне власти све до момента док уговор не буде закључен а тај уговор може бити само грађански, пошто других уговора нема. Моменат закључења уговора почиње од постигнуте сагласности уговара-

јућих страна, тј. чим се воља администрације и воља појединаца сложе. Јасно је дакле, да сви спорови који после овога момента могу проићи, могу бити надлежност разматрања само редовних судова.⁴⁾

⁴⁾ Овај рад штампан је пре неколико година у Браничу. Сада се даје поправљен и измењен, на основу новије литературе која се за ово последње време појавила.

Уверење судије као мерило спорног износа тражбине

од

д-ра Чедџе Марковића,
професора Универзитета
Београд

Кад се спорни износ тражбине „не може доказати никако или са несразмерним трошковима“, суд га може „по слободном уверењу одмерити“ (§§ 369 и 504 Законика о судском поступку у грађанским парницама).

За објашњаваоца тога прописа постављају се, поред осталих и два питања, која су више теориског но практичног значаја, и којима, можда због тога и није посвећена нарочита пажња. Једно од њих је: је ли коректно рећи „слободно“ уверење? Оно се поставља свуда где је тај израз употребљен, а употребљен је и на више места у Законнику о судском поступку грађанским парницама (§§ 362, 368, 369, 391, 392, 395, 411, 423, 463, 479, 504, 557, 607), и у Законнику о судском кривичном поступку (§ 274), и у убвеницима и расправама из области грађанског и кривичног поступка. — Друго питање гласи може ли судија стећи уверење о спорном износу тражбине?

Атрибут „слободно“ уверење плеоназам је. У појму „уверење“ садржана је слобода истога. Оно се о нечему може имати или немати, али ако се има и не може бити друкчије него слободно. Не — слободног уверења нема. Разуме се, при употреби тога израза није мишљено на детерминизам и на индетерминизам, као што није мишљено на то да се њиме покрију произвољност или самовоља. У закон је унесен свакако више језиковном пометњом но промишљеним избором израза. Место „по слободној оцени“ или просто „по оцени“ (§§ 164, 363, 379, 410, 470, 592), тј. по оцени, коју сам судија има да изврши у сваком конкретном случају, или место „по свом уверењу“ (§§ 146, 243, 473), до кога је дошао или које је стекао „по слободној оцени“, стављено је по слободном уверењу. Та пометња могла је доћи и због супротности између законске доказне теорије и теорије слободне оцене доказа. Могло се је изгубити из вида, да се код примене законске доказне теорије и не ради о уверењу судије, да би могло бити речи и о неком његовом не — слободном уверењу. Ту судија, како је то правницима опште познато, као правник само оцењује, да ли су испуњене законске претпоставке, под

којима је он обавезан да одређену чињеницу прими или не прими за доказану.

У уверењу има нечега душевног, немерљивог и непроверљивог и за друге и за онога о чијем се уверењу ради. Слободна оцена је у области духа, у области логике, у области искуства, и само преко тих области и оцена и уверење оцениоца као резултат његове оцене подлеже и контроли других и контроли самог оцениоца. И стога се код примене теорије слободне — судијске — оцене доказа не би ништа изгубило, ако се не би оперисало не само са „слободним“ уверењем, него ни просто са „уверењем“. Са њим се не оперише ни у области приватног права, у којој судијина оцена многих претежно фактичких питања (морал, правичност, социјална правда, обичај, савесност, поштење, зломисленост, важни разлози, целисходност, смисао изјављене воље, злонамера, непажња и њени степени, морална штета итд.) није мање важна од слободне оцене доказа.

Загонетка је „одмеравање“ спорног износа тражбине „по слободном уверењу“. О чему треба да је то уверење? Ако је „слободно уверење“ о висини спорног износа, како тај износ има још да се одмери по том истом „слободном уверењу“?

Спорни износ тражбине може се слободно оценити односно одмерити према „околностима које су меродавне да се одмери износ“ (друга реченица поменутог § 369), не може се, чини ми се, стећи уверење о висини спорног износа, који се, „не може доказати никако“.

Околности за одмеравање спорног износа су нешто објективно, одмеравање је рачунска ствар, мерило је изван мене. Тај износ могу да оценим, али ми остају безуспешни сви покушаји, да ми, и без оцене, моје уверење каже, да је он, рецимо, 2356, 3700 или 5624 динара.

Између одмеравања спорног износа по „слободном уверењу“ и одмеравања „по правичности“ треба да постоји (према мотивима за изворник поменутог § 369) „дубока разлика“. Ако се она састоји у томе, да се при одмеравању „по слободном уверењу“ не узима у обзир имовно стање парничних странака, значи да одмерени спорни износ треба да одговара правом стању ствари, тј. да је толики колики је стварно. Слободном оценом то се може бар приближно постићи, не и „слободним уверењем“, ако оно не значи исто што и слободна оцена.

Probleme der Neuordnung des Privatrechts

von

Dr. Ernst Swoboda,

Universitätsprofessor und Oberlandesgerichtsrat,

Graz.

I. Einleitung.

Nach dem Ende des Weltkrieges nahmen die neu entstandenen oder vergrößerten Staaten Mitteleuropas sehr bald die Neuordnung ihres Privatrechtes in Angriff.¹⁾ Das ergab sich naturnotwendig aus der Verschiedenheit der Privatrechtsordnungen in den einzelnen Teilgebieten dieser Staaten, die am schärfsten in Polen zu Tage trat, weil dort in den einst zu Österreich gehörigen Teilen das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, im ehemaligen Kongresspolen der Code civil, in den einst reichsdeutschen Gebieten das deutsche BGB. und in verschiedenen Bezirken Ostpolens russisches Recht galt. Wie in Polen waren auch in den anderen Staaten die Bestrebungen auf eine Vereinheitlichung des Privatrechtes gerichtet.²⁾ Darin bestand ihr wesentlicher Zweck. Besonders erfreulich war es aber, dass im Laufe dieser Beratungen in Jugoslawien und in der Tschechoslowakei gerade das ABGB. die weitgehendste Würdigung bei den Gesetzgebungsarbeiten gefunden hat.

Das gilt nicht nur vom Gesichtspunkte der Rechtskontinuität, weil das ABGB. schon bisher in dem Grossteil dieser Staaten teils in der früheren Fassung, teils mit den 3 Teilnovellen in Kraft stand und auch das serbische Gesetzbuch nach Perić's Feststellung im Wesen nur eine gekürzte Übersetzung aus dem ABGB. bildet,³⁾ sondern noch mehr vom Gesichtspunkte einer modernen Gestaltung des Privatrechtes.⁴⁾

1) Jetzt hat auch Italien seinen neuen Entwurf eines Zivilgesetzbuches veröffentlicht.

2) vgl. das Referat von Longchamps de Berier auf dem slavischen Juristentag in Bratislava (Pressburg) 1933. in *Przegląd prawa i administracji* 1933.

3) Perić in Schlegelberger, *Rechtsvergleichendes HWB.* I, 234.

4) Swoboda, *Il diritto civile dell' avvenire*, übersetzt von Perticone: *Rivista internazionale di filosofia del Diritto* X, 333 ff.; Swoboda, *Das Privatrecht der Zukunft*, Berlin 1932, und *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* XXV, 459 ff.; vgl. dazu Dikoff, *Rivista internazionale di filosofia del Diritto* XI, 153 ff.; Perticone anerkennt den »Zukunftscharakter« des ABGB.: »carattere per così dire, avveniristico«, (*Perticone, La proprietà e i suoi limiti* 61).

Es ist der letzten Zeit vorbehalten geblieben, mit Hilfe der philosophischen Grundlagen des österreichischen Gesetzbuches seine Vorzüge gegenüber den neuen Gesetzgebungswerken aufzudecken und den Beweis dafür zu erbringen, dass dieses alte Gesetzbuch moderner gedacht und moderner gestaltet ist, als alle übrigen Gesetzbücher, und dass nur die Nichtbeachtung des philosophischen Fundamentes, das Zeiller auf der ersten Seite seines Kommentars als die „erste der Vorkenntnisse“ zum Verständnis des Gesetzbuches bezeichnet hatte,⁵⁾ zum Teil allerdings auch die veraltete Ausdrucksweise einzelner Bestimmungen es verhindert hatten, diese Eigenschaften des Gesetzbuches früher, in den Zeiten der Herrschaft eines ungehemmten Materialismus zu erkennen, der auch die Philosophie zu seiner dienenden Magd erniedrigt, und deshalb besonders die grossen Grundgedanken des Rechts einer unfruchtbaren Zerfaserung unterworfen hatte. In zwölfter Stunde ist diese Aufdeckung gelungen und wir wollen hoffen, dass sie zum Heile der verschiedenen Völker in den einzelnen Staatswesen bei der Neuordnung ihres Privatrechtes gereichen möge.

Während der Bemühungen um das Zustandekommen einheitlicher Gesetzgebungen hat sich eben ein bedeutsamer Umschwung der Rechtsanschauung vorbereitet, der die Gesetzgebungskommission vor völlig neue, zuerst kaum in Betracht gezogene Probleme stellte. Die ungeheueren wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und staatlichen Umwälzungen der vergangenen Jahrzehnte konnten nicht spurlos an dem Bau des Privatrechtes vorübergehen, mit dem der Einzelne aufs innigste verbunden ist, mit dem er täglich, stündlich in Berührung kommt und dessen Vorschriften dazu bestimmt sind, das wirtschaftliche Leben zu ordnen und zu beherrschen. Angesichts dieser gewaltigen Umwälzungen ist auch der Glaube an die alleinige Mission des „reinen“ Positivismus vielfach ins Wanken geraten.⁶⁾ Der Leitgedanke des Positivismus, der dem Richter nach Kelsen jedes Eindringen in die Gründe der Gesetzgebung verbietet und eine Dynamik des Rechts eigentlich nur im Wege der Gesetzgebung anerkennt, versagt gegenüber dem jagenden Tempo der Gegen-

⁵⁾ Zeiller, Kommentar zum ABGB. I, 1; vgl. E. Weiss, Prager jur. Vierteljahrschrift 1926, 183 ff.

⁶⁾ Schönfeld, Der Traum des positiven Rechts, Archiv für zivilistische Praxis 1931, 81 ff.; Swoboda, Sonderbericht zu dem Thema: „Les diverses sources du droit, leur équilibre et leur hiérarchie dans les divers systèmes juridiques“, erstattet dem Congrès International de Droit comparé im Haag, 1932, Österreichische Richterzeitung 1933, 56 ff.; Riezler, Das Rechtsgefühl, 21; vgl. schon Feuerbach, Über Philosophie und Empirie, 1804, S. 8 f.

wart. Er lässt sich am wenigsten für das Gebiet des Privatrechtes verteidigen, dessen Bestimmungen dauernder Natur sein müssen, um der Wirtschaft das nötige Vertrauen einzuflössen, denn zum Gedeihen ihrer Entwicklung muss das bürgerliche Gesetzbuch im Gegensatz zu der ständig wechselnden politischen Gesetzgebung — wie schon Zeiller feststellte,⁷⁾ und ebenso neuestens Riezler bei der Besprechung des italienischen Entwurfes zum Ausdruck bringt — der „ruhende Pol in der Erscheinungen Flucht“ sein.⁸⁾

Deshalb geht es aber auch nicht an, das einzige Heilmittel zur rechtlichen Beherrschung der gerade in der Gegenwart immer wieder ungeahnt und überraschend auftauchenden Neuerscheinungen in der nur zu oft von widerstreitenden Mächten regierten und daher der Einheitlichkeit entbehrenden Tagesgesetzgebung zu suchen. Sonst müssen wir die im Jahre 1848 erhobenen Vorwürfe Kirchmanns über das Nachhinken der Gesetzgebung hinter den Erscheinungen des Lebens⁹⁾ auch heute noch gelten lassen. Die Lösung muss tiefer gesucht und versucht werden.

II. Die Grundgedanken der Rechtsordnung und ihr Verhältnis zur Idee des Rechts.¹⁰⁾

Es war ein Verhängnis, dass die in der historischen Schule herangebildeten Juristen vielfach eine ihrer Hauptaufgaben darin erblickten, den Glauben an die Bedeutung der grossen Grundgedanken des Rechts systematisch zu zerstören, weil sie ihnen noch immer den entehrenden Stempel naturrechtlicher Prägung zu tragen schienen. Bei diesem vermeintlichen „Reinigungsprozess“ wurde wieder einmal das Kind mit dem Bade ausgegossen und die dadurch eingeleitete Entwicklung führte folgerichtig dazu, dass dem Recht seine Seele geraubt wurde.¹¹⁾ Es ist nicht wahr, dass diese grossen Grundgedanken nur leere Schlagworte, nur Schablonen sind, die den Juristen nichts zu sagen haben. Sie bilden die Grundlage des Rechts und seine Rechtfertigung, denn ohne ihre Beachtung wird die Rechtsnorm vielfach haltlos und namentlich auf dem Gebiete der Lücken des Rechts zum beliebigen Spiel mit den logischen Hilfsmitteln der Analogie und des argumentum e contrario, weil beide zu-

⁷⁾ Zeiller, Vorbereitung zur Gesetzkunde I, 52 f.; Swoboda, Das ABGB. im Lichte der Lehren Kants, 153 f.

⁸⁾ Riezler, Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, VII 207.

⁹⁾ Kirchmann, Ueber die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft.

¹⁰⁾ Swoboda, Das Privatrecht der Zukunft, 15 ff.

¹¹⁾ Swoboda, Das ABGB. im Lichte der Lehren Kants, 171.

sammen die bequeme „Schaukel“ bieten,¹²⁾ um nach Belieben einen Rechtsfall im bejahenden oder verneinenden Sinne zu entscheiden. Um eine solche, eines Rechtsstaates unwürdige Möglichkeit zu vermeiden, bedarf es in derartigen Fällen des Rückgriffes auf den Zweck des Gesetzes, in letzter Linie auf die grossen Grundgedanken des Rechts, die seine Idee verwirklichen helfen, denn nur dadurch wird dem Richter auch auf dem Gebiete der Lücken des Rechts eine feste Richtschnur gewährt, die es ihm gestattet, einen sicheren Gang zu tun.“¹³⁾

Was verfehlt war an der Auffassung der alten Naturrechtslehrer, das war der Glaube an die „Unabänderlichkeit“ seiner Vorschriften.¹⁴⁾ Damit versündigten sie sich an den Geboten des Fortschrittes. Damit hing es zusammen, dass sie auch die leitenden Gedanken nur statisch, als starre Grössen auffassten. Schon der philosophische Ursprung dieser Leitgedanken aber hätte sie zur Erkenntnis führen sollen, dass sie nicht bloss als Schablonen gehandhabt werden dürfen. Eine so handwerksmässige Behandlung steht im schroffsten Widerspruch zu dem Geiste der Philosophie, der uns niemals von der Notwendigkeit und Pflicht des „Selbstdenkens“¹⁵⁾ entbindet und der daher auch für die Anwendung dieser Leitgedanken gelten muss, die der Philosophie entstammen.

Kant hat diesen Fehler der alten Naturrechtslehrer vermieden. Er hat nur den Grundgedanken des Rechts „Ewigkeitswert“ zuerkannt, aber auch ihnen nur als „regulativen Prinzipien“¹⁶⁾ der Rechtsordnung. Das Recht ist nicht Selbstzweck. Es hat dem Leben zu dienen und sein Wesen ist nach Savignys treffenden Worten nichts anderes als das Leben selbst, von einer besonderen Seite angesehen.¹⁷⁾ Deshalb muss es den Forderungen des Lebens und damit den Forderungen der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Entwicklung Rech-

¹²⁾ Jung, Das Problem des natürlichen Rechts, 130 f.

¹³⁾ Kant, Was ist Aufklärung? Kirchmann-Ausgabe, 112.

¹⁴⁾ Svoboda, Das Privatrecht der Zukunft, 14 ff. Deshalb sagt heute Capitant: «le Droit naturel.. est.. essentiellement variable et progressif», T. I, Nr. 3 p. 4.; vgl. v. Koschembahr-Lyskowski, Les dispositions de la loi et le Droit, 18 f.

¹⁵⁾ Nach Kant ist es »der Beruf des Menschen, jederzeit selbst zu denken«, (Kant, Was ist Aufklärung? 111 ff.; Svoboda, Das ABGB. im Lichte der Lehren Kants, 147 ff.).

¹⁶⁾ Kant, Rechtslehre, Einleitung IV, S. 21; Kant, Kritik der Urteilskraft, § 76, S. 283; Svoboda, Die philosophischen Grundlagen des österreichischen bürgerlichen Rechts, Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht II, 341. In dieser Funktion sind sie auch heute noch nicht überholt, Rouček, Právny obzor 1926, 528; Emil Svoboda, Sborník věd právních a státních 1927, 103.

¹⁷⁾ Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung, 3. Aufl. 30.

nung tragen. Deshalb muss auch das Recht sich zur Fortbildung eignen. Auch die Grundgedanken des Rechts sind nur die „Inspiratoren“¹⁸⁾ der Rechtsnorm und deren „Regulatoren“. Schon daraus ergibt sich ihre dynamische Natur und erst die Erkenntnis dieser Natur macht sie dauernd brauchbar für die Zwecke der Gesetzgebung und Rechtsanwendung. Für ihren Inhalt und Umfang aber wird entscheidend die Eingliederung der Interessen des Einzelnen in jene der Gesamtheit und daher die Struktur der Gesellschaft, welche die Menschheit in einer bestimmten Kulturperiode erreicht hat.

Es war ein Meistergriff Kants, dass er die Idee des Rechts erst in ihrer Zusammensetzung aus den leitenden Gedanken der Rechtsordnung zu erklären suchte.¹⁹⁾ Zu diesen Elementen der Rechtsidee gehört vor Allem der Gedanke der Gerechtigkeit.²⁰⁾ Zu ihr tritt aber ergänzend und sie umfassend der Gedanke der durch die Gegenseitigkeit und durch die Eingliederung des Einzelnen in die Gesamtheit beschränkten Freiheit des Einzelnen.²¹⁾ Mit beiden untrennbar verbunden ist schliesslich der Grundgedanke der Gleichheit vor dem Gesetz. Diese grossen Grundgedanken charakterisieren die „Dreieinigkeit der Rechtsidee“.²²⁾ Sie haben keinen ein für allemal fest bestimmten Inhalt, sondern bedeuten nur die notwendigen Richtlinien für die Verwirklichung der Idee des Rechts.

Das ist der Kern von Kants Rechtslehre, den Zeiller, der Verfasser des ABGB., im Geiste Kants herausgeschält und für die Zwecke seiner Gesetzgebung verwendet hat. Es konnte keine grössere Verirrung geben als die einseitige Auffassung der Lehren Kants im Sinne des entarteten Materialismus und damit im Sinne eines ausgeprägten Individualismus. Eine solche Einseitigkeit ist dem geistigen Weltbeherrscher Kant durchaus ferne gelegen. Gerade

¹⁸⁾ Bonucci, Die Kritik des positiven Rechts, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, VII, 249. Sie verkörpern in ihrer Gesamtheit das, was Sauer als das „juristische Grundgesetz“, als die Idee, den Zweck und den Sinn des Rechts bezeichnet, Sauer, Die Wirklichkeit des Rechts, 31.

¹⁹⁾ Sie sind „blosse Glieder der Einteilung unter einen höheren Rechtsbegriff.“ Kant, Einleitung in die Rechtslehre, Einleitung B. S. 40 f.; Svoboda, Franz von Zeiller, der grosse Pfadfinder der Kultur, 44; Tomsa, Právny obzor, 1926, 436 f.

²⁰⁾ Kant hat ihn so hoch eingeschätzt, dass er den Ausspruch tat: „Wenn die Gerechtigkeit untergeht, dann hat es keinen Wert mehr, dass Menschen auf Erden leben.“ Kant, Rechtslehre II, § 49 E, I.

²¹⁾ Zeiller, Das natürliche Privatrecht, §§ 2—5; Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 55 f.

²²⁾ Svoboda, Das Privatrecht der Zukunft, 20.

er hat die unbeschränkte zügellose Freiheit ein „Unding“ genannt²³⁾ und deshalb immer wieder die Notwendigkeit der Einfügung der Auswirkungen des Freiheitsgedankens in ein „allgemeines Gesetz“ betont.²⁴⁾ Ihm stand also nicht nur das einzelne Individuum vor Augen, sondern die Allgemeinheit. Jeder hat wohl sein volles Recht, aber nur nach der Ordnung des Ganzen.²⁵⁾ Die Gedanken der Einheit und Allheit müssen einander ergänzen, ohne dass sich für ihre gegenseitige Abgrenzung eine erschöpfende Formel finden liesse, denn die Erforschung des Verhältnisses der Einzelpersönlichkeit zur Gesamtheit bleibt eine „ewige Aufgabe“.²⁶⁾

Der wahre positive Inhalt der Freiheitsformel muss entsprechend ihrer philosophischen Eigenart immer aufs Neue erkämpft werden. In der Gegenwart aber brauchen wir im Sinne der Forderungen unserer Kultur ein Privatrecht, das erfüllt ist von sozialem Geiste.²⁷⁾

Ihm entspricht der Gedanke der Freiheit im soziologischen Sinn.²⁸⁾ Sie darf nicht einseitig aufgefasst werden nach den Wünschen des hochmütigen, aus der Unersättlichkeit des Egoismus geborenen Individualismus, sondern muss beschränkt werden durch die Zwecke der Allgemeinheit, die selbst wieder als „Einheit“ aufzufassen ist. In dieser Gestalt zeigt auch die Freiheitslehre ein dynamisches Gefüge, eine Funktion, ein Werden²⁹⁾, dessen Ergebnis durch die erreichte Kulturstufe bestimmt wird.

In dieser geläuterten dynamischen Bedeutung bilden die drei grossen Elemente der Rechtsidee im höheren Sinn in ihrem Zusammenhang und in ihrem Zusammenwirken die unerlässlichen Voraussetzungen für das Vertrauen der Allgemeinheit in Recht, Gesetzgebung und Rechtsprechung und erst mit dem Versinken der Kultur werden auch sie bedeutungslos werden.

Jetzt begreift man, wieso es möglich war, dass die Rechtswissenschaft im Laufe der vergangenen Jahrzehnte den breiten Volksmassen immer mehr entfremdet wurde, denn je entschiedener das Pro-

²³⁾ Kant, Grundlegung, 74 f.

²⁴⁾ Kant, Rechtslehre I, 40.

²⁵⁾ Natorp, Vorlesungen über praktische Philosophie, 452 f.

²⁶⁾ Br. Bauch, Persönlichkeit und Gemeinschaft, Beiträge zur Philosophie des deutschen Idealismus II/2, S. 1.

²⁷⁾ Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 12 f.

²⁸⁾ Swoboda, Neugestaltung der Grundbegriffe unseres bürgerlichen Rechts, eine Erwiderung auf Oswald Spenglers Kritik, 11 ff.

²⁹⁾ Kynast, Kant und sein System als Theorie des Kulturbewusstseins, 139.

blem der Gerechtigkeit von der solange herrschenden rein positivistischen Richtung in den Hintergrund gedrängt und der Begriff des Rechts schliesslich nach Kelsen von dem Kriterium der Gerechtigkeit grundsätzlich „gereinigt“ wurde, umso gründlicher musste auch das Verständnis des Volkes für diese neuen Wege der gelehrten Juristen verloren gehen, denn in der reinfühlenden, gesunden Volksüberzeugung ist der Gedanke der Gerechtigkeit auch heute noch untrennbar von dem Begriffe des Rechts.³⁰⁾ Durch sie findet das positive Recht als „Kulturnotwendigkeit“³¹⁾ erst seine Rechtfertigung und sie muss das oberste, höchste, innere Ziel der Gesetzgebung und Rechtsprechung sein, wenn wir Kulturvölker bleiben wollen.

Diese Elemente der Rechtsidee sind heute durchaus noch nicht überholt, sondern im Gegenteil, ihre Geltung wurde gerade durch die Entwicklung der letzten Zeit, und durch die damit gewonnene Erkenntnis von der Unzulänglichkeit des materialistischen Denkens bestätigt. Mit Hilfe dieser grossen Grundgedanken gelingt es, sich loszulösen von den unzulänglichen schablonenhaften Vorstellungen, welche die juristische Erziehung so vieler Jahrzehnte und Jahrhunderte in uns gross werden liess und das Recht zu erfassen nicht als Selbstzweck, sondern in seiner den Zwecken des Lebens der Kulturmenschheit gewidmeten Bestimmung. So erklärt es sich auch, dass diese Grundelemente des Rechts in den modernsten Verfassungen der Kulturstaaten und zwar in deren „Grundrechten“ verankert wurden.

Diese drei grossen Grundgedanken, zu denen noch der von Kant und in seinem Sinne von Zeiller immer wieder mit Entschiedenheit betonte Leitgedanke der Harmonie tritt, haben als regulative Prinzipien drei grosse Aufgaben zu erfüllen:

für das werdende Recht, als regulative Prinzipien der Gesetzgebung, als deren Richtschnur und Schranke,

für das geltende Recht als Mittel der Auslegung auf dem weiten Gebiete des Zweifels, also niemals gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes und

auf dem Gebiete der Lücken des Gesetzbuches als „unmittelbare Rechtsquelle“.³²⁾

Aufgabe der Rechtswissenschaft wird es sein, die Bedeutung dieser drei Funktionen der studierenden Jugend und der Praxis ein-

³⁰⁾ Swoboda, Das Privatrecht der Zukunft, 22 ff.

³¹⁾ Gysin, Rechtsphilosophie und Jurisprudenz, 27, 45 ff.

³²⁾ Swoboda, Das Privatrecht der Zukunft, 53 ff. 56 ff. und Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie XXV, 512 ff., 515 ff. Zustimmend Manigk, Jherings Jahrbücher 1933, Bd. 83, 3.

dringlich vor Augen zu führen und damit abzurücken von dem Geist der Zerfaserung und Zerstörung, der sovieler Jahrzehnte unter den Juristen herrschend gewesen ist. Das gilt insbesondere für das Gebiet des Privatrechts, denn nur so kann es gelingen, das Verständnis der Allgemeinheit für die Ziele des Rechts wieder zu erwecken und die Achtung der Bevölkerung vor der Tätigkeit der Juristen wieder zu gewinnen.

Eine andere Frage ist es, wie sich diese regulativen Prinzipien in der Gesetzgebung selbst auswirken sollen und welcher Einfluss ihnen auf die Gestaltung der neuen Gesetzbücher des bürgerlichen Rechts einzuräumen ist.

Eine Bestimmung darüber, dass diese leitenden Gedanken die regulativen Prinzipien auf dem Gebiete der Gesetzgebung zu bilden haben, gehört nicht in den Rahmen des Privatrechts, sondern in das Verfassungsrecht. Jene Funktion aber, welche sie auf dem weiten Gebiete des Zweifels überall dort zu erfüllen haben, wo der Wortlaut des Gesetzes nicht klar ist oder das Gesetz überhaupt schweigt, hat im bürgerlichen Gesetzbuch selbst zum Ausdruck zu kommen. Sie bilden die zuverlässigen Wegweiser für die Anwendung der logischen Denkbehelfe der Analogie und des Umkehrschlusses. Deshalb ist es durchaus richtig, dass § 7 ABGB. in diesen Fällen ein Zurückgehen auf die „Gründe“, auf den Zweck des Gesetzes vorschreibt.³³⁾ Der höchste Zweck des Gesetzes aber ist auch heute noch der der Gerechtigkeit und mit ihm sind unzertrennlich verbunden die beiden anderen Leitgedanken des Rechts. Um der Gleichheit vor dem Gesetze willen muss auch die Einheit des Rechts gesichert bleiben. Der Richter muss besonders auf dem Gebiete der Lücken des Rechts seine Entscheidung harmonisch einfügen in den ganzen Bau des Gesetzes. Nur auf diese Weise wird auch für den Bereich der Lücken des Rechts eine einheitliche Rechtsprechung und damit die Rechtssicherheit und Rechtseinheit gewährleistet, die bei einer völlig freien Rechtsfindung unrettbar verloren gehen müsste.³⁴⁾ Die Macht, die der Richter dadurch erhält, ist jener des Gesetzgebers ausserordentlich ähnlich, aber sie ist vernünftig beschränkt im Interesse der gerade auf dem Gebiete des Privatrechts unentbehrlichen Rechtseinheit. Er erhält die Möglichkeit, aber auch die Pflicht, im Geiste des Gesetzbuches das Recht fortzuentwickeln.

³³⁾ Svoboda, Das ABGB. im Lichte der Lehren Kants, 171.

³⁴⁾ vgl. den vom 2. deutschen Richtertag in Karlsbad einhellig beschlossenen Leitsatz 4, Verhandlungsschrift, 1930, S. 105; vgl. Emil Svoboda, Sborník věd právních a státních 1927, 102 f.

Das ist der Gedanke, der schon dem § 7 ABGB. zu Grunde liegt, wenn er von den „natürlichen Rechtsgrundsätzen“ spricht, und dieser Gedanke ist nach Del Vecchios Zeugnis nach dem Vorbilde des § 7 auch in den Art. III der einleitenden Bestimmungen des Codice civile als Hinweis auf die „allgemeinen Rechtsgrundsätze“ aufgenommen worden³⁵⁾ und von dort in den spanischen codice civile und in andere Gesetzbücher weitergewandert und selbst in den jüngst veröffentlichten Entwurf eines neuen italienischen Zivilgesetzbuches übernommen worden.³⁶⁾

Nur die veraltete Ausdrucksweise der §§ 6 und 7 ABGB. ist nicht mehr am Platze. Auch einer Erklärung der grammatikalischen Interpretation im Sinne des § 6 ABGB. bedarf es im Gesetzbuch nicht, das kein Lehrbuch zu sein hat. Der Inhalt des § 7 aber, der einen solchen Siegeszug in fremde Gesetzgebungen aufzuweisen hat, ist zu wertvoll, um fallen gelassen zu werden. Es wäre traurig um die Rechtswissenschaft bestellt, wenn es den Juristen der Gegenwart nicht gelingen sollte, diesen Gedanken in eine brauchbare Form zu giessen. Vielleicht wäre das in folgender Fassung möglich:

„Bei der Anwendung des Gesetzes hat der Richter nicht am Buchstaben des Gesetzes zu haften, sondern massgebend ist der Sinn des Gesetzes. Aus dem Zweck des Gesetzes ist zu erschliessen, ob in jenen Fällen, die im Gesetze nicht entschieden sind, eine für andere Fälle bestimmte gesetzliche Vorschrift zur Anwendung zu bringen oder die Unzulässigkeit einer solchen Anwendung aus dem Schweigen des Gesetzes über weitere Fälle zu folgern sei. Kann auf diese Weise keine Sicherheit über die zu treffende Entscheidung gewonnen werden, dann hat der Richter die leitenden Grundgedanken der Gerechtigkeit, der durch die Zwecke der Allgemeinheit beschränkten Freiheit des Einzelnen und der Gleichheit vor dem Gesetz zur Richtschnur zu nehmen, immer aber seine Entscheidung befriedigend einzufügen in den ganzen Bau des Gesetzes“.

³⁵⁾ Del Vecchio, Sui principj generali del diritto § 1.

³⁶⁾ Die Bemängelung dieser Bestimmung des Entwurfes durch Riezler (a. O., 209), der dabei die „natürlichen Rechtsgrundsätze“ des ABGB. zum Vergleiche heranzieht und sich nur auf Aufsätze aus dem Jahre 1911 beruft, übersieht erstaunlicher Weise, dass seither die philosophischen Grundlagen des ABGB. erst aufgedeckt wurden und damit die gewaltige Bedeutung dieser Bestimmung für das Gebiet der Lücken des Rechts erst klargelegt wurde! Dadurch erklärt sich auch ungezwungen die Riezler unverständlich gebliebene Ablehnung einer Norm nach dem Vorbild des zu subjektiv gehaltenen Art. I Schweizer. ZGB. durch die italienische Kommission.

III. Die Grundbegriffe des Rechts.³⁷⁾

Die dynamische Natur eines modernen Gesetzbuches muss auch entscheidend einwirken auf die Gestaltung seiner Grundbegriffe.

A. Der Begriff der Persönlichkeit.

Das gilt vor allem für den Begriff der Persönlichkeit. Auch er ist nicht im Sinne des schrankenlosen Individualismus zu formen, der das *laissez faire, laissez aller* aus der Zeit der Entartung des Liberalismus predigte. Auch hier muss die Eingliederung des Einzelnen in das System der Gesamtheit massgebend sein, die wegen ihrer gemeinsamen Ziele ebenfalls als Einheit aufzufassen ist. Die freie Betätigung des Einzelnen wird daher nicht nur durch die Rücksicht auf den Nebenmenschen, sondern auch durch die Eingliederung seiner Interessen in jene der Gesamtheit eingeschränkt. Daraus ergibt sich jenes Verhältnis, das der jeweiligen Struktur der Allgemeinheit und dem von ihr erreichten Stande der Kultur entspricht.

Der moderne Kulturstaat hat aber andererseits auch die Menschenwürde des Einzelnen zu achten. Rousseau war es, der den Begriff der Persönlichkeit auf der Idee der Menschenwürde aufbaute³⁸⁾ und auf seinen Schultern weiterschreitend hat der grosse Weltweise Kant, dessen Bedeutung über die Grenzen des nationalen Bereiches weit hinausgewachsen ist,³⁹⁾ den durch die Menschenwürde gegebenen Begriff der Persönlichkeit in die Mitte seines Rechtsgebäudes gestellt und ihn geädelt durch den Begriff der Pflicht, den er untrennbar damit verknüpfte. Er hat damit die primitive Auffassung der Naturrechtslehrer, die ein System von bestimmten angeborenen Rechten aufzustellen suchten und sich in der Aufzählung und Begründung dieser einzelnen angeborenen Rechte erschöpften, siegreich überwunden, zugleich aber eine den Lehren des Christentums entsprechende Vertiefung des Begriffes der Persönlichkeit erzielt.⁴⁰⁾

Auch der § 16 ABGB. hat den verfehlten Standpunkt der alten Naturrechtslehrer vom Schlage Christian Wolffs, die zur Zeit der französischen Revolution nahezu unumschränkt die ganze Wissenschaft beherrschten, aufgegeben. Er zählt keine bestimmten, keine einzelnen

³⁷⁾ Swoboda, Das Privatrecht der Zukunft 35 ff.

³⁸⁾ Rousseau, *Contrat social*. Über den entscheidenden Einfluss Rousseaus vgl. Perticone, *Il problema morale e politico*, 120 f.

³⁹⁾ Michalik, *Všehrd*, VIII, 64.

⁴⁰⁾ Swoboda, Franz von Zeiller, 16 ff.

angeborenen Rechte mehr auf,⁴¹⁾ wenn er auch noch, der allgemeinen Ausdrucksweise der damaligen Zeit folgend, von „angeborenen Rechten“ spricht. Damit ist aber nur gemeint, dass auch die Gesetzgebung und damit das Recht die Menschenwürde des einzelnen zu achten habe, der im Sinne Kants niemals zum blossen Objekt, zur Behandlung als und wie eine Sache entwürdigt werden darf.⁴²⁾ Das entspricht durchaus unserer christlichen Auffassung. Es entspricht aber auch der sociologischen Auffassung des Freiheitsgedankens, der die Freiheit des Einzelnen einschränkt durch die Zwecke der Gesamtheit. Gewiss ist die Ausdrucksweise des § 16 veraltet und seine unveränderte Aufnahme in ein modernes Gesetzbuch daher schwer zu vertreten. Deshalb dürfen wir aber nicht verkennen, dass durch ihn der Begriff der Persönlichkeit einen wahren und positiven Inhalt erhält, der sich wohlthätig unterscheidet von der in der modernen Rechtswissenschaft üblichen Definition, dass jeder Mensch in den Schranken der Rechtsordnung Subjekt von Rechten sein könne.

Auch der tschechoslowakische Entwurf glaubt (§ 2) mit einer solchen Bestimmung nach dem Vorbilde des Artikel 11 Schweizer ZGB. einen zeitgemässen Ersatz, oder, wie es in der Begründung heisst, eine „zeitgemässe Reproduktion des Inhaltes der §§ 16 und 17 ABGB. zu geben. Darin liegt ein schwerwiegender Irrtum, denn eine solche Bestimmung ist rein negativ und daher für den Inhalt des Rechtes der Persönlichkeit inhaltsleer. Sie bestätigt einzig und allein die Befugnis der Gesetzgebung zur Einschränkung des Rechtsbereiches der Einzelnen, ohne dieser Befugnis irgendwelche Schranken zu ziehen.

Eine derart negative Bestimmung widerspricht unserer modernen Rechtsauffassung, sie widerspricht aber vor Allem der Volksüberzeugung und sie widerspricht den Verheissungen der Verfassung jedes einzelnen der in Betracht kommenden Staaten.

Um die notwendige Übereinstimmung zu erzielen, bedarf es einer festeren Verankerung des Rechtes der Persönlichkeit, damit ihm wieder im Sinne des § 16 ABGB. ein positiver Inhalt gegeben werde, der aber nicht so, wie die heute vielfach bespöttelten „angeborenen Rechte“ von der Doktrin entsprechend der Lehre von der Allgewalt des Staates und seiner obersten Organe einfach beiseite geschoben werden kann.

⁴¹⁾ vgl. Buchda, *Das Privatrecht Immanuel Kants*, 5 ff. und Swoboda, *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, XXV. 125 f.

⁴²⁾ Swoboda, *Das Privatrecht der Zukunft*, 36 ff.

Ein positiver Inhalt des Rechtes der Persönlichkeit kann in der Gegenwart, wie schon angedeutet, nur mit Hilfe der verfassungsrechtlichen Bestimmungen verwirklicht werden. Daraus folgt jedoch keineswegs, dass eine darauf bezügliche Bestimmung im bürgerlichen Gesetzbuch überhaupt nichts zu suchen habe. Soweit es sich um die Wahrung des Rechtes der Persönlichkeit handelt, ist eine vollständige Trennung des Privatrechts und des Verfassungsrechtes heute überhaupt nicht mehr am Platze. Das klingt wie Häresie und doch ist eine so reinliche Trennung auch dem tschechoslowakischen Entwurf, genau so wie seinem Vorbild, dem Art. 11 des schweiz. ZGB. unbekannt geblieben; denn hier wie dort wird die Beschränkung des Rechtes der Persönlichkeit durch die Schranken der Rechtsordnung ausgesprochen. Das bedeutet aber nichts anderes als einen Hinweis auf die gegenseitige Beeinflussung des öffentlichen und des privaten Rechts, denn unter Rechtsordnung ist doch auch das öffentliche Recht und zwar vor allem das Verfassungsrecht zu verstehen.

Das Verfassungsrecht enthält aber nicht nur Beschränkungen des Rechtes der Persönlichkeit, sondern setzt auch „Grundrechte“ fest, die für seinen Inhalt massgebend sein sollen. Infolgedessen darf man sich beim Ersatz des § 16 ABGB. ebenfalls nicht auf eine reine Negation beschränken, sondern muss den Zusammenhang zwischen dem Verfassungsrecht und dem bürgerlichen Recht auf diesem Gebiete und seine Bedeutung für den Inhalt des Rechtes der Persönlichkeit schärfer herausarbeiten. Um also den wertvollen Inhalt des § 16 ABGB. zu retten, wäre die neue Bestimmung entsprechend unserem modernen Rechtsdenken etwa folgendermassen zu fassen: „Jedermann ist kraft seiner Menschenwürde als Person im Rahmen der durch die Verfassung anerkannten Grundrechte fähig, Träger von Rechten zu sein“.

Die Lösung ist auch historisch umsomehr am Platze, weil selbst die allzu unbestimmten „Menschenrechte“ der französischen Revolution nur dann als Realität angesehen werden durften, wenn sie durch das öffentliche Recht garantiert wurden.⁴³⁾

Damit erfährt auch das Recht der Persönlichkeit die notwendige dynamische Gestaltung, denn sein Inhalt und Umfang hängt genau so wie das Verhältnis zwischen dem Einzelnen und der Gesamtheit von der erreichten Kulturstufe einer bestimmten Zeitepoche

⁴³⁾ Quinet, La révolution, 2. Aufl. 194.

ab. Damit wird aber auch die entscheidende Bedeutung der verfassungsrechtlichen Garantien für den Bereich des Privatrechts festgelegt und ein wesentlicher Fortschritt erzielt. Denn durch eine solche Bestimmung wird die Geltung der verfassungsrechtlichen Grundrechte auch für das Gebiet des Privatrechts bestätigt, und damit erreicht, was beim deutschen Juristentag in Eger-Franzensbad im Jahre 1931 die deutschen Juristen aus der Tschechoslowakei, aus Deutschland und Österreich in Übereinstimmung mit dem tschechischen Staatsrechtslehrer Krejčí forderten⁴⁴⁾ und es wird für die Zukunft unzulässig erklärt, dass durch eine blosse privatrechtliche Vorschrift die Bestimmungen des Verfassungsrechtes über die Grundrechte verletzt werden. Das steht im Einklang mit dem heiligen Ernst dieser Grundrechte, die nicht blosse Deklamationen sein sollten, sondern eine feierliche Verheissung gegenüber der Bevölkerung entsprechend der kulturellen Auffassung der Gegenwart.⁴⁵⁾

Die Betonung der Menschenwürde aber besagt zugleich, dass der Genuss des Rechtes der Persönlichkeit beeinträchtigt werden kann, wenn der Einzelne selbst seine Menschenwürde in seiner eigenen Person verletzt. Damit wird nur die notwendige Folgerung aus der tatsächlichen Rechtslage in allen Rechtsordnungen der Gegenwart gezogen und wir erkennen, wie treffend Kant die Erfahrungen des Lebens zu würdigen wusste, als er den Imperativ der Pflicht zur Achtung der Menschenwürde in der eigenen Person und in der Persönlichkeit anderer aufstellte.⁴⁶⁾ Auch der so gewonnene Begriff der Persönlichkeit ist kein ein für allemal fest umgrenzter Begriff, aber gerade dadurch entspricht er den Bedürfnissen des Lebens. In ihm sind die grossen regulativen Prinzipien verankert, die ich früher zu schildern bemüht war.⁴⁷⁾

B. Der dynamische Sachbegriff.⁴⁸⁾

Beeinflusst durch die juristische Umwelt, namentlich durch das deutsche BGB., den Code civil und das Schweizer. ZGB. hatte der tschechoslowakische Revisionsentwurf den § 285 ABGB. gestrichen. Es ist ausserordentlich zu begrüssen, dass diese Bestimmung in den

⁴⁴⁾ Verhandlungen des 5. deutschen Juristentages in Eger-Franzensbad, 337 ff.

⁴⁵⁾ Swoboda, Das Privatrecht der Zukunft, 29 ff.

⁴⁶⁾ Kant, Kritik der praktischen Vernunft, 104 ff.

⁴⁷⁾ Swoboda, Neugestaltung, 15.

⁴⁸⁾ Swoboda, Neugestaltung, 49 ff; derselbe, Das Privatrecht der Zukunft, 45 ff.

§ 229 des neuen Entwurfes wieder unverändert aufgenommen wurde. Nach ihm wird alles, was von der Person verschieden ist und zum Gebrauch der Menschen dient, im rechtlichen Sinne Sache genannt. Damit ist anerkannt, dass es nicht nur körperliche Sachen gibt, sondern auch unkörperliche Sachen, die Gegenstand von Rechten werden können. Der streng körperliche Sachbegriff des deutschen BGB. hat schon seit der Entstehung dieses Gesetzbuches zu schweren Vorwürfen Anlass gegeben. Gierke hatte bereits im Jahre 1889 auf das „kulturfeindliche Ergebnis“ hingewiesen, das die materialistische Beseitigung des dem preussischen allgemeinen Landrecht noch vertrauten Begriffes der unkörperlichen Sachen im deutschen BGB. mit sich bringen müsste.⁴⁹⁾ Nach Hedemann liegt vielleicht einer der bedeutendsten Fehler im System dieses Gesetzbuches darin, dass der Wirkungskreis des Sachenrechtes auf körperliche Gegenstände eingeengt wurde, weil dadurch Dinge, die dem einfachen Sinn und der wirtschaftlichen Handhabung unbedingt als zusammengehörig erscheinen, lediglich um der juristischen Konstruktion willen auseinandergerissen worden seien.⁵⁰⁾ Diese Trennung vermag der einfache wirtschaftliche Sinn nicht zu begreifen. Aber nicht nur dem gebildeten Nichtjuristen geht es so. Das zeigt sich zB. bei der Steuereinschätzung. Auch der Nationalökonom, also der engere Fachkollege, kennt keine solche Trennung.

Entscheidend darf immer nur sein die „Beherrschbarkeit“⁵¹⁾ und diese ist nicht bedingt durch die Körperlichkeit des Rechtsobjektes. Der weite Sachbegriff des § 285 gestattet die einheitliche Anwendung der für Sachen geltenden Vorschriften auf körperliche und unkörperliche Rechtsobjekte und wird dadurch nach der Feststellung Franz Kleins, des Schöpfers der österr. ZPO., für den modernen wirtschaftlichen Verkehr von ausserordentlicher Bedeutung.⁵²⁾ Unter diesen Sachbegriff fallen daher auch Rechte, aber nur solche Rechte, die einen Gegenstand der Erwerbung und des rechtlichen Verkehrs bilden können.⁵³⁾ Was diese Rechte betrifft, so ist schon der Anspruch, der durch die Annahme eines Versprechens eines anderen erlangt wird, Sache im rechtlichen Sinn, obgleich der Gegenstand des Versprechens, das Versprochene, noch nicht übergeben worden

⁴⁹⁾ Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 27 f.

⁵⁰⁾ Hedemann, Grundriss des Sachenrechts, 3.

⁵¹⁾ Lehmann, Grundriss, allgemeiner Teil 3. Aufl. 323.

⁵²⁾ Klein, Die Lebenskraft des ABGB., Festschrift zur Jahrhundertfeier, I., 6.

⁵³⁾ Swoboda, Neugestaltung, 50 ff.

ist.⁵⁴⁾ Schon über diesen Anspruch kann ich verfügen. Sein „Gebrauch steht daher in meiner Macht“.⁵⁵⁾ Er ist bereits Gegenstand meines Vermögens, gehört nach den Worten Kants als „obligatio activa“ zu meinem Hab und Gut, obgleich die Zeit der Leistung erst noch kommen soll. Unter den Begriff Sache gehören aber auch Kraftäusserungen von Personen, ihre Handlungen und Arbeitsleistungen.⁵⁶⁾ Auch sie können einen Gegenstand der Erwerbung und des vermögensrechtlichen Verkehrs bilden. Auch ihnen kommt ein „Vermögenswert“ zu; weshalb § 303 als „schätzbare Sachen“ ausdrücklich „Dienstleistungen, Handlungen und Kopfarbeiten“ bezeichnet. Aber nur ein Recht auf eine Leistung gehört in den Rahmen der Sachen, nicht ein Recht auf die Person selbst. Schon Leibniz kannte den Rechtsbegriff, der auch die Handlungen umfasst.⁵⁷⁾ Als Sache im rechtlichen Sinne können auch Unterlassungen vorkommen,⁵⁸⁾ denn auch die Unterlassung einer Betätigung, zu welcher der Einzelne an sich berechtigt ist, kann im Verhältnis zu einer anderen Person einen Vermögenswert verkörpern und daher das Recht darauf, bzw. die Verpflichtung dazu zum Gegenstand des vermögensrechtlichen Verkehrs werden. Allerdings muss es sich um eine Unterlassung handeln, die nicht schon auf der allgemeinen Pflicht, dem „Postulat der praktischen Vernunft“⁵⁹⁾ ein fremdes Recht nicht zu verletzen, beruht, sondern auf einer besonderen Verpflichtung zur Nichtausübung einer sonst an sich vorhandenen Berechtigung.⁶⁰⁾ Eine solche besondere Verpflichtung zur Unterlassung und die Unterlassung selbst sind ein geeigneter Gegenstand des rechtlichen Verkehrs, haben ihren Preis und sind daher „Sachen im rechtlichen Sinn“.⁶¹⁾ Unter diesen Umständen wird auch die Unterlassung zur Leistung, mag sie auch negativer Natur sein, zum Gegenstand des äusseren Mein und Dein, also zur Sache im Sinne Zeillers und des § 285 ABGB.

Unter den weiteren Sachbegriff des ABGB. fallen auch „unper-

⁵⁴⁾ Kant, Rechtslehre I, §§ 4, 20.

⁵⁵⁾ Kant, Rechtslehre I, § 2.

⁵⁶⁾ Swoboda, Neugestaltung, 59 ff.

⁵⁷⁾ Leibniz, Neue Abhandlungen über den menschlichen Verstand, Kirchmannausgabe S. 419.

⁵⁸⁾ Zeiller, Kommentar II, 3.

⁵⁹⁾ Kant, Rechtslehre I, § 2.

⁶⁰⁾ Swoboda, Neugestaltung 60 ff.

⁶¹⁾ Auch Perticone (La proprietà e i suoi limiti, 11 f.) nimmt nunmehr den Begriff der „Sache im rechtlichen Sinn“ (la cosa nel senso giuridico) zum Ausgangspunkt für die Bildung eines weiteren Eigentumsbegriffes.

sönliche Kraftquellen“⁶²⁾ wenn nur das Merkmal auf sie zutrifft, dass auch sie zum Gebrauch der Menschen dienen. Dadurch hat der Sachbegriff des § 285 eine vorbildliche Elastizität erlangt, die uns in den Stand setzte, auf Grund des Gesetzbuches selbst mit der ungeahnten technischen und wirtschaftlichen Entwicklung des letzten Jahrhunderts Schritt zu halten. Solange solche Kraftquellen der menschlichen Herrschaft nicht unterworfen sind, und daher noch nicht dem Gebrauche der Menschen dienstbar gemacht werden können, sind sie auch vom Sachbegriff des § 285 ausgeschlossen. Mit dem Fortschreiten unserer technischen, physikalischen und chemischen Erkenntnis aber hat sich auch fortgesetzt der Umfang unseres Sachbegriffes erweitert, ohne dass es dazu einer Änderung des Gesetzes bedurfte. Das ist wieder ein Beispiel für die bewunderungswürdige Voraussicht der Verfasser des Gesetzbuches. Genau so wie in der Vergangenheit wird auch künftig der Rahmen dieses weiten Sachbegriffes sich selbsttätig der weiteren Erfassung der Naturkräfte anschmiegen, denn er bleibt aufnahmefähig auch für alle Zukunft. Darin liegt also ein Zukunftswert, der immer mehr an Bedeutung gewinnen wird.⁶³⁾ Zugleich aber wird durch seine Verwendung ein Übermass vermieden, wie es in der Forderung Spenglers auf diesem Gebiete zum Ausdruck kommt, wenn er sagt: „Das antike Recht war ein Recht von Körpern. Unser Recht ist das von Funktionen. Die Römer schufen eine juristische Statik, unsere Aufgabe ist eine juristische Dynamik. Für uns

⁶²⁾ Swoboda, a. a. O. 66 ff. In dieser Richtung besitzt auch das Schweizer. Zivilrecht die nötige Elastizität, indem es im Art. 713 auch die Naturkräfte, die der rechtlichen Herrschaft unterworfen werden können, als geeignete Gegenstände des Fahrniseigentums bezeichnet. Davon abgesehen aber haftet es an dem unzulänglichen körperlichen Sachbegriff. Vgl. Perticone, a. a. O. 61.

⁶³⁾ Davon lieferten die Beratungen auf dem 4. deutschen Juristentag in der Tschechoslowakei (Teplitz-Schönau) über die künftige Gestaltung des Elektrizitätsrechts einen lebendigen Beweis (Verhandlungen S. 250 ff., 320 ff.). Über die mit dem weiten Sachbegriff verbundenen Vorteile, vgl. auch Haesaert, Dynamisch Recht bij E. Swoboda, Rechtskundig Weekblad 1933, Nr. 41; v. Koschembahr-Lyskowski, Komisja Kodyfikacyjna I/3 1931 11; derselbe, Zeitschrift für polnisches Recht und Wirtschaftswesen 1931 III/3; derselbe, Revue polonaise de législation civile et criminelle III/2; derselbe, Progetto di codice civile per la repubblica Polacca, Rivista di Diritto privato 1931 IX/2 Über die praktischen Auswirkungen des Begriffes der „Gesamtsache“ für den Verkehr unter Lebenden und von Todeswegen vgl. Swoboda, Österreichische Richterzeitung 1931/6; derselbe, Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht V, 511 ff. Dort unter Note 1 auch meine Stellungnahme zu den Vorschlägen v. Koschembahr-Lyskowski betreffend den Begriff der Gesamtsache des Unternehmens. E. des Obersten Gerichtshofes Wien vom 25. II. 1931, Notariatszeitung 1931 73 f.

sind Personen nicht Körper, sondern Einheiten der Kraft und des Willens, und Sachen nicht Körper, sondern Ziele, Mittel und Schöpfungen dieser Einheiten“⁶⁴⁾ Auch in der Gegenwart haben wir nicht nur ein Sachenrecht an Funktionen und Energien. Auch wir müssen noch immer ein Sachenrecht an Körpern anerkennen. Aber darin erschöpft sich unser Sachenrecht nicht, es findet seine Ergänzung in dem Sachenrecht an Gegenständen, die nicht Körper, aber ebenfalls von der Person verschieden sind und zum Gebrauch der Menschen dienen, und dazu gehört auch das durch die Entwicklung der neuen Zeit erschlossene Recht an Energien. So bewährt sich aufs Neue das von Leibniz aufgedeckte Gesetz der Kontinuität.⁶⁵⁾ Vergangenheit und Gegenwart reichen sich die Hände und im engen Zusammenwirken statischen und dynamischen Denkens offenbart sich der Zusammenhang der Vergangenheit mit der Gegenwart und der in Zukunft zu gewärtigenden Entwicklung. Dynamik und Statik werden so die beiden Quellen, die für die Vertiefung unserer Erkenntnis unentbehrlich sind.⁶⁶⁾ Dadurch erst entsteht ein dauerndes Fundament für eine gedeihliche, dem kulturellen Fortschreiten der Menschheit angepasste Fortbildung des Rechts und das alte ABGB. trägt in sich schon die Grundlagen für diese Entwicklung.

C. Das Eigentum im weiteren Sinn.⁶⁷⁾

Das ABGB. hat in seinem § 353 auch einen weiten Eigentumsbegriff aufgestellt,⁶⁸⁾ der im schroffsten Gegensatze steht zu dem Eigentumsbegriff der Römer. Der tschechoslowakische Entwurf hat diese Bestimmung gestrichen und sich nur auf den engen Eigentumsbegriff festgelegt, der dem deutschen BGB. und dem Code civil entspricht. Die Verfasser des Entwurfes übersahen dabei die wichtige Aufgabe, die diesem Eigentum im weiteren Sinn im modernen Verkehrsleben zukommt, deren Aufdeckung aber allerdings auch erst der letzten Zeit vorbehalten geblieben ist.⁶⁹⁾

Gegen die Ausdrucksweise des § 353 ABGB. lässt sich streiten. In ihrer allgemeinen Fassung lässt sie zu leicht Missdeutungen zu. Es empfiehlt sich daher, ihn in eine andere Form zu

⁶⁴⁾ Spengler, Untergang des Abendlandes II, 97.

⁶⁵⁾ Leibniz, a. a. O. Vorrede 17, 321.

⁶⁶⁾ Swoboda, Das ABGB. im Lichte der Lehren Kants, 223.

⁶⁷⁾ Swoboda, Neugestaltung, 69 ff.

⁶⁸⁾ § 353 ABGB. lautet: „Alles was jemandem zugehört, alle seine körperlichen und unkörperlichen Sachen, heissen sein Eigentum“.

⁶⁹⁾ Zeiller, Das natürliche Privatrecht, 2. Auflage. § 77; derselbe, Kommentar II, 110 f.

bringen. Ausserdem ist es notwendig, ausser Zweifel zu setzen, dass neben diesem Eigentumsbegriff im weiteren Sinn, auch der engere Eigentumsbegriff des römischen Rechts im Gesetze anerkannt wird und eine besondere Stellung einnimmt. Jeder dieser beiden Begriffe hat seine besondere Aufgabe.⁷⁰⁾

Das Eigentum im weiteren Sinn, das auf alte deutsche Wurzeln zurückgeht, aber auch im altslawischen Recht verwandte Erscheinungen findet, beruht auf dem Gedanken der „Zugehörigkeit“.⁷¹⁾ Er kennzeichnet, wie Spengler sagt, das Eigentum „im bedeutendsten Sinn“.⁷²⁾ Dieser Begriff soll bei einer scharfen Herausarbeitung seines Inhaltes und seiner Aufgabe den Schutz der materiellen Berechtigungen an Sachen gewährleisten, also nicht nur des Eigentums an körperlichen Sachen, das dem römischen Eigentumsbegriff entspricht, sondern jeder materiellen Berechtigung an Sachen überhaupt, zu deren Ausübung die Innehabung dieser Sachen nötig ist. Die materielle Berechtigung an sich ist nicht etwa identisch mit dem Eigentum im weiteren Sinn, sondern bildet nur dessen Objekt.⁷³⁾

Deshalb kann man von einem Eigentum im weiteren Sinne auch nur sprechen, wenn die materielle Berechtigung durch die Übergabe der Sache bereits der Verwirklichung zugeführt worden ist, wenn also nicht nur der „Anspruch“ darauf besteht, eine Unterscheidung, die uns im Gegensatz zu den Grundsätzen des französischen Rechts nach den Bestimmungen des ABGB. über den Kauf vertraut geworden ist. Der materielle Anspruch allein ohne seine Verwirklichung bildet wohl einen Titel zur Erlangung des Eigentums, bringt es aber noch nicht zum Entstehen. Und das gilt für den ganzen Bereich des Eigentums im weiteren Sinn.

⁷⁰⁾ Kant hatte in seiner Rechtslehre als Gegenstände des Eigentumsrechts in Übereinstimmung mit dem römischen Recht nur körperliche Sachen bezeichnet. Aber nicht dieser enge Sachbegriff war Zeillers Führer gewesen, sondern der bedeutsame, von Kant neugebildete umfassende Begriff des „rechtlich Meinen“ (Kant, Rechtslehre I, § 1).

⁷¹⁾ Auch bei Kants Begriff des rechtlich Meinen tritt diese enge Verbundenheit mit der Person des Berechtigten deutlich hervor, denn er versteht unter dem „rechtlich Meinen“ (meum iuris) dasjenige, womit dieser so verbunden ist, dass der Gebrauch, den ein anderer ohne seine Einwilligung davon machen möchte, ihn lädieren würde. Kant hatte sich nur noch nicht zur klaren juristischen Herausarbeitung dieses Begriffes durchgerungen. Dazu bedurfte es eines Juristen vom Range Zeillers. Auch Spengler sieht in dem auf der Zugehörigkeit aufgebauten Eigentumsbegriff „das Verwachsensein mit etwas“ (Spengler, a. a. O., II. 123).

⁷²⁾ Spengler, a. a. O. II. 123, Note 3.

⁷³⁾ Swoboda, Neugestaltung, 105.

Erst durch die Verwirklichung der materiellen Berechtigung wird die „Zugehörigkeit“ geschaffen, welche das charakteristische Merkmal des Eigentums im weiteren Sinne ist.

Das hat eine ausserordentliche praktische Bedeutung, denn die Wirkung der Zugehörigkeit besteht in der Begründung eines Ausschlussrechtes gegenüber unberechtigten Dritten, das durch den blossen Anspruch noch nicht geschaffen worden ist.

Aber nur ein „materielles“ Recht kann die Grundlage für diesen Anspruch bieten. Die blossе Innehabung, die auf kein materielles Recht gegründet ist, gewährt noch keinen derartigen petitorischen Schutz. Der unrechtmässige Inhaber darf nicht petitorisch geschützt werden. Schon das Recht auf die blossе Innehabung ohne irgendeine Gebrauchsbefugnis ist jedoch ein materielles Recht, das schwächste Recht, das für den petitorischen Anspruch auf Herausgabe der Sache oder auf Beseitigung der Störung in Betracht kommen kann. Auch der Inhaber, der bloss ein Recht zur Innehabung hat, wird durch den unbefugten Eingriff eines andern in seinen „Rechten“ verletzt und erleidet daher einen Nachteil, und damit einen Schaden im Sinne des § 1293 ABGB., der nach § 1323 den Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes gewährt.⁷⁴⁾

Auch Kant verlangt in seiner Definition des „rechtlich Meinen“ nur, dass der ohne meine Einwilligung gemachte Gebrauch eines andern, also dessen Eingriff mich, das ist mein Recht, lädieren würde. Ein solches Recht hat daher auch der Verwahrer auf Grund des mit dem Hinterleger abgeschlossenen Realvertrages. Es ist nur kein dingliches, kein absolutes, gegen jedermann wirkendes Recht.

Wir müssen daher unterscheiden: die Innehabung als rein tatsächlichen Zustand und die Innehabung, die sich gründet auf das Recht zur Innehabung. Auch der rechtmässige Inhaber geniesst den Schutz nicht gegen jedermann, ist nicht dinglich, nicht absolut geschützt, sondern nur persönlich. Der Verwahrer ist petitorisch nicht geschützt, gegen den Hinterleger, aber die Rechtmässigkeit seiner Innehabung äussert ihre ausschliessende Wirkung gegen unberechtigte Dritte, die sein Recht verletzen. Das ist die notwendige Ergänzung zu der Obsorgepflicht, die dem Verwahrer gegenüber dem Hinterleger obliegt. Auch der Verwahrer bedarf daher zu seinem Schutz

⁷⁴⁾ Zeiller, Kommentar III, 706 f.; derselbe, Das natürliche Privatrecht § 48.

gegen Eingriffe eines Dritten nicht des meist unzweckmässigen Umweges über den Hinterleger. Der Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes im Sinne des § 1323 ist demnach bestimmt, eine empfindliche Lücke auszufüllen, die der mangelnde Besitzerschutz namentlich beim Verwahrer offen lässt.

Dass der Verwahrer eine Werteinbusse in seinem eigenen Vermögen erleidet, ist nicht erforderlich. Nach § 1293 genügt auch schon die Verletzung eines „Rechtes“, um einen Nachteil oder Schaden zu begründen. Eine Vermögensschädigung des Verwahrers wird durch die Entziehung oder Beschädigung der fremden Sache seitens eines Dritten noch nicht erfolgen, soweit nicht die Voraussetzungen für eine Haftung des Verwahrers gegenüber dem Hinterleger gegeben sind. Das wird meist nicht der Fall sein, schon im Hinblick auf die fehlende Haftung für Zufall. Allerdings kann durch Vereinbarung die Tragung der Gefahr vom Verwahrer allgemein, auch für Zufall übernommen werden. Wenn der Verwahrer aber auch in seinem Vermögen nicht geschädigt, die Entfernung der Sache für ihn vielleicht sogar eine Erleichterung bedeuten würde, so müsste dem Verwahrer dennoch der petitorische Rückforderungsanspruch gegen den unberechtigten Dritten eingeräumt werden, der die Sache aus seiner Innehabung entzogen hat, weil darin doch eine Verletzung seiner „Rechte“ lag. Dadurch kann sich der eigentümliche Fall ereignen, dass bei Vernichtung der Sache jeder Anspruch des Verwahrers gegenüber dem Dritten erlischt, weil dann die Wiederherstellung des früheren Zustandes nicht möglich ist, der Verwahrer aber keinen Anspruch auf Geldersatz hat, weil er keinen bewertungsfähigen Schaden erlitten hat. Auch das entspricht aber vollkommen dem Wesen des Verwahrungsvertrages, denn wenn die Sache nicht mehr vorhanden ist, dann fehlt auch der Gegenstand der Obsorgepflicht des Verwahrers. Seine Funktion hat damit ihr Ende gefunden und er muss es — so weit ihn keine Haftung trifft — dem Hinterleger überlassen, sich eine entsprechende Genugtuung von seiten des Schadenstifters zu verschaffen.⁷⁹⁾

Ähnlich ist die Lage beim Werkvertrag, wenn dem Unternehmer eine fremde Sache zur Verarbeitung übergeben wird, da er hinsichtlich dieser Sache eine ähnliche Stellung wie der Verwahrer einnimmt.

Der Begriff der persönlichen Sachenrechte ist durch diese besondere Gestaltung des Gesetzbuches wesentlich verschieden von

⁷⁹⁾ vgl. Swoboda, Erläuterungen in dem von Klang herausgegebenen Kommentar zum ABGB. II/2, S. 659 ff. zu § 958 und S. 699 f. zu § 972.

dem Obligationenrecht der Römer geworden. Die persönlichen Sachenrechte wurden allerdings nicht den dinglichen Rechten gleichgestellt, aber ihre Natur hat sich diesen in einem Masse genähert, dass man im gewissen Sinne mit Zeiller nur mehr von einem „Gradunterschied“ sprechen kann. Auch jedes persönliche Sachenrecht begründet eine Unterlassungspflicht dritter unberechtigter Personen, dieses Recht nicht zu verletzen. Diesen allgemeinen Unterlassungsanspruch hat Kant mit Hilfe seines Pflichtbegriffes als „rechtliches Postulat der praktischen Vernunft“ klargelegt. Er ist das „allgemeine Gesetz“, unter dem die Berechtigung des einzelnen bestehen kann. Ohne eine Übergabe aber kann der Berechtigte die Entstehung eines, wenn auch nur obligatorischen, Rechtes seitens eines Dritten nicht verhindern, weil der einzige Grund dieses allgemeinen Unterlassungsanspruches lediglich in der Nichtberechtigung des anderen liegt. Er steht der Entstehung der Berechtigung eines anderen noch nicht im Wege. Der Vormann des obligatorisch Berechtigten kann daher, solange eine Übergabe der körperlichen Sache nicht erfolgt ist, ohne ihn zu fragen, das gleiche Recht eines anderen an der Sache begründen und schon dadurch erlischt dem neuen Erwerber gegenüber der allgemeine, bloss aus dem allgemeinen Pflichtbegriff abgeleitete Unterlassungsanspruch des bisher allein Berechtigten, weil dann nicht nur dieser ein Recht an der Sache hat, sondern auch der neue Erwerber und erst derjenige, dem die körperliche Sache wirklich übergeben wird, dann endgültig das Übergewicht über den anderen erlangt. Das Hindernis gegenüber dritten Personen wird also erst durch die damit geschaffene „Verbundenheit der Person mit der Sache“ begründet.

Der Begriff des Eigentums im weiteren Sinne wird besonders wertvoll für das Gebiet des Bestandrechts, der Miete und Pacht, für welche heute in Deutschland vielfach die Ausgestaltung zu einem dinglichen Recht gefordert wird. So vorzüglich aber Löhning diese Gründe für die Grundstücksrente entwickelt hat, so ist die Beschränkung der geplanten Entwicklung auf das Gebiet von Miete und Pacht dennoch ein Fehlgriff. Damit ist das eigentliche Problem noch nicht gelöst, denn die gleichen Gründe sprechen auch für die Gewährung des gesteigerten Schutzes für jeden materiell berechtigten Inhaber, wenn auch das Bedürfnis naturgemäss nicht so stark hervortritt wie bei dem allgemein verbreiteten Rechtsinstitut von Miete und Pacht. Wir müssen uns nur befreien aus den engen Schranken, welche die römisch-rechtliche Überlieferung uns gezogen hat und der Gegenwart ihr Recht zuteil werden lassen, ohne

den gesunden Kern, welcher der Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten zugrunde liegt, aufgeben zu müssen.⁷⁶⁾

Die Vorteile des weiten Sachbegriffes und des weiten Eigentumsbegriffes vereinigen sich bei der Behandlung des Unternehmens als Gegenstand des rechtlichen Verkehrs in einer auch unser modernes Rechtsdenken befriedigenden Vollendung.⁷⁷⁾ Das Unternehmen ist ein Komplex von körperlichen und unkörperlichen Sachen, der im Interesse der Bedürfnisse des Verkehrs als eine „rechtliche Einheit“, als „Sache im rechtlichen Sinn“ (§ 285) aufgefasst wird. Dazu gehört so manches, was sich körperlich nicht greifen lässt und doch vermögensrechtlich die grösste Bedeutung besitzt. Die geschäftliche Tüchtigkeit des Unternehmers wird allerdings vom Begriff des Unternehmens noch nicht umschlossen, denn diese ist nicht von der Person verschieden und kann daher auch nach § 285 nicht unter den Begriff „Sache“ fallen. Auch die Kundschaft ist kein Teil des Unternehmens aus dem gleichen Grunde. Es ist daher unrichtig, wenn häufig behauptet wird, dass die Kundschaft mit dem Unternehmen übertragen werde. Aber die „Geschäftslage“ lässt sich vom Unternehmen nicht trennen und der Veräusserer eines Unternehmers übernimmt auch die Verpflichtung, es in der zur Zeit der Veräusserung bestehenden Geschäftslage zu vergeben, daher nötigenfalls dem Erwerber ein Kundenverzeichnis zur Verfügung zu stellen, ihm aber vor allem die Kundschaft nicht zu entziehen, sondern häufig den Kunden sogar zu empfehlen, dass sie dem Unternehmen treu bleiben. Darin liegt natürlich noch keine Übertragung der Kunden, die als Personen überhaupt nicht zum sachlichen Bereich des Unternehmens gezählt werden dürfen und deren Verhältnis zum Unternehmen auf der Grundlage des Vertrauens aufgebaut ist, dessen Fortdauer der Verkäufer des Unternehmens nicht verbürgen kann. Darin äussert sich der grosse praktische Wert der strengen Trennung des Personen- und Sachenbegriffes im Sinne der philosophischen Grundgedanken Kants, die für die Systematik des Gesetzbuches entscheidend geworden sind. Der weite Eigentumsbegriff des § 353 ermöglicht aber ohneweiteres die Anwendung dinglicher Rechts-

⁷⁶⁾ Über die gegenteilige Auffassung des Judikates des Obersten Gerichts in Brünn vom 17. Mai 1932, Präs. 1695 — und die darin zum Ausdruck kommende Begriffsjurisprudenz — vgl. Swoboda, Sonderbericht zu dem Thema: „L'apport des éléments Romains et Germaniques dans les systèmes juridiques modernes“, erstattet dem Congrès International de Droit comparé im Haag. Notariatszeitung 1933, 41.

⁷⁷⁾ Swoboda, Neugestaltung, 111 ff.; derselbe, Die praktischen Auswirkungen des Begriffes der Gesamtsache, Österreichische Richterzeitung 1931/6; vgl. Koschembahr—Lyskowski, a. a. O. Art. 151.

formen auf den vermögensrechtlichen Verkehr mit dieser Sache im rechtlichen Sinne und wirkt ebenso vorteilhaft in den Fällen der Verpachtung eines Unternehmens, bei welcher das Merkmal der Geschäftslage wieder von entscheidender Bedeutung wird für die Rückstellungspflicht des Pächters, die im ordentlichen Zustande zu geschehen hat und daher auch eine „Betriebspflicht“ des Pächters voraussetzt.⁷⁸⁾

An diesem Beispiel zeigt sich besonders plastisch, dass der Eigentumsbegriff des ABGB. dynamisch geworden ist und den rein statischen Charakter des antiken Eigentumsbegriffes überwunden hat, den Spengler bekämpft und der unserer modernen Lebensführung nicht mehr genügt.

Der Begriff des Eigentums im weiteren Sinne wird daher ein wichtiges Mittel zur juristischen Erfassung und Beherrschung des kulturellen Fortschritts der modernen Zeit und das ist umso bemerkenswerter, da seine Wurzeln zurückgreifen in die deutsche Rechtsauffassung einer fernen Vergangenheit und diese deutsche Rechtsauffassung trotz des überwältigenden römischen Einflusses niemals ganz überwunden werden konnte. Hat doch auch Leibnitz ein Eigentum im weiteren Sinne gekannt, aber erst Zeiller war es vorbehalten, durch die Verwertung der neuen Anregungen in Kants Rechtslehre eine wahrhaft wissenschaftliche Begründung dieses Begriffes zu finden.

Es fehlte nur noch die scharfe Begrenzung des Umfanges der Gegenstände dieses Eigentums im weiteren Sinn. Diesbezüglich ist zunächst hervorzuheben, dass das Eigentum im weiteren Sinn sich nur auf das Gebiet des Vermögensrechtes beschränkt, also reine Personenrechte und reine Familienrechte nicht umfasst. Der Kreis der geeigneten Gegenstände des Eigentums im weiteren Sinn ist aber auch enger zu ziehen als jener der „Sache im rechtlichen Sinn,“ weil die einzige praktische Wirkung dieses weiteren Eigentums, der im Ausschlussrechte gegenüber dritten unberechtigten Personen begründete unmittelbare, petitorische Schutz, nur eintreten kann bei Rechten, mit welchen das Recht zur Innehabung verbunden ist und erst vom Zeitpunkte der Verwirklichung dieser Innehabung. Das kann nur bei körperlichen Sachen der Fall sein. Infolgedessen wird bei einem Anspruch auf Arbeitsleistungen eines anderen ein Eigentum im weiteren Sinn überhaupt nicht in Frage kommen. Der petitorische Schutz hat also auch beim Eigentum im weiteren Sinn immer die Übergabe

⁷⁸⁾ Swoboda, Kommentar zum Mietengesetz, 1929, 6 ff.

einer körperlichen Sache, auf welche sich das materielle Recht bezieht, zur Voraussetzung. Bei dinglichen Sachenrechten ist uns der unmittelbare petitorische Schutz gegenüber dritten Personen schon nach den Lehren des römischen Rechts selbstverständlich.

Durch die Konstruktion des Eigentums im weiteren Sinn aber tritt auch bei bloss persönlichen Rechten mit der Übergabe der fremden Sache, auf welche sich das Recht bezieht, eine Verstärkung des persönlichen Rechtes ein, die dem römischen Rechte unbekannt war und im Einklang steht mit den Bedürfnissen des modernen wirtschaftlichen Lebens.

Wegen der Beschränkung auf einen kleineren Kreis von Rechtsobjekten, als dem Begriff der Sachen im rechtlichen Sinn entspricht, habe ich schon im Eingang dieses Abschnittes darauf hingewiesen, dass sich die Beibehaltung der zu allgemeinen Fassung des § 353 ABGB. nicht empfiehlt, welche oft zu der Auffassung verleitete, dass das Eigentum im weiteren Sinn gleichbedeutend sei mit dem Begriff des Vermögens. Es genügt, im Gesetze festzulegen, dass auch bei persönlichen Berechtigungen an fremden körperlichen Sachen, deren Ausübung mit der Innehabung dieser Sachen verbunden ist, der Berechtigte vom Zeitpunkt der Übergabe nicht nur auf den Besitzschutz angewiesen ist, sondern auch den aus seiner materiellen Berechtigung selbst abgeleiteten petitorischen Schutz, also einen materiellrechtlichen Schutz geniesst.

IV. Die Entstehungsgründe der Schuldverhältnisse und des Schadenersatzes.

Aus der Fülle von Problemen, die das Recht der Schuldverhältnisse in sich birgt, will ich, um den Rahmen dieser Abhandlung nicht übermässig auszudehnen, nur die Frage der Quellen des Schadenersatzrechtes herausheben, denn mit der Lösung gerade dieses Problems ringen heute die Juristen der ganzen Welt, wie der grosse internationale Kongress im Haag im Jahre 1932 gezeigt hat. Nach dem Zeugnisse Prof. Legal⁷⁹⁾ sind die Umwälzungen in Lehre und Rechtsprechung auf keinem anderen Gebiete so gewaltig gewesen, wie im Bereiche der deliktischen Haftung. Die Besprechung dieser Frage liegt umso näher, weil gerade der Jubilar, dem diese Festschrift gewidmet ist, sich in seiner Habilitationsschrift mit Fragen des Schadenersatzrechtes beschäftigte.

⁷⁹⁾ Legal, Sonderbericht für den Congrès International de Droit comparé 1932. Im gleichen Sinne der Sonderbericht Galgano's.

Mit der Frage nach den Entstehungsgründen der Schadenersatzansprüche hängt auch jene nach den Quellen der Schuldverhältnisse überhaupt zusammen und mit dieser Frage wollen wir zunächst beginnen.

Aus dem römischen Recht wissen wir, dass dort die Obligationen in drei Gruppen geteilt werden: in solche ex contractu, in jene ex delicto und schliesslich in diejenigen, welche wir mit Gajus als die obligationes ex variis causarum figuris zu bezeichnen pflegen. Diese letzte Gruppe wurde wieder in obligationes quasi ex contractu und obligationes quasi ex delicto untergeteilt, je nachdem sich das Schuldverhältnis seinem Wesen nach der einen oder der anderen der beiden übrigen Obligationengruppen näherte.

Auch das ABGB. übernahm die Dreiteilung, unterscheidet aber als Quellen schuldrechtlicher Beziehungen ein „Rechtsgeschäft, eine erlittene Beschädigung und das Gesetz“. Dieser letztgenannte Entstehungsgrund soll keineswegs besagen, dass die Verpflichtung und mit ihr das Recht aus dem Gesetze selbst unvermittelt, wie Pallas aus dem Haupte des Zeus, entspringe, sondern es muss immer ein gewisser Tatbestand vorliegen, an den das Gesetz die Entstehung der Obligation knüpft. Aber dieser Tatbestand darf sich weder in die Gruppe der Obligationen aus einem Rechtsgeschäft, noch in jene aus einer Beschädigung einreihen lassen. Die Feststellung des Gesetzes als Quelle solcher Schuldverhältnisse bedeutete damals eine Erlösung gegenüber den Verwirrungen, welche die gemeinrechtliche Lehre des 18. Jahrhunderts dadurch herbeigeführt hatte, dass sie das ganze Gebiet der obligationes ex variis causarum figuris mit Fiktionen durchtränkt und überladen hatte.⁸⁰⁾ Zeiller wandte sich mit Entschiedenheit gegen diese Verirrungen und stellte fest, dass die Rechtsfiktionen der Quasikontrakte und Quasidelikte durch die geläuterten Grundsätze der Rechtsphilosophie überflüssig geworden seien. Er bemängelte deshalb auch wiederholt deren Beibehaltung im französischen Recht.⁸¹⁾

Seine damalige Beweisführung wird nunmehr auch durch die neuere Entwicklung der französischen Rechtswissenschaft bestätigt. Es ist bezeichnend, dass Haesaert das Kapitel des Code civil über den Quasikontrakt „un chapitre fort choquant“ nennt⁸²⁾ und dass auch der französisch-italienische Entwurf die Bezeichnung Qua-

⁸⁰⁾ Swoboda, Das ABGB. im Lichte der Lehren Kants, 203 ff.

⁸¹⁾ Zeiller, Vortrag zur Einführung des Gesetzbuches, bei Ofner II 485, 487.

⁸²⁾ Haesaert, Notion du droit positif, Archives de philosophie du droit, 1932, 472.

sikontrakte und den allgemeinen Artikel darüber (1371 Cc) beseitigt hat. (Art. 61 ff.), ebenso wie den Begriff der Quasidelikte (Art. 1382 Cc), von dem die Begründung (p. LXXXI) des Entwurfes feststellt, dass er „n'avait aucun intérêt pratique et n'avait d'autres conséquences que de créer, pour les interprètes, la difficulté de distinguer les délits des quasidélits, question inutile et à laquelle on donnait diverses réponses toutes arbitraires“.

Aber auch bei der Erläuterung des deutschen BGB. tauchen immer wieder die Gestalten der Quasikontrakte auf und verursachen eine Unmenge von Streitigkeiten.⁸³⁾

Es ist daher eine bedeutsame Errungenschaft, dass der § 859 ABGB. durch seine Erklärung des Gesetzes als Rechtsquelle in solchen Fällen die Möglichkeit derartiger Deutungen abgeschnitten hat, und es ist ein Fehler, wenn der tschechoslowakische Entwurf den § 859 einfach als überflüssig streicht, denn nur durch eine solche ausdrückliche Vorschrift kann es verhindert werden, dass die Rechtswissenschaft die Verwendung der für theoretische Betrachtungen nur allzu beliebten Rechtsfiguren der Quasikontrakte und Quasidelikte unterlässt.⁸⁴⁾

Viel radikaler als das ABGB. geht der polnische Entwurf vor. Er ersetzt die gewohnte Dreiteilung der Entstehungsgründe der Schuldverhältnisse durch eine Zweiteilung und bestimmt deshalb in seinem Artikel I: „Les obligations prennent leur source d'une déclaration de la volonté des parties ou d'un autre état de choses duquel la loi fait résulter une obligation“. Es wird also dem Entstehungsgrunde eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft lediglich der Entstehungsgrund durch gesetzliche Vorschrift gegenübergestellt und die Begründung von Schadenersatzansprüchen von dieser zweiten Gruppe restlos aufgesogen. Diese Zweiteilung lässt sich gewiss mit Gründen der Logik recht überzeugend verteidigen. Auch bei Planiol-Ripert wird festgestellt, dass eine Schuld desjenigen, der nicht zugestimmt habe, nur kraft des Gesetzes entstehen könne.⁸⁵⁾

⁸³⁾ Vgl. S w o b o d a, Bevollmächtigungsvertrag und Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, versio in rem.

⁸⁴⁾ Die Quasidelikte sind aus dem ABGB. ganz verschwunden und in dem Bereich des Schadenersatzrechts aufgegangen, das als Grundlage nicht nur das Verschulden, sondern nach § 859 eine „erlittene Beschädigung“ bezeichnet. § 1292 führt ausdrücklich an, dass eine widerrechtliche Beschädigung auch „unwillkürlich“ zugefügt werden könne, und lässt daher unter Umständen auch eine „objektive Beschädigung“ als Entstehungsgrund eines Schadenersatzanspruches genügen.

⁸⁵⁾ Planiol-Ripert, Traité pratique VII, 7.

Ich glaube aber, dass die althergebrachte Dreiteilung in der Form des § 859 ABGB. denn doch weitaus vorzuziehen ist, und zwar — so paradox es im ersten Augenblick klingen mag — schon aus psychologischen Gründen. Es ist etwas ganz anderes, ob ein Lehrbuch die erwähnte Zweiteilung vornimmt oder das Gesetz selbst. Im Gesetz hat sie eine ganz andere Wirkung! Wir dürfen uns nicht verhehlen, dass die Zurückführung aller anderen obligationsmässigen Verpflichtungen, ausser den auf Parteiwillen beruhenden, auf die Vorschrift des Gesetzes notwendig zu der Auffassung führen muss, für jede solche Verbindlichkeit sei eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift notwendig. Das hat dann eine ähnliche Wirkung, wie wenn diese Verpflichtungen als „Ausnahmen“ zu gelten hätten. Jeder Richter wird sich dann scheuen, ohne ausdrückliche gesetzliche Vorschrift einen Schadenersatzanspruch anzuerkennen. Damit kommen wir aber in Widerspruch mit den Forderungen des Lebens und vor Allem mit der wirtschaftlichen und technischen Entwicklung unserer Zeit und den dadurch bewirkten Änderungen auch auf dem Gebiete des Rechtslebens.

Im Grunde ist es doch nicht die gesetzliche Vorschrift, die zum Schadenersatz verpflichtet, sondern die Tatsache der Schädigung, und die Festsetzung des Anspruches im Gesetz bedeutet nicht seine Quelle, sondern nur seine Anerkennung durch den Gesetzgeber. Das eröffnet aber eine ganz andere logische Gedankenreihe als der alleinige Aufbau des Schadenersatzrechtes auf dem Buchstaben des Gesetzes. Nur so wird die freie Beurteilung durch den Richter ermöglicht, die das moderne Wirtschaftsleben braucht, denn die Rechtsprechung darf dem Leben nicht nachhinken, sie darf nicht warten, bis jede einzelne Möglichkeit im Gesetze bereits berücksichtigt wurde, sondern sie hat — allerdings im Geiste des Gesetzes — aber auch in jenen Fällen, die der Gesetzgeber schon wegen der ungeahnten technischen Entwicklung der späteren Zeit nicht voraussehen konnte, einen Schadenersatzanspruch zuzuerkennen, auch wenn der blosser Buchstabe des Gesetzes nicht ausreicht, die Gerechtigkeit jedoch die Gewährung eines solchen Anspruches gebieterisch fordert. Das Gesetz als Quelle eines Anspruches soll doch immer nur ein „Notbehelf“ sein, wo die plastische Zurückführung auf einen anderen Rechtsgrund versagt. Auch hier gilt der Grundsatz, dass wir im Gesetzbuch, das nicht nur zu den Rechtsgelehrten, sondern zur Allgemeinheit zu sprechen hat, Abstraktionen möglichst vermeiden müssen. Ein Gesetz ist auch kein Lehrbuch und soll kein Lehrbuch sein. Aber

auch abgesehen davon hat Perticone recht, wenn er sagt: „È vero: per via di astrazione non si risolvono problemi.“⁸⁶⁾

Zu lösen ist aber auch die Frage, welche Rolle dem Verschulden für die Entstehung von Schadenersatzansprüchen zukommt. Überall herrscht darüber ein erbitterter Streit unter den Theoretikern des Erdballes.⁸⁷⁾ Während die einen das Schuldprinzip zur Grundlage nehmen, erblicken andere die eigentliche Grundlage in der Gefährdungshaftung, im Principe du risque und zwar wieder in verschiedenen Abstufungen. Was aber für die praktische Lösung des Problems, und nur eine solche kommt für ein Gesetzbuch in Betracht, besonders wertvoll ist, das ist der Umstand, dass jede Theorie der entgegengesetzten Zugeständnisse machen muss, dass sie daher Ausnahmen von ihrem Prinzipie anzuerkennen genötigt ist, die der entgegengesetzten Auffassung bis zu einem gewissen Grade Rechnung tragen. Schon das zeigt uns den Weg, den wir zu gehen haben.

Ein Rechtsgebiet, auf dem so bedeutende, widerstreitende Interessen aufeinanderstossen, lässt sich niemals einem durchaus einheitlichen Princip unterwerfen. Das ist auch keineswegs zu bedauern. Hier handelt es sich nicht um Fragen der Ästhetik, sondern um eine gerechte Lösung der vielseitigen Probleme, die uns das Leben beschert. Das Leben kennt aber keine Schablone, die mechanisch angewendet werden kann. Deshalb muss der wahre positive Inhalt der leitenden Grundgedanken des Rechts immer aufs Neue erkämpft werden. Diese Erkenntnis enthüllt uns zwar die Unvollkommenheit menschlichen Denkens und Forschens, deckt aber zugleich den Adel auf, den der beständige Kampf um die Wahrheit dem ringenden Menschengenossen aufdrückt. Die verschiedenartigen, einander vielfach entgegengesetzten Prinzipien, die für das Gebiet des Schadenersatzrechtes gelehrt werden, haben daher die Aufgabe, regulierend aufeinander zu wirken. Ihr Gewicht und ihre Bedeutung kann sich dadurch auch verschieben, aber gerade darin liegt ein Vorzug, denn nur durch dieses wechselnde Zusammenwirken werden die grossen Prinzipien trotz ihres Widerstreites und gerade durch ihn wahrhaft brauchbar für die Zwecke des Lebens und für die praktische Anwendung der in

⁸⁶⁾ Perticone, La proprietà e i suoi limiti 74.

⁸⁷⁾ vgl. Swoboda, Generalbericht zu dem Thema: „Les principes généraux de la responsabilité délictuelle dans les différents systèmes juridiques,“ erstattet auf dem Congrès international de Droit comparé im Haag am 3. VIII. 1932, Zentralblatt für die juristische Praxis 1932, 889 ff.

ihnen zum Ausdruck kommenden Gedanken. Nur in ihrem Zusammenhange gewinnen sie jene „Beweglichkeit“, die nach den Bedürfnissen der jeweiligen Kulturepoche das eine oder das andere Prinzip stärker hervortreten lässt und dadurch die notwendige Elastizität schafft, ohne die Eigenschaft der „Beständigkeit“, die für den Rechtsbegriff unentbehrlich ist, allzusehr zurückzudrängen, so dass auch auf diesem Gebiete die ergänzende Funktion beider Richtungen des menschlichen Denkens, der dynamischen und der statischen Betrachtungsweise klar ersichtlich wird.

Dem in der historischen Schule mit ihren fest begrenzten Begriffen herangebildeten Juristen drängt sich naturgemäss der Wunsch auf, auch eine scharfe einheitliche Abgrenzung zwischen den Gebieten der Schuldhaftung und der Erfolgshaftung zu suchen. Allein eine so scharfe einheitliche Abgrenzung wäre nicht einmal vorteilhaft. Gerade im Bereiche des Schadenersatzrechtes offenbart sich die unendliche Mannigfaltigkeit des lebendigen Geschehens in seltener Deutlichkeit und der Eigenart dieser verschiedenen Tatbestände muss auch das Recht sich anzupassen suchen. Auch hier bewährt sich das Wort Savignys, dass das Recht nichts anderes sei als das Leben selbst, von einer besonderen Seite angesehen.

Daraus ergibt sich die Notwendigkeit einer feinen Differenzierung. Von der Verschuldenshaftung in ihrer reinen Form mit der Beweispflicht desjenigen, der den Anspruch erhebt, führt ein weiter, viel verschlungener Weg zur reinen Erfolgshaftung über die verschiedenen Grade der Gefährdungshaftung, der mit der blossen Umkehrung der Beweislast beginnt, in weiterer Folge den Entlastungsbeweis mit gewissen Einschränkungen zulässt, die wieder verschieden gestaltet sind, und sich allmählich verschärfen, um schliesslich im Einwirken der höheren Gewalt ihre naturgemässe Grenze zu finden, und die deshalb doch nicht absolut wirken.⁸⁸⁾ Man kann deshalb das Verschuldensprinzip einerseits und das Verursachungsprinzip andererseits als die beiden Endpunkte, als „Extreme“ bezeichnen,⁸⁹⁾ ohne dass damit aber ihre Bedeutung und ihre Funktion erschöpft würden. Der überwältigende Siegeslauf der Technik mit seiner Umwälzung der industriellen Produktion und der gigantischen Steigerung der Verkehrs

⁸⁸⁾ Swoboda, Gutachten zu der Frage der Abgrenzung zwischen Verschuldens- und Erfolgshaftung im Schadenersatzrecht, erstattet dem 6. deutschen Juristentag in Karlsbad 1933, Gutachtenband 45 ff. und die in diesem Sinne beschlossenen Leitsätze. Zustimmung auch Longchamps de Berier, Besprechung meines Gutachtens, Przegląd prawa i administracji 1933, 243 ff. und neuestens Fehr, Das kommende Recht, 9 ff.

⁸⁹⁾ Mandl, Zivilistischer Aufbau des Schadenersatzrechtes 4.

hat die Probleme des Schadenersatzrechtes zu einer früher ungeahnten Bedeutung entwickelt. Der grosse internationale Kongress im Haag, der im August 1932 stattfand, hat die Bedeutung dieser Probleme und die ausserordentliche Verschiedenheit der Methoden, mit denen man sie in den einzelnen Rechtssystemen zu meistern sucht, plastisch aufgezeigt. Während in England und im den Vereinigten Staaten von Nordamerika trotz sehr interessanter und uns oft überraschend anmutender Rechtsregeln, die für einzelne Teilgebiete des Schadenersatzrechtes aufgestellt wurden, mangels durchgreifender Grundsätze nur eine Art „Katalogsystem“ für die Darstellung der deliktischen Haftung üblich geworden ist und das englische Recht auf diesem Gebiete nach der Feststellung Prof. Waltons (Oxford), sich heute noch in dem gleichen ungeklärten Zustand befindet, wie im 18. Jahrhundert das englische Vertragsrecht,⁹⁰⁾ hat das ABGB. seinen Bestimmungen über das Schadenersatzrecht eine Gestalt gegeben, die dem ungeahnten Wechsel der Erscheinungen auf diesem Gebiete und den Umwälzungen der Lebensbedingungen im Laufe der letzten Jahrzehnte bereits in erstaunlichem Masse Rechnung trägt. Seine Verfasser waren erfolgreich bemüht, auch das Schadenersatzrecht möglichst elastisch zu formen. Das kommt schon in der allgemeinen Bezeichnung dieses Rechtsgebietes zum Ausdruck, denn zum Unterschied von den modernen Gesetzbüchern und zum Unterschied von dem französisch-italienischen Entwurf haben die Verfasser als Überschrift des 30. Hauptstückes nicht die der römischen Überlieferung entsprechende Bezeichnung „unterlaubte Handlungen“ gewählt, sondern auf Antrag Zeillers den Titel: „Von dem Rechte des Schadenersatzes und der Genugtuung.“⁹¹⁾ Das steht im Einklang damit, dass auch in dem vom tschechoslowakischen Entwurfe leider gestrichenen § 859 ABGB. als Entstehungsgrund solcher Ansprüche nicht ein Delikt, sondern eine „erlittene Beschädigung“ an sich angeführt wird. Dadurch wurde bereits zum Ausdruck gebracht, dass zur Entstehung eines Schadenersatzanspruches nicht immer ein Verschulden erforderlich sei, sondern nur zu häufig die objektive Tatsache der Zufügung eines Schadens allein genügt. Damit hat das Gesetzbuch schon zu Beginn des vorigen Jahrhunderts den aus römischen Rechtsvorstellungen geborenen Standpunkt Jherings: „Ohne Schuld keine Verantwortlichkeit für die Tat, d. h. keine Verpflichtung zum Schadenersatz. Nicht der Schade verpflichtet zum Schadenersatz,

⁹⁰⁾ Walton, Sonderbericht für den Haager Kongress.

⁹¹⁾ Zeiller bei Ofner II, S. 183 f.

sondern die Schuld,⁹²⁾ entsprechend unserer heutigen Rechtsauffassung überwunden.

Allerdings liegt darin auch eine Annäherung an altgermanische Rechtsauffassungen, wozu sich wiederum im altslawischen Recht verwandte Vorstellungen finden. Die im Gesetzbuch vorgenommene Regelung entspricht aber zugleich den soziologischen Prinzipien der Gegenwart, die diese alten Rechtsgedanken wesentlich vertieften und verfeinerten und in Zeillers philosophischer Rechtslehre, in seiner im Sinne von Kants Rechtslehre aufgestellten Forderung, dass der Freiheitsbereich des Einzelnen durch die „Zwecke der Gesellschaft“ eingeschränkt werde,⁹³⁾ schon damals deutlich hervortraten.

Oertmann⁹⁴⁾ hat in der neuen Auflage seines Kommentars die vom deutschen BGB. und dem Schweizer. Obligationenrecht gewählte Bezeichnung des Schadenersatzrechtes als Gebiet der „unerlaubten Handlungen“ als anzutreffend bezeichnet. Auch Longchamps de Berier gibt in der Besprechung meines für den 6. deutschen Juristentag in der Tschechoslowakei (Karlsbad) erstatteten Gutachtens zu, dass diese auch im polnischen Entwurf gewählte Überschrift zu eng sei, meint aber, dass es sich doch nur um eine unpassende Etikette handle, die keinen Einfluss auf den Inhalt der darunter eingereichten Artikel hatte. Das ist ja zweifellos richtig, vermag aber die Beibehaltung dieser Überschrift nicht zu rechtfertigen. Ein Gesetzbuch ist eben für die Praxis bestimmt und wir dürfen nicht übersehen, dass bei der Anwendung dieser Bestimmungen in der Praxis die Überschrift in zweifelhaften Fällen erfahrungsgemäss mitunter einen bedeutenden Einfluss üben und dass auch die Theorie daran nicht achtlos vorübergehen wird. Es ist daher zu begrüßen, dass der neue tschechoslowakische Entwurf den Titel „Schadenersatzrecht“ beibehalten hat.

Leopold Pfaff hat als genauer Erforscher der Entstehungsgeschichte des ABGB. dessen fortschrittliche Haltung in dieser Frage zum erstenmal aufgedeckt.⁹⁵⁾ Er hat nur die philosophische Seite zu sehr vernachlässigt. In der Tat hat Zeiller schon zu Beginn der Beratung über diesen Abschnitt erklärt, dass er das reine Schuldprinzip bereits in seinem Lehrbuch über das natürliche Privatrecht

⁹²⁾ Jhering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht.

⁹³⁾ Zeiller, Das natürliche Privatrecht, § 4 ff.

⁹⁴⁾ Oertmann, Kommentar, 5. Aufl. S. 1366; vgl. darüber schon Mauzka, Der Rechtsgrund des Schadenersatzes 68 ff.

⁹⁵⁾ L. Pfaff, Gutachten über die Revision des 30. Hauptstückes.

abgelehnt habe.⁹⁶⁾ Er ist aber auch nicht bei der primitiven Erfolgshaftung der älteren Naturrechtslehrer stehen geblieben, sondern erzielte eine wesentliche Verfeinerung im Sinne der Forderungen einer „sozialen Gerechtigkeit“. Deshalb wurden auch, wie Pfaff feststellte, das Verschulden und die Haftung ohne Schuld als Entstehungsgründe der Schadenersatzansprüche koordiniert nebeneinandergereiht.

Auch § 1112 des neuen tschechoslowakischen Entwurfes bestimmt: „Der Schaden, für den jemand haftet, entsteht entweder aus seiner Handlungsweise, die ihm zum Verschulden angerechnet werden kann (Handlung oder Unterlassung) oder ohne sein Verschulden“. Man möchte daher glauben, dass auch dieser Entwurf die beiden Entstehungsgründe grundsätzlich nebeneinander reihen will. Der spätere § 1121 aber belehrt uns eines besseren, denn er anerkennt eine Haftung ohne Schuld nur dort, „wo das Gesetz es besonders bestimmt“. Daraus ist klar zu ersehen, dass der Entwurf die Haftung für den schuldlos verursachten Schaden nur als „Ausnahme“ gelten lässt. Damit ist aber entgegen der Versicherung der Motive (S. 300) eine wesentliche Änderung in der Systematik des Gesetzes eingetreten. § 1306 ABGB. hat zwar hervorgehoben, dass in der Regel nur für verschuldeten Schaden gehaftet werde, sich aber im übrigen hinsichtlich der Haftung ohne Schuld in ein sehr wertvolles Schweigen gehüllt, das es vermeidet, die Fälle der Haftung ohne Schuld mit dem entwertenden Stempel blosser Ausnahmen zu versehen.

Die Rechtsprechung hat aus dieser klugen Stellungnahme des Gesetzes die gesunde Konsequenz gezogen, jene Bestimmungen, die eine Haftung ohne Schuld festsetzen, auch erweiternd auszulegen, wenn der Zweck des Gesetzes im Sinne des § 7 dies erfordert. Das ist im praktischen Leben zur gerechten Lösung einzelner Tatbestände oft unerlässlich. Man sieht wiederum, dass die Formulierung des Gesetzes vor allem eine praktische Aufgabe bildet. Um daher zu beurteilen, welche Bedeutung dem neuen § 1121 des neuen Entwurfes zukommt, müssen wir uns vor Augen halten, welche praktischen Wirkungen die darin gewählte Fassung auf die Rechtsprechung äussern müsste. Wenn es bei dieser Bestimmung bleibt, dass für die schuldlose Schädigung nur gehaftet werde, wo das Gesetz es besonders bestimmt, dann ist an dem Ausnahmscharakter solcher Bestimmungen nicht zu zweifeln und die Rechtsprechung wird angesichts des bekannten Grundsatzes, dass gesetzliche

⁹⁶⁾ Zeiller, bei Ofer II, S. 182.

Ausnahmsvorschriften streng zu interpretieren sind, im Gegensatz zu der bisherigen gesunden Praxis den Mut zu einer erweiternden Auslegung auch dort, wo dies eine vernünftige Weiterentwicklung fordert, gewiss nicht aufbringen. Ein derartiger Rückschritt gegenüber dem geltenden Rechtszustand wäre ausserordentlich zu bedauern. Er könnte infolge der gewaltigen Fortschritte der Technik und der jagenden Entwicklung unseres modernen Verkehrslebens und der modernen Produktion, die eine Versteinerung des Rechtes verbietet, sehr verhängnisvoll werden. Der Umstand, dass das ABGB. in dieser Frage weiter vorgeschritten ist, als die meisten anderen Gesetzbücher, darf uns dabei nicht beirren. Für eine gesunde Weiterentwicklung wird bei den ungeahnten Verhältnissen der Zukunft auch weiterhin nicht nur der Weg der Gesetzgebung, sondern ebenso jener der Rechtsprechung zur rechtlichen Beherrschung dieser Erscheinungen unentbehrlich sein. Deshalb darf einer solchen Entwicklung durch den Text des Gesetzbuches kein Riegel vorgeschoben werden.

Die Fälle der Haftung ohne Schuld sind heute durchaus keine blossen Ausnahmefälle mehr. Im Gegenteil, die Haftung ohne Schuld ist charakteristisch für die überwiegende Zahl unserer Schadenersatzprozesse und die Haftung auf Grund eines Verschuldens ist in „ausserkontraktlichen“ Verhältnissen zur Ausnahme geworden. Die Haftung ohne eigene Schuld hat auch deshalb die grössere praktische Bedeutung, weil in den vielen Autounfallprozessen, in denen Lenker und Eigentümer verklagt werden, die Beteiligten in der Regel doch nur der Spruch gegen den meist schuldlosen Eigentümer interessiert, weil der Ersatzanspruch nur gegen ihn durchsetzbar zu sein pflegt. Es ist daher begreiflich, dass in England, wo die Theorie ihre Sätze nur aus der lebendigen Praxis schöpft, hervorragende Rechtslehrer gerade zu die umgekehrte Rechtsregel vertreten, als jene, die im tschechoslowakischen Entwurf zum Ausdruck kommt. Prof. Allen (Oxford) hat zB. in seinem Sonderbericht für den Haager Kongress die Anschauung vertreten, dass dem Verschulden eine entscheidende Bedeutung nicht zukommt, denn begehrt werde der Ersatz des Schadens, nicht Ersatz für das Unrecht. Es gebe aber Fälle, in denen für den Schaden nur derjenige hafte, der ihn schuldlos herbeiführt. Das ist eben der Eindruck, den ein unbefangener Beobachter der heutigen Schadenersatzprozesse gewinnen muss. Es wäre also dringend notwendig, dass der engherzige Ausnahmestandpunkt des neuen tschechoslowakischen Entwurfes, den die Praxis auf Grund der Stellungnahme des ABGB. längst verlassen hat, wieder fallen gelassen werde.

Für uns moderne Menschen kann weder das römische Prinzip der Schuldhaftung, noch jenes der primitiven Erfolgshaftung der altgermanischen Zeit allein massgebend sein. Keines von ihnen aber ist bedeutungslos geworden. Sie haben die Aufgabe, regulierend aufeinander zu wirken. Auch in dieser Frage zeigt sich also die unvergleichliche Elastizität der Bestimmungen des ABGB. Auch die verschiedenen Prinzipien des Schadenersatzrechtes dürfen nicht bloss statisch aufgefasst werden, sondern dynamisch, wie alle grossen Leitsätze des Rechts, damit das Recht lebendig bleibe und sich dem Wechsel des Geschehens verständnisvoll anpasst. So ist es möglich geworden, die beiden Formen der Haftung, die reine Schuldhaftung und die reine Erfolgshaftung im Sinne der neuen Gedankenwelt unserer Zeit zu verfeinern und zu vertiefen, die das „soziale Gewissen“ der Gegenwart in uns erstehen liess, ohne umfangreiche Änderungen an dem Texte des 30. Hauptstückes vornehmen zu müssen.

Um aber diesen Vorzug noch deutlicher zum Ausdruck zu bringen wie bisher, wird es sich empfehlen, in das kommende Gesetzbuch allerdings eine Bestimmung im Sinne des § 1112 des tschechoslowakischen Entwurfes aufzunehmen, welche die Nebeneinanderreihung beider Entstehungsgründe klar ausspricht, eine Bestimmung darüber aber, welchem von beiden eine grössere Bedeutung zukommt, überhaupt zu unterlassen und daher den § 1121 zu streichen. Diese Streichung wäre umso vorteilhafter, weil nach der Feststellung Longchamps's auch der polnische Entwurf beide Entstehungsgründe gleichwertig nebeneinander gereiht hat.⁹⁷⁾

Der Schuldhaftung wird gleichwohl auch dann noch immer eine ganz andere Bedeutung zukommen, als der Haftung ohne Schuld, denn die schuldhafte Schädigung führt grundsätzlich zur Schadenersatzpflicht, schuldlose Schädigung dagegen kann nicht mit gleicher Regelmässigkeit dieselbe Pflicht erzeugen.

Erst durch ihren Zusammenhang und durch ihr wechselndes Zusammenwirken wird die erforderliche Elastizität verbürgt, wobei die Einzelbestimmungen es verhindern, dass die Eigenschaft der Beständigkeit, die für den Rechtsbegriff unentbehrlich ist, allzusehr zurückgedrängt werde. Deshalb hat das Gesetzbuch seine Aufgabe am besten gelöst, wenn seine Bestimmungen die Möglichkeit einer so gesunden Weiterentwicklung durch Lehre und Praxis gestatten. Dieser Stellung-

⁹⁷⁾ Longchamps de Berier, a. a. O., 244.

nahme des ABGB. ist es auch zuzuschreiben, dass es sich, was sonst nirgends geglückt ist, selbst auf dem Gebiete des Schadenersatzrechtes von jeder Fiktion freizuhalten vermochte.⁹⁸⁾ Dadurch unterscheidet sich sein Schadenersatzrecht wohlthätig von dem französischen Recht, das für die Zwecke der heutigen Rechtsanwendung genötigt ist, die von dem ABGB. längst über Bord geworfenen Vermutungen und Fiktionen bis in die feinsten Abstönungen zu benützen und dadurch eine Unzahl von Streitigkeiten und überkünstelten Erklärungen heraufbeschworen hat,⁹⁹⁾ die uns dank der offenen Stellungnahme unseres Gesetzbuches fremd geblieben sind. Die Vorliebe des französischen Rechts für Vermutungen und Fiktionen erklärt es auch, dass es die römische Figur der Quasidelikte beibehalten hat, die für das ABGB. völlig entbehrlich geworden war. Durch die Vermeidung jeder solchen Künstelei gelingt es aber auch ohne Schwierigkeit, die einzelnen Vorschriften unseres Schadenersatzrechtes auch dem gebildeten Nichtjuristen begreiflich zu machen, während die unter Zuhilfenahme der *faute présumée* und ausgesprochener Fiktionen versuchte Aufrechterhaltung des Schuldprinzips in der französischen Rechtsprechung schon infolge ihrer überspitzten juristischen Feinkunst nur dem Juristen zugänglich gemacht werden kann. Dieser Vorzug der Regelung des ABGB. aber hat gerade in der Gegenwart, in welcher der Richter dem Volke viel näher steht als je, eine unvergleichlich grössere Bedeutung gewonnen, als es in der Vergangenheit je der Fall gewesen ist.¹⁰⁰⁾

Schluss.

Es sind nur Ausschnitte, die ich im Rahmen dieser Studie gedrängt zu behandeln vermochte. Sie soll nichts Abschliessendes bieten, sondern nur Anregungen geben, vor Allem aber die Notwendigkeit einer dynamischen Gestaltung des Rechts, sowohl in seinen Grundzügen, als auch in seinen Einzelheiten ins helle Licht rücken.

⁹⁸⁾ Wie früher erwähnt, hat Zeiller Fiktionen aufs entschiedenste verworfen und sich dabei wieder von der Mahnung Kants leiten lassen, dass Fiktionen „nur als Kriegswaffen erlaubt seien, nicht, um ein Recht darauf zu gründen, sondern nur um es zu verteidigen“. Kant, Kritik der reinen Vernunft, 598 ff. Die „unnachahmliche Fertigkeit“ Zeillers bei „Ausrottung der Fiktionen“ hat der Prokurator der österreichischen Nation Prof. Zamlich bei Zeillers erster Rektorswahl besonders gerühmt. Taschenbuch der Wiener Universität 1804, XXXV.

⁹⁹⁾ Heinsheimer-Kaden, Die Zivilgesetze der Gegenwart I, 440 ff.

¹⁰⁰⁾ Über die einzelnen Bestimmungen des Schadenersatzrechtes im tschechoslowakischen Entwurf vgl. mein Gutachten zum Juristentag in Karlsbad 53 ff.

In diesem Sinn gilt es, den von der Vergangenheit übernommenen Stoff zu prüfen, zu verarbeiten und auszugestalten. Dazu reicht die bloss spezialistische und kontemplatorische Behandlung, mit der man sich in der Vergangenheit so oft begnügte, nicht hin. Es bedarf der Synthese, die unsere Kulturepoche verlangt, um die Aufgaben, die uns die Gegenwart und Zukunft stellt, mit Erfolg zu meistern. Bei der sorgfältigen Beschäftigung mit diesen Problemen erkennen wir aber, dass diese Aufgabe zugleich mit einer Wiederbelebung verlorengegangener Ideen verbunden ist, die aus der stürmischen Zeit der Aufklärung durch den Königsberger Weltweisen Kant gewonnen worden waren, aber zu wenig beachtet wurden, und die aus der Betrachtung des lebendigen Geschehens geschöpfte Erkenntnis hilft uns, diese Ideen unserer modernen Denkweise entsprechend auszubauen und ihre Ergebnisse anzupassen an die Verhältnisse der Gegenwart und Zukunft. Vergangenheit und Gegenwart wirken so zusammen, um das ersehnte Ziel zu erreichen und der Menschheit ein Recht zu geben, das ihren Bedürfnissen Rechnung trägt, das im Einklang steht mit der Volksüberzeugung,¹⁰¹⁾ und nicht nur dem Augenblick entspricht, sondern dauernde Befriedigung zu gewähren imstande ist.

¹⁰¹⁾ Perticone hat in seiner Besprechung meiner Zeiller-Festschrift die Zurückführung des Rechts auf seine frischeste Quelle: „lo spirito del popolo“ als Aufgabe der Zukunft bezeichnet. Archivio di storia della filosofia 1932, 91.

Члан 116 Устава

од

Слободана Јовановића,
професора Универзитета
Београд

I. — Члан 116 Устава предвиђа „случај рата, мобилизације, нереда и побуне, који би довели у питање јавни поредак и сигурност државе или кад су до те мере уопште угрожени јавни интереси“. У таквим приликама Краљу се дају изузетне власти које он иначе нема. У употреби тих власти он стоји под надзором Народног претставништва, али под надзором накнадним. У међувремену он може предузимати „све изванредне неопходно потребне мере“, и то „независно од уставних и законских прописа“.

II. — Члан 116 опомиње јако на члан 48 Вајмарског устава, који претседнику царевине такође даје изузетне власти у случају опасности за јавни ред и сигурност. Као и у нашем тексту, тако и у немачком говори се о потребним мерама, које шеф државе може тада предузимати. Али у избору тих мера претседник Немачке царевине има мање одрешене руке него наш Краљ. По члану 116 нашег Устава, Краљ може предузимати потребне мере независно од уставних прописа уопште. По члану 48 немачког Устава, претседник царевине мора се углавном кретати у границама Устава. Побројано је само неколико уставних чланова које сме обићи; сви остали везују га и даље. Осем тога, по немачком Уставу, претседник царевине мора све своје мере саопштити без оклевања царевинској Скупштини, и она их може обеснажити. У нашем Уставу прописано је од прилике то исто, али реч без оклевања изостављена је.

III. — Ослобађајући Краља уставних прописа, члан 116 није мислио да га ослободи свих уставних прописа без разлике и да га привремено стави потпуно изнад Устава. Као што смо већ видели, Краљ у вршењу своје изузетне власти стоји под надзором Народног претставништва, коме све своје мере подноси на накнадну сагласност. Из тога излази да Народно претставништво није обустављено за време краљеве изузетне власти; оно дејствује и даље, а да би могло дејствовати, морају остати у важности и сви уставни чланови који се на њ односе. Те чланове, дакле, не би могао ни Краљ својим супротним наредбама обуставити. Иначе би оно право надзора које је члан 116 хтео

обезбедити Народном претставништву над Краљем дошло под питање. На пр. члан 60 Устава каже да се Народно претставништво састаје сваке године 20 октобра. Краљ не би могао на основу своје изузетне власти решити да се текуће године Народно претставништво не састаје 20 октобра, и да се уопште његово састајање одгоди на неодређено време. Кад би то било Краљу допуштено, онда би искључиво од њега зависило да ли ће се и кад састати то тело које је позвано да врши надзор над актима његове изузетне власти.

Исто нам тако изгледа несумњиво да Краљ не би имао права да силом своје изузетне власти отступа од оних уставних чланова који се тичу организације Народног претставништва. На пр. члан 54 Устава каже да се Народна скупштина бира гласањем општим, једнаким, непосредним. Краљ не би могао, распуштајући Скупштину усред нередовних прилика, наредити, с позивом на члан 116, да се избори за нову Скупштину имају извршити гласањем које не би било опште, или не би било једнако, или не би било непосредно. Он то не би могао урадити стога, што је Устав под Народним претставништвом које врши надзор над Краљевом употребом изузетне власти, мислио очевидно онакво Народно претставништво какво је он сам организовао, а не неко друкчије.

Најзад нама изгледа јасно да Краљ не би могао на основу члана 116 предузимати сам без Народног претставништва такве акте за које је у Уставу изречно предвиђено да их може чинити само с одобрењем или сагласношћу Народног претставништва. На пр. не би могао без Народног претставништва озаконити буџет, закључити међународни уговор, објавити рат. Ово закључујемо с тога што ако Народно претставништво има да постоји и под владом члана 116, онда има да постоји не само са својом организацијом, него и са својом надлежношћу. Једно Народно претставништво у чију организацију Краљ не би дирао, али чију би надлежност присвојио себи, — такво Народно претставништво не би значило ништа.

Укратко, изузетна Краљева власт регулисана је Уставом тако да се њоме не ремети и не квари редовни однос између два уставна чиниоца, Краља и Народног претставништва. Као у редовним приликама, тако и у нередовним, та два чиниоца упућена су на договор и сарадњу, и зато се за све изузетне мере Краљеве тражи накнадна сагласност Народног претставништва. У овом гледишту, поред јасног текста члана 116, утврђује нас још и та околност што и у Немачком уставу, одакле је наш члан

116 углавном узет, изузетна власт претседника царевине имала је за циљ појачавање извршне власти према грађанима, а не према законодавном телу. Уопште, у случајима нередовних прилика, осећа се потреба да се обуставе она уставна јемства која у редовним приликама грађани уживају према извршној власти. Што се тиче уставног положаја Парламента, он остаје непромењен; наш члан 116 не само да поводом нередовних прилика није одузео Парламенту ниједну од његових уставних атрибуција, него му је додао још и једну нову, — а то је накнадно одобравање Краљевих изузетних мера.

IV. — Изузетна власт Краљева по члану 116 Устава обележена је јасније својим циљем, него својим обимом. Циљ је њен да обезбеди по сваку цену јавни ред и безбедност који су доведени у питање. У избору средстава остављене су владоцу одрешене руке, и да би у том погледу био што слободнији, он није више дужан обазирати се на уставна и законска ограничења. Ова Краљева изузетна власт служила би у првом реду на појачавање полиције, пошто је она та која се стара о јавном реду и безбедности. У редовним приликама, она је стегнута у границе устава и закона; у нередовним приликама, захваљујући члану 116, њена дискрециона власт могла би се проширити и преко тих граница. Ми, обични грађани, не би у овим нередовним приликама стајали под законом, него под тако званим државним разлогом: наша правна држава претворила би се привремено у стару полицијску државу. На пр. по члану 5 Устава нико не може бити притворен осим у случајима и на начин како је то закон предвидео; у члану 9 то исто начело изриче се за протеривање грађана из места у место и за њихово заточење; у члану 10 оно се изриче за претрес њиховога стана итд. Значај члана 116 Устава лежи сада у томе што би се, под његовом владом, све те мере као што су притварање, протеривање, заточење, претрес стана итд. могле вршити и у оним случајима и на онај начин који закон није предвидео, — дакле, и против закона. Полиција би се могла тим мерама служити онако и онолико како би и колико би она сама оценила за потребно.

V. — Да ли би се на основу члана 116 смели установити изузетни судови? Члан 100 Устава каже истина, да се судови и судске надлежности могу установити само законом, али зар Краљ, који по члану 116 може у изузетним приликама предузимати мере независно од уставних прописа, не би могао независно од прописа члана 100 установити један суд који није предвиђен никаквим законом.... Ово питање има много шири

значај него што у први мах изгледа. Није ствар само у томе да ли се на основу члана 116 могу установити и изузетни судови, него је ствар у томе да ли се у опште на основу тога члана може привремено мењати организација и надлежност оних власти којима је Устав хтео обезбедити извесну самосталност према Краљу. Доиста, ако би се овлашћење из члана 116 узело тако широко да би се на основу њега могли установити судови, онда би се по том истом широком схватању могла, привремено, надлежност Главне контроле пренети на једно одељење Министарства финансија, могло одузети управним судовима расправљање административних спорова, могла обуставити банска самоуправа итд.

Претпоставимо за један час да Краљ може предузимати мере изузетно од свих уставних прописа осем оних о Народном претставништву, за које смо показали да се имају сматрати као неприкосновени. Краљ би у том случају могао посредним начином, ако не непосредним, променити уставни положај Народог претставништва, који је и по слову и по духу члана 116 требао да остане непромењен и за време изузетне краљеве власти. Јер не треба заборавити да у уставној монархији узајамни положај Круне и Народог претставништва не зависи само од оних права и дужности које та два чиниоца имају један према другоме, него зависи још и од укупне организације врховне власти. И на пр. да би се држала равнотежа између та два чиниоца није било довољно што је између њих извршена деоба законодавне власти, него је и цело судство издвојено као једна трећа, потпуно самостална власт. И под судством нису се разумели само редовни, него такође управни и рачунски судови. И не само да се судству обезбедила самосталност, него су и у крилу саме управе, која има монарха за старешину, створена локална тела, више или мање самостална, јер Народном претставништву лакше је држати у равнотежи децентралисану, него централисану управу. Ако би се, према томе, допустило Краљу да на основу члана 116 мења организацију свих тих тела било судских или управних којима је Устав обезбедио самосталност, онда би он и без повреде специјалних права Народог претставништва могао променити његов уставни положај. Народно претставништво остало би истина са свима својим правима неокрњеним, али би Краљ привременим потчињавањем судске власти и локалне управе променио на своју корист ону равнотежу коју је Устав поставио између њега и Народог претставништва. И зато ако узмемо да је члан 116 желео да и у изванредним приликама

однос снага између Краља и Народог претставништва остане непромењен, онда морамо закључити, да се на основу тога члана не би смела смањивати самосталност ни једној од оних организација којима је сам Устав самосталност обезбедио, — следствено, не би се смели установљавати ни изузетни судови, који несумњиво значе умањење уставне самосталности судске власти.

VI. — Да ли би на основу члана 116 било могућно издавати уредбе по нужди, — тј. уредбе које имају снагу закона и које могу противречити постојећим законима. Члан 81 Устава, регулишући уредбодавну моћ управне власти, предвидео је само „уредбе потребне за примену закона“, дакле, уредбе које се издају на основу законског овлашћења и саобразно постојећим законским прописима. Према томе Уредбе по нужди биле би у редовним приликама искључене Уставом (околност једна о којој се у пракси не води довољно рачуна). Да ли би у изванредним приликама те уредбе могле бити издаване на основу члана 116? Ми мислимо да је овлашћење члана 116 тако широко да се подањ даду подвести и уредбе по нужди. Ту се говори о изузетним мерама које се предузимају независно од уставних и законских прописа. Међутим, мере општег карактера које, издане од управне власти, противрече постојећим правним прописима, то је управо оно што се разуме под именом уредаба по нужди. Разуме се по себи, да би Краљ могао издавати уредбе по нужди само о оним предметима који су обухваћени овлашћењем члана 116. Другим речима, морао би приликом издавања тих уредаба водити рачуна о уставним правима Народог претставништва. На пр. он би могао издати уредбу по нужди о протеривању и заточењу грађана, а не би могао издати такву уредбу о оним предметима који су регулисани законом о државном буџету. Питање уредаба по нужди своди се према томе на питање форме. Сва је ствар у томе, да ли ће Краљ своје изузетне мере предузимати од случаја до случаја или ће их систематисати у неким општим правилима која ће имати привремену снагу закона.

VII. — За све изузетне мере Краљеве тражи се накнадна сагласност Народог претставништва. Оне се не морају одмах поднети Народном претставништву, — тј. не мора се Народно претставништво ради њих одмах сазвати, — али чим би се оно састало било у редовни или ванредни сазив, изузетне мере дошле би под исти режим под који и редовни законодавни акти, — тј. за њих би се морала добити сагласност оба законодавна чиниоца, — и Краља и Народог претставништва. Ако би ово последње одрекло своју сагласност којој од изузетних мера, та мера не би

у будуће могла важити. Како се Народно претставништво састоји из два дома, то би било довољно да један од њих одрече своју сагласност, па да важеће дотичне мере постане у будуће немогуће. Народно претставништво у стању је спречити даље важење изузетних мера, али она његова грана која има права кривичне оптужбе министара, — наиме Народна скупштина, — не би могла због тих мера оптужити одговорне министре. Министри одговарају за повреду Устава; међутим мере о којима је реч, нису издане на супрот Уставу, него на основу изреченог уставног овлашћења. Ако је то овлашћење употребљено, по мишљењу Народног претставништва, неумесно, то би у најгорем случају била политичка погрешка, али никако једна противправна радња која изискује казненоправну санкцију. Претпоставља се наравно да су се изузетне мере кретале у границама овлашћења члана 116. Ако су оне те границе прекорачиле, на пр. ако су повредиле уставна права Народног претставништва која су и у изванредним приликама неповредна, — онда би, без сумње, могло бити говора о кривичној одговорности министара.

Metody právnického bádání s ptačí perspektivy

Prof. dr. Jan Krčmář,
Praha.

1.) Čas od času se setkáváme v právnických spisech s thesí, podstatně stejnou, a jen v detailech různě formulovanou, že právní věda je v krizi, že dosavadní bádání o právu nevyhovuje, že nedává odpovědi na základní otázky, které se vnucují, nebo že na ně odpovídá špatně. Oddělíme-li zrno od plev (neboť je jisto, že i leckdo, kdo přichází s nepatrnou troškou do mlýna, jest ochoten odsuzovati, co bylo před ním) a omezíme-li se na zjevy vskutku významné, nemůžeme se uzavřítí několika poznatkům. Především je to poznatek, že nové směry bádání právníckého se vyskytnou tehdy, když dosavadní bádání jest vskutku neuspokojivé a náprava je tudíž nalehavá¹⁾ a když se objeví badatel nebo badatelé, jejichž osobní schopnosti a dispozice zvláště důrazně pocífuji tuto nutnost nápravy.²⁾ Druhá věc je ta, že metodické novoty bývají zahájeny a doprovázeny ostrým odsudkem toho, co bylo v právníckém bádání vykonáno dosud. Omezíme-li se jen na století 19-té, vede se takto boj školy historické proti škole práva přirozeného, jež vedli v Německu Savigny a jeho žáci, a boj téže školy historické v Rakousku, kde vydáním občanského zákoníka zr. 1811 se sitace byla posunula, proti škole exegetické, který vedli Unger a jeho stoupenci; boj školy sociologické (tak lze snad schematicky charakterisovati četné směry určené jmény Ehrlich, Lambert, Gény, Kantorovicz), proti naukám té doby panujícím, a boj školy normativní proti celé minulosti.³⁾ Leda že bychom

1) Srv. na př. Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts str. 387.

2) Jeden z nejvýznamnějších dokumentů po té stránce je po mém soudě Weyrův článek k 50-tým narozeninám H. Kelsena, Zvláštní otisk z Časopisu pro právní a státní vědu XV (1932), kde líčí pocity neuspokojení, které měl při studiu práv na české universitě v Praze na přelomu století, a vykládá o aifilosofické jurisprudenci, která panovala v jeho mládí, jakož i o vlastních dispozicích duševních, počítaje sebe k duchům kritickým, racionálním, to jest more geometrico uvažujícím. Při tom je zajímavo, že tato „aifilosofická metoda“ sama sebe pokládala za aifilosofickou; srv. Unger, System des allgemeinen österreichischen Privatrechtes, Vorrede IV: Die ältere exegetische Methode ist als unzureichend wiederholt anerkannt worden und an ihre Stelle die historisch-philosophische Methode getreten . . .

3) Klasifikace směru bádání podaná v textu je snad příliš schematická a bylo by rozlišovati podrobněji a přesněji, jak svědčí na př. Kallab, Úvod ve studium

konstatovali jednu věc. Čím větší duch ukazuje nové cesty a čím významnější je jeho dílo, tím větší bývá jeho zdržlivost v posuzování a odsuzování. Mám tu na zřeteli jeden passus předmluvy k Savignyho System des heutigen römischen Rechtes I. 1840, jenž se mně zdá hodným zaznamenání, aby byl vytržen ze zapomenutí, do kterého pravděpodobně upadá. Jde o str. XI.:

„Wenn uns aber die durch viele Geschlechter fortgesetzte Ausbildung unserer Wissenschaft einen reichen Gewinn darbietet, so entspringen uns ebendaher auch eigentümliche grosse Gefahren: In der Masse von Begriffen, Reggeln und Kunstausdrücken, die wir von unseren Vorgängern empfangen, wird unfehlbar der gewonnenen Wahrheit ein starker Zusatz von Irrtümern beigemischt sein, der mit der traditionellen Macht eines alten Besitzstandes auf uns einwirkt und leicht die Herrschaft über uns gewinnen kann. Um dieser Gefahr zu begegnen, müssen wir wünschen, das von Zeit zu Zeit die ganze Masse des Überlieferten neu geprüft, in Zweifel gezogen, um seine Herkunft befragt werde. Dieses geschieht, indem wir uns künstlich in die Lage versetzen, als hätten wir das Überlieferte einem Unkundigen, Zweifelnden, Widerstrebenden mitzuteilen. Die angemessene Stimmung für eine solche prüfende Arbeit ist die der Geistigen Freiheit, der Unabhängigkeit von aller Autorität; damit aber dieses Freiheitsgefühl nicht in Übermut ausarte, muss das heilsame Gefühl der Demut hinzutreten, die natürliche Frucht, unbefangener Erwägung der Beschränktheit unserer persönlichen Kräfte, welche allein jene Freiheit des Blicks zu eigenen Leistungen befruchten können“.

S druhé strany je symptomatickým ne-li charakterickým průvodcem vzniku nových metod bádání, že vznikne příkrý odpor proti nové metodě a to i u pracovníků velmi seriosních. Nový postoj metodický se prohlašuje za pochybený a zejména za zbytečný. Rozdíl snad bývá v tom, že mnozí odpůrci nového směru jej literárně ignorují (je to pochopitelný důsledek názoru o jeho zbytečnosti), ale jinak neskrbli despektem k výkonům nové školy.

2.) Není snad nezajímavé povšimnouti si blíže těchto zjevů a učiniti pokus o jejich utřídění. Charakterisoval bych věci asi takto: Významné projevy ženoucí k novému způsobu bádání právníckého vynutí si pozornost, a lze říci, že odborníci se záhy rozestoupí na několik táborů. Nechávám arci stranou ty, kteří z toho či onoho důvodu nedovedou novým směrům věnovati svou pozornost. V jednom táboře

metod právníckých nebo Ross, Theorie der Rechtsquellen. Než směry charakterisované výše uvedenými jmény a zařazené do jednotlivých skupin vykazují jistě tolik společného, že pro účele sledované těmito poznámkami dopouštějí snad shrnutí do oněch skupin.

jsou epigoni a obránci nového směru. O nich lze zhusta říci, že bývají sebevědomější a k minulosti odmítavější a nemilosrdnější než sami tvůrci a iniciátoři, a že zejména svoji příslušnost k nové škole osvědčují především tím, že vše, co bylo dříve, házejí do starého železa, nešetříce ani posměšnými epitety a datující novou éru bádání právníckého, ne-li samo bádání právnícké od vystoupení svého Mistra nebo i od svého vystoupení vlastního. Snad souvisí tato skutečnost s tím, čím jest uveden citát ze Savignyho pod č. 1.⁴⁾

V druhém táboře jsou odpůrci nového směru. Na ně se hodí jiný pasus z citované předmluvy u Savignyho (str. XVII.):

„Ich bin weit entfernt, den grossen Vorteil des wissenschaftlichen Streites überhaupt zu verkennen, der sogar eine Lebensbedingung der Wissenschaft ist; auch in der Art und Richtung geistiger Kräfte der Einzelnen wird stets grosse Verschiedenheit wahrgenommen werden. Gerade aus dem Zusammenwirken der entgegengesetzten Elemente soll aber das wahre Leben der Wissenschaft hervorgehen und die Träger der verschiedenen Kräfte sollen nie aufhören sich als Arbeiter an demselben grossen Baue anzusehen. Lassen wir sie dagegen in feindliche Lager auseinander treten und suchen wird durch fleissige Anwendung von Patteinamen den Gegensatz recht persönlich zu machen, so wird bald unsere Auffassung von Grund aus unwahr und ihre Folgen können sich nur als verderblich erweisen: das individuelle Leben und Wirken der Einzelnen verschwindet vor unseren Augen, indem wir vorzugsweise als Anhänger einer Partei billigen oder anfeinden, und so geht uns der natürliche Gewinn für unsere eigene Bildung verloren, den wir aus der ungestörten Einwirkung ihrer Arbeit auf uns ziehen könnten“.

O příslušnosti do tohoto tábora jistě zase rozhodují především osobní dispozice duševní, jako na př. konservatism nepřející novotám nebo přesvědčení, že i s dosavadními metodami bádání lze ještě dojíti k ceným výsledkům, ale nelze pochybovati, že odpor proti novým směrům může býti a bývá původu citového. Nebývá bez významu zásadní poměr mezi rodiči a dětmi a nechuť staršího přiznati, že mladší vrstevník dovedl něco, co nedovedl onen starší sám; uražená ješitnost, že paň X. nebo Y., po právu cenící svoje vědecké zásluhy, jest házen do starého železa, ježto není příslušníkem nové školy; cit pro spravedlnost, jež cítí jako křivdu podceňování významných zjevů minulosti; oba city znásobené tonem a způsobem vyjadřování příslušníků prvního tábora. To všechno svádí k tomu jakékoli pochybení

4) Jako jediný příklad budiž uvedeno jednak literární dílo Savignyho, jednak Bergho h ů v spis Jurisprudenz und Rechtsphilosophie 1892.

v projevech nové školy, jak bystře rozpoznal Savigny,⁵⁾ imputovati nové škole a ne jednotlivým příslušníkům jejím, jak je slušno, a proto se celé učení nové školy odmítá, a to tím snáze, že leckteré cenné poznatky získané příslušníky nové školy jsou mimo souvislost s novým učením, anebo že leckteré odchylky od dosavadního učení nevalně cenné si dávají pečeť cennosti jako důsledky nového učení.

3.) Třetí skupina může hleděti k Savignymu jako ke svému vzoru: srv. na str. XIII.:

„Alles Gelingen in unserer Wissenschaft beruht auf dem Zusammenwirken verschiedener Geistestätigkeiten. Um eine derselben und die aus ihr vorzugsweise entspringende wissenschaftliche Richtung in ihrer Eigentümlichkeit zu bezeichnen, war früher von mir und Anderen arglos der Ausdruck der historischen Schule gebraucht worden. Es wurde damals diese Seite der Wissenschaft besonders hervorgehoben, nicht um den Wert anderer Tätigkeiten und Richtungen zu verneinen oder auch nur zu vermindern, sondern weil jene Tätigkeit lange Zeit hindurch von Anderen versäumt worden war, also vorübergehend mehr als andere einer elfrigen Vertretung bedurfte, um in ihr natürliches Recht wieder einzutreten.“

Příslušníky této skupiny lze charakterisovati snad nejlépe jako odpůrce metodového singularismu⁶⁾ a přívržence staré zásady *suum cuique*, již nesluší nikterak ztotožňovati s metodickým synkretismem. Jsou tedy přesvědčeni, že žádná právníká metoda není schopna vyčerpati všech problémů, které se naskytají při činnostech, které lze nazvati právníkými a že jen pomocí různých metod lze dospěti k zdárnému výsledku. Jsou to povahy, které lze nazvati receptivními, ježto nebývají tvůrci a iniciátory. Každé nové evangelium totiž si žádá určité zaujatosti a jednostrannosti, kterých se jim právě nedostává. Chapou a cítí sice kazy a nedostatky dosavadního bádání, ale nemají dostatečných sil a schopností je odčiniti. Zato vítají nové směry a jsouce prosti fanatismu tvůrce a jeho epigonů, snaží se do toho, co z minulosti cenného přešlo do přítomnosti, s větším či men-

⁵⁾ Srv. na str. XIII.: „An jene Benennung (historische Schule) nun hat sich eine lange anhaltende, lebhaft angefechtung geknüpft und noch in neuester Zeit sind darüber harte Worte geredet worden. Eine Vertheidigung gegen solche Angriffe wäre unnütz, gewissermassen unmöglich sein; denn wie die Verstimmung mehr von persönlichen Gefühlen, als von wissenschaftlichen Gegensätzen ausgegangen ist, so pflegen auch die Widersacher der historischen Schule alles, was ihnen gerade unbecquem oder missfällig in literarischen Erscheinungen ist, unter jenen Namen zusammenzufassen und zu tadeln. Wer möchte da eine Widerlegung versuchen?“ Dosadíme-li za historickou školu, školu vůbec, bude míti tento passus obecnou platnost.

⁶⁾ K terminologii srv. K a l l a b u. m. II. str. 213. sl.

ším zdarem zapracovati cenný přínos, nový, a tak, až leckdy oběma krajním směrům podezřelí a nepřijemní, leccčím přispějí k zakotvení a rozšíření nových směrů.⁷⁾

4.) Jistě není nezajímavavo zjistiti, jak se obražejí směry právníckého bádání v nejvýznamnějších tak řečených praktických činnostech právníckých, to jest ve tvorbě zákonů a v rozhodování soudů (úřadů), čili jak se nyní namnoze s oblibou říká, v tvorbě norem abstraktních a konkrétních. Není pochybnosti, že by to bylo thema pro mnoho habilitačních i jiných spisů, žádajících si velké pile a svědomitosti. Ale přece snad lze říci několik slov, ke kterým dává oprávnění jakási zkušenost a znalost materiálu, o který jde. Je zřejmo, že jinak vypadá zákoník z počátku století 19tého a jinak zákoník z konce tohoto století. A třeba na takovém občanském zákoníku z r. 1811 poznáme zcela bezpečně, že je plodem školy práva přirozeného.⁸⁾ Nebo I. osnova k občanskému zákoníku pro říši německou by nebyla možná bez historické školy,⁹⁾ ačkoliv se tento poznatek spíše snad týká obsahu osnovy než jejího celkového a podstatného zjevu. Ale celkem se mně zdá, že v celé běžné praxi zákonodárné se sotva silněji obraží současné stanovisko naukové. Toto metodické stanovisko naukové se rovněž sotva zřetelně obraží v rozhodnutích soudů. Zase lze arci říci, že některá rozhodnutí by jistě nebyla redigována tak, jak redigována jsou, kdyby se v nauce nebyly vyskytly určité směry bádání. Tak na př. rozh. G. U. W. N. Ř. 2919 (jud. 166), 2986 (jud. 167), 2992, 3178 (jud. 171), 4185 (jud. 184), 4551, (jud. 189), 5342 (jud. 192), 5454 (jud. 193), 6485 (jud. 204), 7405 (jud. 221), 7414 (jud. 222), 7432 (jud. 226), 7446 (jud. 228), 7484 (jud. 232), nebo rozh. sb. Vážný 7622, 10632 by sotva byla redigována tak, jak redigována jsou, kdyby nebyla soudům přešla do krve metoda historická. Jiná, snad řidší rozhodnutí (srv. na př. G. U. W. N. Ř. 3809) jsou svědky obliby, které dosáhlo srovnávání právních řadů. Ale velká většina rozhodnutí nenese takto pečeť nauky. Ba dokonce se vyskytnou zjevy, že rozhodnutí, které je na sporu s novějším naukovým postojem, získá chválu stoupenců tohoto postoje a hanu jeho odpůrců.¹⁰⁾ Lze snad

⁷⁾ Srv. ostatně zajímavou poznámku, kterou o blízkosti projevů generačních má Becker, Über den Rechtsbegriff Kritische Vierteljahrschrift 1878, str. 106.

⁸⁾ Nejlépe o tom pojednal E. Swoboda ve svém známém spise Das abGB. im Lichte der Lehren Kants, 1926.

⁹⁾ Jung, Positives Recht, str. 3 sl.

¹⁰⁾ Mám na zřeteli na př. rozh. sb. Vážný 9076 a s ním souvislá rozh. 9402 a 9653, v nichž Nejvyšší soud československý přiznal pachytýři nejen posesorní, nýbrž i petitorní ochranu proti třetím osobám. Pečlivý rozbor povinností stanovených 25 kap. občanského zákoníka a tedy počínání odpovídající postoji školy normativní

řící, že naukové poznatky a celkový způsob vyjadřování vplývají do judikatury pozvolna a neznatelně, takže není zřetelných přechodů. Nauka tu působí, jak se zdá, spíše učitelskou než literární činností svých pěstitelů. Nevelký význam směrů právního bádání v zákonodárství i v judikatuře vysvětluje se, dojista v souhlase s tím, co bylo pověděno o závadnosti metodového singularismu, i tím, že ten či onen metodický postoj reprezentuje jen nepatrnou výseč otázek, se kterými se musí vypořádati zákonodárna a rozhodovací činnost. V zákonodárství a při rozhodování převažuje obsah zákona a rozhodnutí nad jeho formou. Co do zákonodárství, víme všichni, jak politické tendence, jež s metodickým postojem právního bádání nemají nic společného, určují celkový zjev zákona. Že i rozhodování soudní je daleko více úkonem politicky orientovaným než se obecně za to má, pokusil jsem se prokázat ve svém pojednání *Zákon a rozhodnutí*, Sborník věd právních a státních XXXII (1932) str. 89 sl.

5.) V tomto kratičkém pojednání se vyskytlo tolik citací, že nebude nesouměrné, když celé svoje stanovisko o metodách právního bádání s hlediska historického naznačím zase citátem. Si parva licet comparare magnis, platí reservatis reservandis o metodách právního bádání, co svým kouzelným způsobem velký historik Theodor Mommsen pověděl o civilisačních systémech:¹¹⁾ „So scheidet sich die alte Geschichte von der neuen nicht bloss zufällig und chronologisch: was wir die neue Geschichte nennen, ist in der Tat die Gestaltung eines neuen Kulturkreises, der in mehreren Entwicklungsepochen wohl anschliesst an die untergehende oder untergangene Zivilisation der Mittelmeerstaaten, wie diese an die älteste indogermanische, aber auch wie diese bestimmt ist eine eigene Bahn zu durchmessen und Völkerluck und Völkerleid in vollem Maasse zu erproben: Die Epochen der Entwicklung, der Volkskraft und des Alters, die beglückende Mühe des Schaffens in Religion, Staat und Kunst den bequemen Genuss erworbenen materiellen und geistigen Besitzes, vielleicht auch dereinst das Versiegen der schaffenden Kraft in der satten Befriedigung des erreichten Zieles. Aber auch dies Ziel wird nur ein vorläufiges sein, das grosartigste Zivilisationssystem hat seine Peripherie und kann sie erfüllen, nimmer aber das Geschlecht der Menschen, dem so wie es am Ziele zu stehen scheint die alte Aufgabe auf weiterem Felde und in höherem Sinne neu gestellt wird“.

musilo vésti k zamítnutí citovaných rozhodnutí, kdežto vynikající její stoupenec s nimi projevil souhlas. Nejvyšší soud v plenissimárním rozhodnutí (Vážný 11674) ostatně své výše uvedené mínění opustil s podrobným odůvodněním.

¹¹⁾ Römische Geschichte I. str. 4.

Každá metoda právního bádání (rozumí se, že tím míním jen směry opravdu cenné a významné) má ve vývoji bádání o právu svoji funkci a svůj úkol. Neznamená však nikdy poslední slovo a splnivši svůj úkol, učiní místo metodám jiným. Ale nezajde beze stopy a to, čeho jí bylo docíleno, přechází jako dědictví do dob pozdějších.

Contra bonos mores — gegen die
guten Sitten

von

Univ. Prof. Dr. Franz Gschnitzer,
Innsbruck.

Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch — einst eines der Gesetzbücher, die Europa beherrschten — teilt das Schicksal des Reiches, dem es entsprang. Sein Geltungsgebiet ist in mehrere selbständige Teile zerfallen und in jedem erleidet das Gesetzbuch immer neue Änderungen. Ja es soll da und dort neuen Gesetzbüchern Platz machen. Seine einstige Macht ist dahin und das gleiche Schicksal droht der Zivilrechtswissenschaft, die dem ABGB. dient: dass sie sich spalte, die gemeinsame Diskussionsbasis und den grossen Wirkungskreis verliere, der allein eine Wissenschaft tragen kann.

Wer aber das ABGB. kennt und liebt, der glaubt an seine unzerstörbare geistige Kraft. Auch dieser Beitrag will zeigen, wie richtig dieses alte Gesetzbuch eines der Grundprobleme des Privatrechts erkannte, an dem spätere Gesetzbücher und die neuere Wissenschaft blind vorübergingen. Konnte man bei der Jahrhundertfeier des ABGB. sagen, es habe sich jung erhalten, so muss man heute sagen: es hat sich in den letzten Jahrzehnten noch verjüngt. Ich meine damit nicht die drei Teilnovellen; ich meine, dass die tragenden Ideen des ABGB. neue Aktualität gewonnen haben. Wie rasch ist dagegen das deutsche bürgerliche Gesetzbuch gealtert — es kam freilich schon alt zur Welt! Und wenn wir daran denken, dass das römische Recht fast 1000 Jahre nach seinem Tode als gemeines Recht neu zu leben begonnen hat und dieses gemeine Recht, trotzdem ihm die modernen Kodifikationen den Geltungsbereich entzogen, noch immer nicht tot ist, sondern die gemeinsame Grundlage der europäischen Privatrechtswissenschaft bildet; dann dürfen wir hoffen, dass das ABGB. für alle Rechtsgebiete, die es einmal gemeinsam beherrschte, die unverlierbare Grundlage einheitlicher Wissenschaft und Lehre, — sozusagen ihr gemeines Recht! — bleibt, auch dort, wo es seine Geltung verlor oder noch verlieren wird.

Diese grosse Idee trägt auch die vorliegende Festschrift, an der Juristen aus allen Teilen des Geltungsbereiches des ABGB. vereint mitarbeiten. Zugleich aber zeigt sie dem Jubilar: wer für das ABGB. eintritt wie er, dem hält es die Treue, verkörpert in der Solidarität seiner wissenschaftlichen Bearbeiter.

Verbreitung und Bedeutung der Klausel. — Die Gutesittenklausel hat vom Code civil ausgehend das deutsche bürgerliche Gesetzbuch erobert und ist von dort mit der dritten Teilnovelle ins allgemeine bürgerliche Gesetzbuch eingedrungen. Dieses kannte sie aber schon früher, wenn auch an versteckter Stelle, im § 26. Und auch dem preussischen allgemeinen Landrecht war sie nicht unbekannt; nur sagte es statt gegen die guten Sitten wider die Ehrbarkeit. Ebenso enthält sie das schweizerische Obligationsrecht, die Entwürfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für Ungarn, für Jugoslawien und für die Tschechoslowakei.¹⁾

Zeugnis von ihrer ausserordentlichen Wichtigkeit gibt die zahlreiche Judikatur, die sich überall dieser Klausel bedient, die Literatur, die sie zu klären sucht; Zeugnis schliesslich, dass sogar ein Verfassungsgesetz — die deutsche Reichsverfassung in Art. 152 — sie unter den Grundrechten anführt. Das ist wahrhaft ein Siegeszug durch die Welt, wie ihn nur noch das Gebot von Treu und Glauben aufweisen kann.^{1a)}

Solche Generalklauseln sind ebenso bequem wie gefährlich: jedem speziellen Rechtssatz können sie an die Seite treten, ihn ergänzen, ihn aber auch ausser Kraft setzen; sie geben dem Richter das *ius adiuvandi, supplendi, corrigendi*. Und wenn man daran denkt, welche Änderungen im *ius civile romanum* die Macht des Prätors bewirkte, wenn man überlegt, wieviel neuen Rechtsstoff die Gutesittenklausel schon in der Zeit von 30 Jahren seit dem Bestehen des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches hervorgebracht hat, dann muss man zugeben: sie räumt dem Richter eine furchtbare Macht ein, sie hebt die richterliche Gebundenheit an das Gesetz und damit die Rechtssicherheit grossenteils wieder auf. Diese von bedeutenden Schriftstellern geteilten Bedenken²⁾ sind umso berechtigter, als auch viele

¹⁾ Cc. Art. 6 u. 1133; DBGB. §§ 138, 817, 826; ABGB. §§ 879 u. 1295/II; ALR. I 4 §§ 6 u. 7 und I 16 §§ 205, 206; SchwO. Art. 19, 20, 41; ungar. Entw. 1928, §§ 973 u. 1242; jugoslaw. Entw. 1934, §§ 865 u. 1242; tschechoslow. Entw. 1931, §§ 792 u. 1114.

^{1a)} In jüngster Zeit setzt die Gutesittenklausel zu einem neuen Vorstoss an: die Denkschrift des preuss. Justizministers, Berlin 1933 S. 127, will dem § 2 des noch geltenden deutschen StGB. folgenden Zusatz anfügen: „Ist aber eine nicht ausdrücklich für strafbar erklärte Handlung nach gesunder Volksanschauung sittlich verwerflich und wird ihre Bestrafung von dem einem bestimmten Strafgesetz zugrundeliegenden Rechtsgedanken gefordert, so hat der Richter für die Tat eine Strafe innerhalb des Rahmens des entsprechend angewendeten Strafgesetzes festzusetzen“. Die Begründung verkündet die Abkehr „von dem individualistischen römisch-rechtlichen Grundsatz „*nulla poena sine lege*“.

²⁾ H e d e m a n n, Die Flucht in die Generalklauseln — eine Gefahr für Recht und Staat 1933, schildert diese Gefahren eindringlich, schildert aber auch das Ein-

andere Erscheinungen darauf hindeuten, dass die Zeit des Rechtsstaates, die Zeit der geteilten Gewalt, der Garantie eines an das Gesetz gebundenen Richterspruches vorüber ist. Für das Gebiet des Privatrechtes besorgen diesen Wandel hauptsächlich die Generalklauseln; sie sind einer der interessantesten und entscheidendsten Punkte des Privatrechtes, die Stelle seines kräftigsten Wachstums. Deshalb ist es besonders notwendig ihr Wesen recht zu erkennen und hier fehlt es noch.

Was heisst gegen die guten Sitten? — Die herrschende Meinung im reichsdeutschen, schweizerischen und französischen Schrifttum³⁾ versteht die Wendung wörtlich; sie nennt „gegen die guten Sitten“ das, was gegen die sittlichen Gesetze, gegen die Moral, gegen das sittliche Volksbewusstsein verstösst. Es handelt sich dabei nicht um die reine Ethik, nicht um Moralsätze, die nur als Ideal gelehrt werden, sondern um die im Volksbewusstsein lebende und sich äussernde Ethik, um die tatsächlichen Durchschnittsanschauungen, um das, was dem herrschenden Volksbewusstsein, dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden entspricht und demgemäss auch fortwährendem Wechsel unterworfen ist. Missbräuche freilich, Unsitten, muss der Richter auch dann als sittenwidrig ansehen, wenn sie allgemeine Verbreitung gefunden hätten. Liest man die langatmigen Ausführungen darüber, so sieht man, wie meist der zweite Teil eines Satzes das zurückzieht, was der erste Teil behauptet. Es sind nur Redensarten, was hier geboten wird.⁴⁾ Mit Goethe müssen wir sagen: „Denn eben, wo Begriffe fehlen, da stellt ein Wort zur rechten Zeit sich ein“.

Es ist freilich nicht zu leugnen, dass unser Begriff zuerst als moralischer eingeführt wurde. Man denke an das richtunggebende Buch Lotmars, der unmoralische Vertrag 1896, und an die entsprechende österreichische Schrift Steinbachs, Moral als Schranke des Rechtserwerbes und der Rechtsausübung 1898. Es war auch die Meinung der Verfasser des ABGB. und der TNov. III (HNB. 380) „im Gesetz die Harmonie zwischen Recht und Moral zu verkünden“. Zeiller, der Redaktor

dringen dieser Klauseln in die Nebengesetze, und dieselben Tendenzen im Gebiete des öffentlichen Rechtes und des Verfahrensrechtes.

³⁾ Enneccerus-Kipp-Wolff-Nipperdey, § 178; bzw. Lehmann, § 230; Oser, insbes. zu Art. 20 SchwO. IV u. Tuhr, SchwO. § 31 V; Planiol-Ripert-Esmein VI 229.

⁴⁾ vgl. die glänzende Kritik bei Ehrenzweig, SchuldR. § 30 I III, auf dessen Darstellung die Untersuchung auch sonst vielfach beruht, und Planiol-Ripert-Esmein VI 229.

des ABGB., drückt sich in seiner Vorbereitung zur neuesten österr. Gesetzeskunde vorsichtiger so aus: „Obschon der bürgerliche Gesetzgeber nicht die Beförderung der Sittlichkeit, sondern die Gerechtigkeit oder den allgemeinen gesicherten Genuss der Rechte sich zum Zwecke vorsetzen und mit Zwang handhaben soll; so muss doch selbst aus den Zivilgesetzen durchgehends Achtung für die Würde des Menschen, für Billigkeit, gute Sitten und Religion hervorleuchten“. Allein es wäre nicht zum ersten Mal, dass ein Begriff zunächst unter falscher Flagge segelte und erst später in seiner vollen Tragweite erkannt wurde. Ich glaube, dass das ABGB. in seiner ursprünglichen Gestalt, also vor der TNov. III, zusammen mit dem Cc. imstande ist, uns zu den Quellen und zum richtigen Verständnis des Begriffes der guten Sitten zu führen.

Widerlegung der herrschenden Meinung aus dem ABGB. — Im alten ABGB. enthält nur der letzte Satz des § 26 die Gutesittenklausel. Er definiert die unerlaubten Gesellschaften als diejenigen, welche 1.) durch die politischen Gesetze insbesondere verboten werden oder 2.) offenbar der Sicherheit, öffentlichen Ordnung oder den guten Sitten widerstreiten. Den zweiten Teil fügte erst die Superrevision (Ofner II, 496) mit der Begründung ein, dass einige Gesellschaften an sich offenbar unzulässig seien. Man wollte damit sagen, auch wenn sie nicht gegen ein besonderes Verbotsgesetz verstießen. Dieser zweite Teil sollte also der Lückenausfüllung dienen; er ist bereits eine Generalklausel, freilich mit sehr beschränktem Anwendungsgebiet. Im Sinne des § 26 ist demnach unerlaubt: 1.) was gegen ein gesetzliches Verbot verstösst und 2.) was, ohne gegen ein ausdrückliches Verbot zu verstossen, offenbar der Sicherheit, öffentlichen Ordnung oder den guten Sitten widerstreitet. Auch der Verstoss gegen die guten Sitten ist also ein Fall der Unerlaubtheit oder modern gesagt der Rechtswidrigkeit.

Ebenso sagt der Cc. Art. 1133, unerlaubt sei: verboten durch das Gesetz, gegen die guten Sitten oder gegen die öffentliche Ordnung. — Und wenn Zeiller zu § 26 schreibt: unerlaubt ist, was das Gesetz besonders verbietet und was ohne besonders verboten zu sein von selbst als unerlaubt einleuchtet, so schreibt Marcadé I 78 zu Art. 6 Cc. beinahe mit den gleichen Worten: der Gesetzgeber verbietet nicht alles eigens, von dem offenkundig ist, dass es unerlaubt ist (eine sehr richtige Beobachtung: gerade das Selbstverständliche dekretiert man nicht!). — Dieselbe Zweiteilung zeigt Art. 19/II, SchwO., während Art. 20 sie verdunkelt, indem er den Verstoss gegen ein Verbotsgesetz

allein als widerrechtlich bezeichnet und dieser Widerrechtlichkeit die Sittenwidrigkeit gegenüberstellt.

Die Definition des § 26 für die Unerlaubtheit soll aber allgemein gültig sein! Das ergibt sich aus Zeillers Kommentar. Er zitiert den § 26 mit seinem Hinweis auf die guten Sitten überall, wo das ABGB. von unerlaubt redet. Er tut es bei § 696 (unerlaubte Bedingungen) Z. 3; bei § 878 (Unmöglichkeit und unerlaubter Vertrag) Z. 3; bei § 1174 (condictio ob iniustam vel turpem causam) Z. 2. Und im § 897 (unerlaubte Bedingungen) verweist Zeiller auf § 878, im § 1271 (unerlaubtes Spiel und Wette) auf § 1174.

An der Erkenntnis: Sittenwidrigkeit ist ein Fall der Rechtswidrigkeit darf uns der Ausdruck gute Sitten nicht irre machen. Zwar weist er auf die Moral hin, aber zur Zeit des ABGB. und dess Cc. verstand man unter Moral und moralisch im juristischen Sinn etwas anderes als heute. Wie hätte man sonst für erlaubte Gesellschaft moralische Person sagen können?⁵⁾ Wir haben dafür einen weiteren Beweis. Zu § 878 nennt Zeiller das Unerlaubte rechtlich oder gesetzlich unmöglich. Danach ist eine unerlaubte Bedingung eine rechtlich oder gesetzlich unmögliche. Zeiller sagt nun zu § 689 Z. 6 von einer unerlaubten Bedingung, sie sei moralisch unmöglich. Im gleichen Sinn spricht Nippel von dem sittlich Unmöglichen im Gegensatz zum physisch Unmöglichen. Damit setzen sie moralisch gleich rechtlich oder gesetzlich, also gleich erlaubt und zwar wieder mit der Zweiteilung im Hintergrund: was nicht gesetzwidrig und auch nicht offenbar rechtswidrig ist. Ist aber moralisch gleich erlaubt, so muss unmoralisch (und gegen die guten Sitten heisst unmoralisch!) gleich unerlaubt sein. Daneben gibt es noch einen engeren Sinn von unmoralisch — unerlaubt; in diesem bedeutet es nur den offenbaren Verstoss gegen Rechtsprinzipien ohne Verstoss gegen ein gesetzliche Verbot. So spricht Zeiller zu § 696 Z. 3 von unerlaubten Bedingungen, „die der Sicherheit, öffentlichen Ordnung oder den guten Sitten, folglich den (moralischen) Freiheitsgesetzen widerstreiten“. Und unter Freiheitsgesetzen versteht er die obersten Grundsätze des Gesetzgebers, die er zu § 6 so umschreibt: „Die letzte Absicht des Zivilgesetzgebers ist die Realisierung des obersten allgemeinen Rechtsgesetzes, welches die Freiheit eines Einzelnen darauf beschränkt, dass auch alle übrigen als Gemeinschaft mit ihm frei tätig oder sicher sein können. — Moralisch und unmoralisch ist also nicht im heutigen Sinn von Moral verstanden. Der Verstoss gegen die guten Sitten

⁵⁾ vergl. die Marginalrubrik zu § 26 mit dem Text dieses Paragraphen; auch Zeiller setzt in Z. 1 zu § 26 Beides ausdrücklich gleich!

ist für das ABGB. und den Cc. kein Verstoss gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden, sondern der Verstoss gegen die obersten Grundsätze des Gesetzgebers.^{5a)}

Das gilt nun nicht nur für das alte ABGB, sondern auch für das novellierte. Die TNov. III ergänzte die Marginalrubrik zu den §§ 878, 879. Sie lautet jetzt: Unmöglichkeit und Unerlaubtheit. Da der novellierte § 878 nur noch von der Unmöglichkeit handelt, muss § 879 von der Unerlaubtheit handeln. Sein erster Absatz erklärt den Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot (1) oder gegen die guten Sitten (2) verstösst, für nichtig, gemäss der Marginalrubrik offensichtlich wegen Unerlaubtheit. Wir haben wieder die Zweiteilung und die kürzere Fassung der Generalklausel, das Entfallen des Hinweises auf die öffentliche Ordnung sollte nach den Materialien zur TNov. III keine sachliche Änderung bedeuten.⁶⁾ So ist die österr. Lehre im vollen Recht, wenn sie den Verstoss gegen die guten Sitten als einen Fall der Unerlaubtheit, Rechtswidrigkeit auffasst.⁷⁾

In der Tat haben die guten Sitten auch in der Praxis mit Moral herzlich wenig zu tun, wie Ehrenzweig richtig bemerkt. Und beim Wirtschaftskampf, wo die Sittenklausel besonders häufig angewendet werden muss, hat die Praxis Formeln in mühsamer Arbeit entwickelt, die der oben zitierten Zeillers recht ähnlich sind: die Freiheit eines Einzelnen darauf beschränkt, dass auch alle übrigen als Gemeinschaft

^{5a)} Die oben in Anm. 1 zitierte Generalklausel der Denkschrift des preussischen Justizministers kehrt dazu teilweise zurück, wenn sie von dem einem Strafgesetz zugrundeliegenden Rechtsgedanken spricht.

⁶⁾ Nebenbei bemerkt hätte man wohl den Hinweis auf den *ordre public* besser beibehalten. Die Materialien zum DBGB. und zur TNov. III meinen, er sei zu unbestimmt, doch ist er es gewiss nicht mehr als die Gutesittenklausel selbst und andererseits hätte er davor bewahrt, sich ganz auf das Gebiet der Ethik und Moral zu verlieren. Das sowjetrussische ZGB. § 30 hat ebenfalls die Zweiteilung in gesetzwidrig und offenbar rechtswidrig. Es umschreibt das Zweite als das, was auf die offenbare Schädigung des Staates gerichtet ist; es ist also den umgekehrten Weg gegangen, es hat auf den *ordre public* allein und nicht mehr auf die Schädigung des einzelnen Mitstaatsbürgers abgestellt.

⁷⁾ Die Richtung gab Ehrenzweig; dort weitere Gewährsmänner; vgl. auch Wolff in Klangs Kommentar zu § 1295. Die historische Ableitung aus dem alten ABGB., und dem Cc. wurde von mir zum ersten Mal in Klangs Kommentar zu § 879 durchgeführt; aus ihr folgere ich auch eine wichtige Abweichung von der herrschenden österr. Lehre: Sittenwidrigkeit ist offenbare Rechtswidrigkeit. S. u. Aus meiner Darstellung in Klangs Kommentar stammen die Grundgedanken dieses Aufsatzes, die bei mancher Gleichheit im Einzelnen hier noch weiter ausgeführt und besser begründet wurden.

mit ihm frei tätig oder sicher sein können. Sittenwidrig daher die Knebelung oder wirtschaftliche Vernichtung des Gegners.

Unsere Lösung ist aber nicht nur richtig für das ABGB. und den Cc., bei denen das aus dem Gesetzestext selbst hervorgeht. Die Lösung ist allgemein gültig. Giltig insbesondere auch für das DBGB., das ja seine Generalklausel dem Cc. nachbildete.

Was ist damit gewonnen, dass wir die Sittenwidrigkeit als einen Fall der Rechtswidrigkeit erkennen? — Was rechtswidrig ist, ist selbst höchst wandelbar, unbestimmt und bestritten. „Die Frage nach den Kriterien der Rechtswidrigkeit ist einer exakten Lösung prinzipiell unzugänglich.“⁸⁾ Und dass wir keine fixe Regel gewinnen können, liegt ja im Wesen der Generalklausel, die das gar nicht will. Trotzdem ist viel erreicht: wir haben es nur mehr mit einem der Rechtswissenschaft längst geläufigen Rechtsbegriff zu tun und nicht daneben mit einem ganz vagen ausserrechtlichen.

Wir wissen zB., dass es nach österr. Recht eine objektive, unverschuldete Rechtswidrigkeit gibt (§ 1294), also wird es auch objektive Sittenwidrigkeit geben können. Dass eine allgemein eingerissene Unsitte rechtswidrig sein kann, ist klar, also kann sie auch sittenwidrig sein. Ob etwas gegen die guten Sitten verstösst, ist danach Rechtsfrage und unterliegt daher der Revision. Der Irrtum über die guten Sitten ist Rechtsirrtum.

Es ist ferner klar, dass zwischen Gesetzwidrigkeit und Sittenwidrigkeit keine scharfe Grenze besteht. Häufig hat man zuerst als sittenwidrig erfasst, was sich später zu einem gesetzlichen Verbot kristalisierte, zB. bei der Konkurrenzklausel. Ein Verhalten kann in der einen Rechtsordnung gegen die guten Sitten, in der anderen gegen ein gesetzliches Verbot verstossen. Das beste Beispiel dafür ist, dass das ABGB. das Wucherverbot unter den gesetzlichen Verboten im § 879 Z. 4 aufzählt, das DBGB. es als Fall des Verstosses gegen die guten Sitten ansieht (§ 138/II). Das DBGB. widerspricht sich damit freilich selbst, denn es stellt ja einen besonderen Wuchertatbestand, also ein gesetzliches Verbot auf. Oft kann schliesslich der Richter einen Verstoss gegen ein Verbotsgesetz annehmen, indem er dieses ausdehnend auslegt, er könnte sich aber ebenso gut auf die offenbare Rechtswidrigkeit, die Sittenwidrigkeit, berufen. Beides geschieht bei der Gesetzesumgehung, dem *agere in fraudem legis*.

⁸⁾ Hohenleitner, Werurteil und Tatbestand, Heft 316 der strafrechtlichen Abhandlungen, Breslau—Neukirch 1933, S. 12, 13.

Ja — könnte man noch einwenden — hat denn der Richter nicht ohnehin nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen festzustellen, was rechtswidrig ist und kommt er, wenn er über die ausdehnende Auslegung der Verbotsgesetze zur Analogie und zuletzt zu den natürlichen Rechtsgrundsätzen fortschreitet, nicht ohnehin zur Bekämpfung des in keinem Gesetze eigens verbotenen Rechtswidrigen, das ist: des Sittenwidrigen? Die besondere Betonung der Sittenwidrigkeit kann also höchstens den Sinn haben, den Richter an seine Pflicht zu erinnern. Gewiss! Doch diese Erinnerung ist nicht überflüssig, denn bei Verbotsgesetzen gilt sonst der alte Satz: was nicht verboten ist, ist erlaubt und verhindert den Richter ausdehnend auszulegen. Die Gutesittenklausel schärft demgegenüber die Befugnis und Pflicht zur ausdehnenden Auslegung, Analogie und Lückenergänzung auch bei Verbotsgesetzen ein.

Die Gutesittenklausel hat weiter den Vorteil, eine allzu künstliche Auslegung abzuschneiden. Sie soll den Richter anleiten, ins Urteil das aufzunehmen, was ihn erst zur Konstruktion führte: die Einsicht, hier liege offenbar Widerrechtlichkeit vor, es müsse geholfen werden. Der logische Umweg soll abgeschnitten werden. Wo früher der Richter mit Analogie geholfen hätte, kann er jetzt mit dem Verstoss gegen die guten Sitten arbeiten.

Allein die Gutesittenklausel gibt dem Richter noch eine weit grössere Macht: er soll auch ein vom Gesetz sonst erlaubtes Verhalten verhindern, wo es sittenwidrig ist, ja sogar ein gesetzliches Verbot kann revidiert werden, wenn sonst Sittenwidrigkeit die Folge wäre. Ein gesetzlich geregeltes Beispiel für den ersten Fall ist das Schikaneverbot im § 1295/II. Für den zweiten Fall kann man als Beispiel anführen, dass zwar das wucherische Geschäft vom Straf- und Zivilrecht moralisch verpönt wurde (HHB. 263) und daher nichtig ist, dass aber der Wucherer diese Nichtigkeit nicht geltend machen kann, weil das als sittenwidrig erscheint. Dieses *ius corrigendi* zeigt die Gutesittenklausel in ihrer höchsten Bedeutung; aber auch andere Generalklauseln besitzen es. Die Aufwertungsrechtsprechung in Deutschland hat gezeigt, wie unsere Klausel und ihre Zwillingschwester, die Regel von Treu und Glauben, sogar zwingende Sätze öffentlichen Rechts (Währungsgesetze) brechen können. Hier kehrt sich also der alte Satz, *lex specialis derogat legi generali* um! Dieses königliche Amt bürdet dem Richter ungeheure Verantwortung auf. Die Gefahr der Rechtsunsicherheit ist gross. Schliesslich käme man dazu, alle speziellen Rechtssätze entbehren zu können und mit wenigen Generalklauseln auszukommen, zB. statt aller Verbotsgesetze den allgemeinen Satz aufzustellen: was gegen die guten Sitten ist, ist verboten. Ein

solcher Kurzschluss liegt nicht in der Absicht des Gesetzes und darum enthält unsere Klausel zugleich eine Vorsichtsmassregel, die bisher auch die österreichische Lehre übersehen hat.

Sittenwidrigkeit ist offenbare Rechtswidrigkeit ohne besondere Gesetzwidrigkeit. — § 26 nennt unerlaubte Gesellschaften diejenigen, welche durch die politischen Gesetze insbesondere verboten werden, oder offenbar der Sicherheit, öffentlichen Ordnung oder den guten Sitten widerstreiten. Die Begründung für diese Generalklausel lautete: dass einige Gesellschaften an sich offenbar unzulässig seien und das „offenbar“ blieb dann im Texte stehen. Dem Verstoss gegen ein Verbotsgesetz wird also nur die offenbare Rechtswidrigkeit an die Seite gestellt. Ebenso spricht Zeiller von dem einleuchtend, Marcadé von dem offenkundig Unerlaubten, Planiol von *hautement répréhensive*. Auch im § 878 alt hiess es noch geradezu unmöglich und unerlaubt. Die TNov. III zog dann die lange Wendung „offenbar der Sicherheit, öffentlichen Ordnung oder den guten Sitten widerstreiten“ in die kurze: „gegen die guten Sitten“ zusammen und wir müssen jetzt eben sagen: gegen die guten Sitten ist, was offenbar, grob rechtswidrig ist, ohne gegen ein besonderes Verbotsgesetz zu verstossen.

Die Sache ist klar; wenn der Richter ohne Verstoss gegen ein Verbotsgesetz auf Rechtswidrigkeit erkennt, soll er die nötige Vorsicht üben. Wenn etwas gegen ein gesetzliches Verbot verstösst, so kann der Richter verhältnismässig einfach und eindeutig seine Rechtswidrigkeit feststellen. Was aber kein Gesetz ausdrücklich verbietet, muss offenbar widerrechtlich sein, d. h. die Interessenabwägung muss eine grobe Verletzung rechtlich geschützter Interessen oder bei Interessenkollision ein grobes Missverhältnis zwischen den durch die Handlung verletzten und den durch sie geförderten Interessen ergeben. Ähnlich wie bei Notstand. Sonst könnte der Richter leicht etwas für widerrechtlich erklären, was es nicht ist. So aber kann das trotz der möglichen Fehlergrenze nicht mehr geschehen, weil eben die Handlung weit von der Rechtmässigkeit entfernt sein muss. Andererseits kann man den Parteien etwas nicht ausdrücklich Verbotenes doch nur zurechnen, wenn es offenbar (grob, krass) widerrechtlich ist. Nur mit dieser Vorsichtsmassregel darf der Gesetzgeber hoffen, dass bei der Rechtsfortbildung doch mit geringen Schwankungen Richtung gehalten wird, darf er hoffen, dass das Mittel der Generalklausel erst verwendet wird, wenn ein gewisser Überdruck das Ventil notwendig macht. Darum zeigt sich bei allen elastischen Wendungen dasselbe

Bestreben: der elastische Wuchertatbestand des § 879 Z. 4 verlangt ein auffälliges Missverhältnis; § 934 eine *laesio enormis*; das Schikaneverbot offenbare Schädigungsabsicht (§ 1295/II). Grober Undank schwere Misshandlungen, sehr empfindliche Kränkungen, wichtige Gründe — alles ähnlich gebaute Ventile. Bei der *clausula rebus sic stantibus*, auch einer Generalklausel und Ventilnorm, finden wir sogar auf den Vertrag angewendet wieder dieselbe Zweiteilung zwischen geschriebenem und ungeschriebenem Recht: § 936 verlangt Vereitelung des ausdrücklich bestimmten oder des aus den Umständen hervorleuchtenden Zweckes (denn das Selbstverständliche wird häufig nicht bestimmt, wie *Marcadé* richtig sagt).

Erst so wird auch der zweite Absatz des § 1295 ganz verständlich (ihm entspricht vollkommen Art. 41 SchwO.). Gerade hier erscheint die Einfügung der Sittenwidrigkeit durch die TNov. III als überflüssig, ja sogar als Einschränkung des ersten Absatzes.⁹⁾ Denn wenn Absatz 1 jede schuldhaft rechtswidrige Schädigung mit Ersatz belegt, Absatz 2 dasselbe von der absichtlich sittenwidrigen Schädigung erklärt und man sittenwidrig gleich rechtswidrig setzt, so besteht zwischen den beiden Absätzen des § 1295 ein unlösbarer Widerspruch: in Absatz 1 verpflichtet jede schuldhaft, in Absatz 2 nur die absichtliche rechtswidrige Schädigung zu Ersatz und doch ist Absatz 2 als Erweiterung gedacht. Eine Erweiterung kann Absatz 2 nur bringen, wenn entweder sittenwidrig nicht rechtswidrig ist (so sehen es die Materialien zur TNov. III an),¹⁰⁾ oder wenn das Sittenwidrige eine besondere Art des Rechtswidrigen ist: nämlich Rechtswidrigkeit ohne Verstoss gegen ein besonderes gesetzliches Verbot (das ist die hier vorgetragene Lehre). Hier muss der Richter Vorsicht üben und diese Vorsicht glaubt die TNov. III mit einer Qualifikation der Schuldform (Absicht) zu erreichen. Nun ist nicht zu leugnen, dass die schwerere Schuld auch die Rechtswidrigkeit erhöht, aber richtiger sollte § 1295/II auch das schuldhaft sittenwidrige Verhalten, d. i. das schuldhaft, zwar nicht gesetzwidrige, aber grob rechtswidrige Verhalten, mit Schadenersatz belegen. Ganz ähnlich hat man beim Wucher zuerst die Schuldform des Vorsatzes verlangt (arg. „ausbeuten“) und begnügt sich jetzt mit grober Fahrlässigkeit, denn die Qualifikation wird nicht mehr in der notwendigen

⁹⁾ Ehrenzweig, Gutachten 1908 13 ff.; Wolff, Verbotenes Verhalten 212 und in *Klangers* Kommentar.

¹⁰⁾ Wolff schreibt dazu in *Klangers* Kommentar IV 41, 42: „Tatsächlich wurde dieser zweite Absatz nur aus der eben dargestellten unrichtigen Auffassung heraus, allerdings aber auch als Reaktion gegen eine unrichtige Lehre und Rechtsprechung beigefügt, damit nicht nur in den im Gesetze ausdrücklich angeführten Fällen Schadenersatz zugesprochen werde“.

bösen Absicht, sondern im auffälligen Missverhältnis erblickt. Ja Ehrenzweig wollte konsequent diesen objektiven Sachverhalt allein genügen lassen.¹¹⁾

Sittenwidrig — zwar nicht Verstoss gegen ein Verbotsgesetz, wohl aber offener Verstoss gegen die obersten Rechtsprinzipien; oder kurz: nicht gesetz- aber grob rechtswidrig — das ist das Ergebnis unserer Untersuchung. Mag auch der Richter oft schon bisher die hier gegebenen Regeln instinktiv befolgt haben, diese Arbeit will dazu beitragen, dass er mit der grösseren Sicherheit klaren Bewusstseins den richtigen Weg weiter geht: bedächtige Rechtsfortbildung im Geiste der Gesetzgebung unter möglichster Wahrung der Rechtssicherheit!

¹¹⁾ s. *Klangers* Kommentar zu § 879, S. 204, 205.

Prilog legislativnome uređenju nad-
ležnosti sudova drugoga i trećega
stepena u građanskim pravnim
stvarima osim parničnih

od

d-ra Miroslava Muhe,
sudije Apelacionog suda
Zagreb

Poznato je, da je praksa u području Apelacionog suda u Zagrebu stala na stanovište, da propisi §§ 3 i 4 Grpp-a o nadležnosti sudova za rješavanje pravnih lijekova u drugom i trećem stepenu važe samo za parnične stvari, a da za stvari vanparnične, zemljišno-knjižne i stvari izvršenja važi i dalje naređenje § 91 Građanskog sudovnika odnosno propisi sadržani u specijalnim zakonima.

Mora se priznati, da je to stanovište prakse razumljivo s obzirom na donesene u tom pogledu zakonske propise. Za to stanovište vojuju naređenja §§ 14, 32 i 40 Zakona o uređenju redovnih sudova od 18 januara 1929 god., koji glase ovako :

„Okružni sudovi vrše u građanskim parničnim i vanparničnim predmetima kao i u predmetima izvršenja sudsku vlast u prvom stepenu kao i sudsku vlast u drugom stepenu prema zakonima, koji se tiču tih predmeta“ (§ 14).

„Apelacioni sudovi vrše sudsku vlast u drugom stepenu u građanskim predmetima, koji na osnovu pravnih lijekova protivu odluka nižih sudova dolaze pred apelacioni sud po naređenjima Zakona o građanskom sudskom postupku ili drugih zakona“ (§ 32).

„Kasacioni sud vrši sudsku vlast u posljednjem stepenu u građanskim parničnim i vanparničnim predmetima, prema naređenjima Zakona o postupku, koji se tiču tih predmeta“ (§ 40).

Za to stanovište vojuju citirana naređenja s razloga što se u njima kaže: „prema zakonima, koji se tiču tih predmeta“ (§ 14), „po naređenjima Zakona o građanskom sudskom postupku ili drugih zakona“ (§ 32) i „prema naređenjima zakona o postupku, koji se tiču tih predmeta“ (§ 40). Prema takvoj stilizaciji tih propisa izgleda naime, kao da su sastavljači tog zakona računali s tim, da će svaki pojedini zakon određivati sud drugog i trećeg stepena. Međutim se dogodilo to, da ni Zakon o izvršenju i obezbjeđenju od 9 jula 1930 ni Zakon o zemljišnim knjigama od 18 maja 1930 ne sadrže propise o sudovima drugog i trećeg stepena.

Naročito se ukazuje razumljivim pomenuto stanovište s obzirom na propise § 5 stav 1 Zakona o sjedištima i teritorijalnoj nadležnosti specijalnih sudova od 24 decembra 1932 g.: „Na području Vrhovnog

suda u Sarajevu u vanparničnom postupku podrazumijevajući ovdje i stečajni postupak, kao i postupak u zemljišno-knjižnim stvarima, ukoliko je po postojećim propisima protiv odluka donesenih u takvom postupku pravni lijek dopušten, takav pravni lijek ide na okružni ili apelacioni sud, prema tome, da li je odluka u prvom stepenu donesena od sreskož ili okružnog suda, a protiv odluke okružnog ili apelacionog suda kao suda drugog stepena pravni lijek ide na Vrhovni sud“.

Iz toga propisa naime slijedi, da su i njegovi sastavljači mišljenja, da propisima §§ 3 i 4 Grpp-a nije uređena nadležnost sudova drugog i trećeg stepena za sve građanske pravne stvari nego samo za parnične stvari.

Kako da se ta nadležnost uredi legislativno?

Prema nekom mišljenju pitanje bi se imalo urediti tako, da se propisi o nadležnosti sudova drugog i trećeg stepena donesu za svaki zakon zasebice i to za Zakon o izvršenju i obezbjeđenja, koji je već stupio u život, ali nije još dobio obaveznu snagu, u njegovom uvodnom zakonu, koji se ima donijeti, a za Zakon o vanparničnom postupku, koji će se doskora donijeti, u samom tom zakonu. A kako da se pitanje uredi za Zakon o zemljišnim knjigama? Prema tom istom mišljenju imali bi propisi o nadležnosti viših sudova, uneseni u Zakon o vanparničnom postupku, važiti i za Zakon o zemljišnim knjigama, jer da se i zemljišno-knjižne stvari uračunavaju u vanparnični postupak. To nije tačno. Ostavljajući na stranu činjenicu, da se u glavnome propisi Zakona o zemljišnim knjigama osnivaju na sasvim drugim principima, nego li su oni, kojima je prožet Zakon o sudskom vanparničnom postupku, Zakon o zemljišnim knjigama nema nikakve veze sa Zakonom o vanparničnom postupku. Zato propis o nadležnosti sudova viših stepena, unesen u Zakon o vanparničnom postupku, ne bi imao nikakav uticaj na Zakon o zemljišnim knjigama. Taj propis bio bi obvezatan za zemljišno-knjižne stvari istom onda, kada bi se u Zakonu o sudskom vanparničnom postupku izričito kazalo, da taj propis važi i za postupak u zemljišno-knjižnim stvarima.

Svi su zakoni, kojima su predmet građanske pravne stvari, u odnosu prema Zakonu o sudskom postupku u građanskim parnicama (Grpp.), vanparnični zakoni, ali propisi svakog pojedinog vanparničnog zakona važe samo za dotični zakon, ukoliko nije pozitivnim zakonskim naređenjem određeno, da izvjestan propis ima da važi i za drugi koji vanparnični zakon, odnosno ukoliko se iz stilizacije izvjesnog propisa ne vidi, da on ima da važi i za drugi koji zakon.

Taj način uređenja pitanja, koje se ovdje raspravlja, bio bi najnezgodniji. — I evo, zašto. Propisi o nadležnosti sudova drugog i

trećeg stepena nalazili bi se glede Građanskog parničnog postupnika i glede Vanparničnog postupnika u tim zakonima, dok bi se glede Izvršnog postupka i Postupka u zemljišno-knjižnim stvarima nalazili izvan dotičnih zakona, i to ne samo izvan dotičnih zakona, već i tako, da bi oni glede izvršnog postupka ušli u uvodni zakon za Zakon o izvršenju i obezbjeđenju, dok bi oni glede zemljišno-knjižnih stvari ušli u zakon, koji nema nikakve veze sa Zakonom o zemljišnim knjigama. Pitanje bi dakle bilo uređeno prvo bez ikakve sistematike i drugo na način, koji bi svakomu, dakle i laiku, otkrivao postojanje očite pometnje u zakonskom uređivanju tog pitanja. Uza to bi taj način uređenja pitanja imao onu istu manu, koju bi imao drugi način.

Taj drugi način bio bi sličan onome, kojim je uređeno pitanje za područje Vrhovnog suda u Sarajevu, tj. gore citiranim propisom Zakona od 24 decembra 1932. Mogao bi se naime donijeti samostalan zakon, kojim bi se pitanje uredilo za one građanske pravne stvari, za koje se drži da nisu normirane u Građanskom parničnom postupniku. Taj bi način bio nezgodan s ovoga načelnog razloga:

Po srijedi je naime značenje riječi: „građanska pravna stvar“, koje se nalaze u prvom dijelu Grpp-a.

Austrijsko procesno pravo, koje smo mi uglavnom recipirali, normiralo je vršenje sudske vlasti i nadležnost redovnih sudova u građanskim pravnim stvarima posebnim zakonom od 1 avgusta 1895, broj 111 l. drž. z. (jurisdikcionom normom). Taj zakon sadržava osim propisa, koji su s nekim manjim izmjenama uneseni u naš novi Građanski parnični postupnik od 13 jula 1929 god. (§§ 1-101), još i neke druge propise, koji se odnose na izvršne, vanparnične i zemljišno-knjižne stvari.

On je dakle sadržavao opće propise o vršenju sudske vlasti u svim stepenima redovnih sudova i specijalne propise o nadležnosti redovnih sudova u prvom stepenu za parnične stvari u potpunosti, a za ostale građanske stvari samo djelimice tj. samo za vanparnične i zemljišno-knjižne stvari, dok za izvršne stvari ne donosi nikakvih propisa o nadležnosti u prvom stepenu, jer je u tim pravnim stvarima ta nadležnost normirana Ovršnim redom od 27 maja 1896 l. drž. z. broj 79.

Naš novi Grpp. uređuje nadležnost za rješavanje pravnih lijekova u drugom i trećem stepenu u §§ 3 i 4 i to stvarno tačno jednako kao i Austr. jurisdikciona norma u §§ 3 i 4.

I sad, nesumnjivo je, da izvjestan propis, ako je u sebi potpun, tj. ako se ne dopunjava drugim kojim propisom, ne može imati drugo značenje zato, što je iz jednog zakona prenesen u drugi. Propisi §§ 3 i 4 Grpp-a nisu doduše u sebi potpuni, jer nije u njima

rečeno, koje prirode su odluke, koje se pobijaju pravnim lijekovima, kao što s istog razloga nisu potpuni ni §§ 3 i 4 Austr. jurisdikcione norme, ali i jedni i drugi se dopunjavaju propisom § 1 jurisdik. norme, odnosno propisom § 1 Grpp-a, koji govore o vršenju sudske vlasti „u građanskim pravnim stvarima“, pa zato propis § 3 našeg Grpp-a, koji je istovjetan sa propisom § 3 austr. jurisdikcione norme, mora imati, jer je dopunjavan onako isto kao što odnosni propis jurisdikcione norme, isto značenje, što ga ima istovjetni propis citirane norme, osim ako riječi „u građanskim pravnim stvarima“ („in bürgerlichen Rechtssachen“) nisu u novom Grpp-u dobile drugo značenje, nego li je ono, što ga imaju iste riječi u Austr. jurisdikcionoj formi.

Svi komentatori austrijskog procesnog prava slažu se u tome, da „građanske pravne stvari“ znače sve građanske stvari (Zivilsachen) za razliku od krivičnih stvari. A sad komentatori našeg postupnika vele odjednom, da „građanska pravna stvar“ znači parnična stvar. Zašto je isti izraz, koji je u austrijskom procesnom pravu značio sve građanske stvari za razliku od krivičnih, dobio ograničenije značenje. značenje parnice, pravnog spora? Očito samo zato, što je taj izraz sada uzet u građanski parnični postupnik, dakle u zakon, koji normira postupak u građanskim parnicama, dok se u austrijskom procesnom pravu nalazi u jurisdikcionoj normi, koja uređuje vršenje sudske vlasti i nadležnost redovnih sudova u građanskim pravnim stvarima uopće, dakle bez ograničenja na parnične stvari.

Ponajprije izvjestan izraz, koji imade svoje izrađeno, stalno i izrazito značenje (§ 6 o. g. z.), ne može da promijeni to značenje zbog toga, što je iz jednog zakona prešao u drugi. „Građanska pravna stvar“ ili ukratko, „građanska stvar“ znači za svakog pravnika svaku pravnu stvar, koja nije krivična (građanske i krivične stvari, Zivil- und Strafsachen). Takva promjena značenja je moguća temeljem logičnog tumačenja tek kod izraza, koji nemaju stalno i izrazito značenje, što ovdje nije slučaj.

A zatim uzato vidimo, da isti Građanski parnični postupnik, koji navodno i u svojim prvim naređenjima normira samo parnične stvari, taman u tim naređenjima i te kako ističe razliku između „građanskih pravnih stvari“ i parničnih stvari. To isticanje razlike vidimo već u § 5: Kod sreskih sudova vrši sudska vlast „u građanskim pravnim stvarima“ sudija pojedinac, kod okružnih i trgovačkih sudova, ukoliko posebnim naređenjima nije što drugo propisano, vijeće, koje se, bilo da sudi u prvom ili drugom stepenu, sastoji iz tri sudije, od kojih jedan pretsjedava.

U vijećima trgovačkih sudova i u vijećima okružnih sudova, koji odlučuju u prvom ili drugom stepenu u trgovačkim ili pomorskim stva-

rima (trgovačka vijeća), ili u rudničkim stvarima (rudnička vijeća), na mjesto jednog sudije dolazi „u spornim pravnim stvarima“ jedan počasni sudija iz kruga trgovaca ili ljudi vještih brodarstvu ili rudarstvu.

Okružni i trgovački sudovi vrše dakle sudska vlast u građanskim pravnim stvarima (in bürgerlichen Rechtssachen) u vijećima od tri sudije, ili ako se radi specijalno o spornim pravnim stvarima (in Rechtssachen der streitigen Gerichtsbarkeit), onda u vijećima od dvije sudije i jednog počasnog sudije. Zar može razlika biti jasnije izražena? Ako bi „građanska pravna stvar“, značila u smislu našeg Građanskog parničnog postupnika „parnična stvar“, zar bi zakon u drugom stavu citiranog paragrafa kazao „u spornim pravnim stvarima“?

U § 6 stav 1 Grpp-a, gdje je govora o parničnim stvarima, zakon ne upotrebljava opći izraz za sve građanske stvari „građanske pravne stvari“ već veli: „pravne sporove o imovinsko-pravnim zahtjevima...“.

Zanimljivo je, kako je stilizovan § 25 Grpp-a s obzirom na dikciju § 28 Austr. jurisdikcione norme. Taj posljednji propis predviđa određivanje mjesne nadležnosti od strane kasacionog suda kako za građanske stvari uopće tako i specijalno za parnične stvari, pak za prvi slučaj govori: „za građansku pravnu stvar“ (für eine bürgerliche Rechtssache), za drugi pak slučaj govori: „u spornim građanskim pravnim stvarima“ (in streitigen bürgerlichen Rechtssachen). Kako se naš Grp. ograničio, prirodno, na određivanje mjesne nadležnosti od strane kasacionog suda u parničnim stvarima, to je on i dao tome jasnog izraza, i s toga nije upotrebio izraz: „građanska pravna stvar“, već je rekao: „Ako o spornoj građanskoj pravnoj stvari...“.

Kako je ovdje zakon, normirajući određivanje mjesne nadležnosti od strane kasacionog suda samo za parnične stvari, izrazom „spornoj“ isključio svaku drugu nespornu građansku pravnu stvar, tako bi to bio učinio i u §§ 3 i 4, u kojima je odredio tok pravnih lijekova.

Propisom § 41 Austr. jurisdikcione norme sudu naložena je dužnost, da ocijeni svoju nadležnost, čim mu je podnešena kakva pravna stvar sporne ili nesporne prirode. Naš postupnik nalaže tu dužnost samo u parničnim stvarima, ali zato ne veli: „čim mu je podnešena kakva građanska pravna stvar“, već veli: „čim... kakva pravna stvar sporne prirode“.

I Uvodni zakon za naš Grpp. u svojim prelaznim naređenjima ne upotrebljava, jer govori o parnicama, riječi: „građanske pravne stvari“, već načelno „pravni sporovi“ ili „sporovi“.

Isto takvo značenje pridaje izrazu: „građanske pravne stvari“ Sudski poslovnik za sudove prvog i drugog stepena: „Prizivi i re-

kursi po građanskim pravnim stvarima, i prizivi i žalbe po krivičnim stvarima dodjeljivače se...“ (§ 14 st. 8). „Građanske pravne stvari raspoređiće se između više vijeća po sudovima, koji su se u prvom stepenu bavili odnosnim stvarima. Krivične stvari dodjeljuju se jednom posebnom vijeću“ (§ 15 st. 2). „Građanska pravna stvar“ obuhvaća dakle sve one pravne stvari, koje nisu krivične stvari. Zgodno dolazi to do izražaja u § 16: „U zbornim sudovima prvog i drugog stepena, stvari koje su po rasporedu poslova dodijeljene jednom vijeću, a za koje po § 26 Zus., § 9 Grpp-a, i § 76 Kp. ili po drugim propisima nije potrebna odluka vijeća, rješavaju: 1) Parnične, vanparnične, izvršne i zemljišno-knjižne stvari pretsjednik vijeća ili za to naročito određeni član vijeća (§ 26 st. L Zus.), 2) u krivičnim stvarima za to određeni sudija izvjestilac (§ 76 st. 2 Kp.)“.

To razlikovanje je u Sudskom poslovniku provedeno dosljedno (vidi §§ 90, 91, 92, 116, 145, 180, 181, 183, 265, 266 i 268).

U pogledu značenja izraza „građansko-pravna stvar“ ili ukratko „građanska stvar“ upozorava se i na § 52 Zakona o advokatima, koji isto tako kao i Građanski parnični postupnik i Sudski poslovnik, podrazumijeva pod tim izrazom sve građanske pravne stvari za razliku od krivičnih: „Odredbama ovoga zakona ne narušava se pravo sudova da izriču kazne za povredu reda po zakonima o postupku u građanskim (spornim i nespornim) i kaznenim stvarima“.

Ali se to isto može utvrditi i prema Zakonu o izvršenju i obezbjeđenju. U § 2 br. 1 veli se: „presude i zaključci (rješenja, nalozi, naredbe), koje donesu redovni sudovi u građanskim parničnim stvarima, ako...“. To je nešto drugo nego u „građanskim pravnim stvarima“. U istom §-u br. 4: „zaključci i naredbe redovnih sudova u građanskim vanparničnim stvarima, ako...“, dakle i opet građanska stvar, samo što se ovdje radi o vanparničnim stvarima za razliku od parničnih stvari. U broju 5: „pravnosnažne odluke redovnih sudova u građanskim i krivičnim stvarima, kojima...“, dakle „građanske stvari“ za razliku od krivičnih.

I Zakon o uređenju redovnih sudova pravi istu distinkciju. U §-u 6 veli se: „Sreski sudovi vrše sudsku vlast u prvom stepenu u građanskim parnicama...“; u §-u 14: „Okružni sudovi vrše u građanskim parničnim...“; u §-u 28: „Trgovački sudovi... vrši sudsku vlast u prvom stepenu u parničnim...“; u §-u 40: „Kasacioni sud vrši sudsku vlast u posljednjem stepenu u građanskim parničnim...“. Tako se izražava zakon, kad ističe parnične stvari za razliku od vanparničnih i izvršnih stvari, dakle od ostalih građanskih stvari. Kad naprotiv govori o građanskim (pravnim) stvarima za razliku od krivičnih, onda veli ovako: U §-u 26: „Osim slučajeva, koje predviđaju Zakon o

sudskom krivičnom postupku, i zakoni koji vrijede za vršenje sudske vlasti u građanskim predmetima...“; a u §-u 32: „Apelacioni sudovi vrše sudsku vlast u drugom stepenu u građanskim predmetima... U krivičnim predmetima apelacioni sudovi vrše...“; u §-u 45: „Kasacioni sud dijeli se u krivično i građansko odjeljenje...“; u §-u 48: „Punu sjednicu Kasacionog suda sastavljaju za krivične predmete...; a za građanske predmete...“; u §-u 67: „Sudijska pripravna služba vršiče se tako, da se svaki kandidat izvježba u građansko-pravnim i krivično-pravnim sudskim poslovima...“ i u §-u 68: „Sekretarima i pristavima mogu se povjeravati poslovi zapisničara u građanskim i krivičnim predmetima...“.

Značenje izraza „građanska pravna stvar“ izlazi dakle jasno i nesumnjivo iz izraza samoga, dalje u vezi s ostalim propisima istog Grpp-a, a zatim iz Zakona o izvršenju i obezbjeđenju, iz Sudskog poslovnika, Zakona o advokatima i Zakona o uređenju redovnih sudova, ukratko, iz čitavog našeg pravnog sustava. A to je, da „građanska pravna stvar“ ne znači parnicu, pravni spor, već uopće sve parnične, vanparnične, izvršne i zemljišno-knjižne stvari za razliku od krivičnih stvari.

Može se dopustiti, da su sastavljači Građanskog parničnog postupnika imali namjeru, da propisima §§ 3 i 4 Grpp-a urede nadležnost sudova u drugom i trećem stepenu jedino za parnične stvari, kao što se dopušta i to, da su sastavljači Zakona o uređenju redovnih sudova računali s tim, da će svaki zakon o građanskim stvarima zasebno uređivati nadležnost sudova drugog i trećeg stepena.

Sve se to može dopustiti, ali ta navodna namjera nije mjerodavna zato, što nije izražena, pa je stoga mjerodavno jedino to, što je u zakonu rečeno. Ta to je jedno od osnovnih načela u tumačenju zakona.

Iz propisa prvog dijela Grpp-a izbija jedino ta namjera, da se izdvoji sve, što se u Austrijskoj jurisdikcionoj normi specifično odnosi na druge postupke o građanskim pravnim stvarima, no nipošto ono, što ima da važi zajednički za sve građanske pravne stvari.

Kako dakle §§ 3 i 4 Grpp-a normiraju nadležnost sudova drugog i trećeg stepena u građanskim pravnim stvarima, a građanske pravne stvari obuhvaćaju parnične, vanparnične, izvršne i zemljišno-knjižne stvari, dakle sve građanske stvari za razliku od krivičnih, to bi zakonsko normiranje nadležnosti sudova drugog i trećeg stepena za ostale građanske pravne stvari (t. j. osim parničnih) značilo tautologiju, tj. ponovno normiranje onoga, što je već jednom normirano. A to treba izbjeći. Osim toga ne bi ni takvome načinu uređenja pitanja bila ušteđena zamjerka nedostatka sistematike (premda bi taj

bio manji od onoga gore izloženog za prvi način uređenja pitanja), jer bi pitanje za parnične stvari bilo uređeno u Grpp-u, a za ostale građanske stvari u posebnom zakonu.

Mogao bi se ko naći, koji bi umovao na slijedeći način. Priznaje se značenje izraza „građanska pravna stvar“, ali time, što je nadležnost sudova drugog i trećeg stepena za ostale građanske pravne stvari uređena zasebnim zakonskim propisom, prečutno je kasnijim zakonom utvrđeno značenje tog izraza u smislu „sporne pravne stvari“, i tako otpada zamjerka tautologije.

Suprot tome se primjećuje ovo. Prije svega, nema smisla kasnijim zakonom sužiti obim nekog zakonskog naređenja u jedinu svrhu da se taj obim opet proširi tim kasnijim zakonom. Zatim, takvo suženje s obzirom na opće priznato značenje izraza „građanska pravna stvar“ ne bi zapravo značilo suženje smisla tome izrazu, već bi to samo ukazivalo na to, da je Grpp. ušao u izraz „građanska pravna stvar“ omaškom, a takvo bi upućivanje bilo neumjesno. Najzad, takvo je suženje neprovedivo, jer Grpp. sam razlikuje, kako je prije navedeno, između građanskih pravnih i spornih pravnih stvari.

Na posljetku se ukazuje na naređenje § 116 Sudskog poslovnika, koje naprosto isključuje mogućnost uređenja pitanja, koje se ovdje raspravlja, na prvi ili drugi od gore navedenih načina: „Za vijećanje i glasanje u građanskim pravnim stvarima važe propisi §§ 10 do 13 Grpp.... Za vijećanje i glasanje u krivičnim stvarima važe propisi §§ 75 stav 3 i 4, 77 i 78 Kp....“. Pozitivno pravno naređenje utvrđuje dakle, da propisi §§ 10 do 13 Grpp-a važe za sve građanske pravne stvari, a ne samo za parnične stvari, koje oni već obuhvataju. A što vrijedi za pomenute propise, vrijedi takođe i za ostale propise Grpp-a, koji nisu udešeni samo za parnične stvari.

Valja upozoriti, da Grpp. u svom prvom dijelu sadržava osim §§ 1 do 4, 10 do 13 i druge propise, koji obuhvataju sve građanske pravne stvari (§§ 5 st. 1, 7, 8, 9,), odnosno propise, koji nisu udešeni samo za parnične stvari (§§ 14, 26 do 38). Svim tim propisima nema ni traga ni u Zakonu o zemljišnim knjigama ni u Zakonu o izvršenju i obezbjeđenju. Valja dalje upozoriti, da Grpp. u prvom dijelu sadržava i propise, za koje je istaknuto, da važe samo za parnične stvari (§§ 15 do 24), ali takvi su propisi potrebni i za sve ostale zakone građansko-pravne prirode, no ni tima nema traga u oba netom pomenuta zakona.

Sva ta pitanja moraju da budu uređena zakonom, ali njihovo uređenje bilo na jedan bilo na drugi od gore navedenih načina došlo bi i izgled nezgrapnosti.

S toga je najzgodniji način zakonskog uređenja svih tih pitanja

za sve ostale građanske pravne stvari donošenje zakona, koji bi otprilike glasio ovako: „Svi propisi prvog dijela Zakonika o sudskom postupku u građanskim parnicama, koji po svom sadržaju nisu udešeni samo za parnične stvari, važe za sve građanske pravne stvari“.

Najzgodniji je to način, prvo jer se u njemu ne pojavljuje nedostatak sistematike, drugo jer se njime ne stvara stanje, koje bi ukazivalo na to, da je u donošenju zakona nastala pometnja, treće jer je njime značenje izraza „građanska pravna stvar“ stavljeno van diskusije i četvrto jer se potpuno podudara sa pozitivnim propisom §-a 116 Sudskog poslovnika.

Ius sepulchrale
na rimskim natpisima u Solinu

od

d-ra Ive Milića,
profesora Pravnog fakulteta
Beograd

Slova D. M. (Diis Manibus), koja se obično nalaze na čelu grobnih natpisa iz doba poganstva, daju izraza fikciji, da grobnica pripada mrtvima koji su u njoj sahranjeni. Stari Rimljani vjerovali su da se u grobu nastavlja neka vrst fizičkog života; u sastavu starijih grobnica nalazi se i kuhinjica (culina), u koju se je nosila hrana za mrtve. Posljedica takova shvatanja je jaka zaštita i poštovanje koje i fas i ius iskazuju grobovima. Od časa unosa mrtvaca, i po samoj toj činjenici, grob postaje locus religiosus, koji ne može biti predmet pravnog prometa. Taj karakter imaju i grobovi u provinciji (Gajus, Inst. II. 7,) pa i grobovi robova (D. 11, 7, 2, pr.) a nemaju jedino grobovi neprijatelja rimskih (D. 47, 12, 4.). Prazne grobnice, u koje još nitko nije sahranjen ili koje su podignute na uspomenu nestale osobe (cenotaphi) važe naprotiv kao res in commercio (D. 11, 7, 6, 1.).

Locus religiosus opsiže prostor koji zaprema mrtvo tijelo (D. 11, 7, 2, 5.). Od praktičnog značenja moglo je to biti osobito u starije doba kada se mrtvi nisu sahranjivali u nekropolama nego zasebno na vlastitom ili tuđem zemljištu izvan naselja; (stari običaj da se mrtvi zakopavaju blizu kuća, ukinuo je, iz higijenskih razloga, zakon od XII tabla). Ali ako se grobu izrično označi površina, onda je čitav označeni prostor locus religiosus (D. 18, 1, 73.). Takovo ograničenje groba mora da je bilo često, jer ga i Horacije spominje (Sat. VIII.) istim izrazima koje nalazimo i na solinskim nadgrobnim natpisima: in fronte pedes — —, in agro pedes. — —.

Sa grobnicom na tuđem zemljištu spojeno je i pravo pristupa do nje (D. 11, 7, 10.). Iter ad sepulchrum je zakonska služnost koja postoji, i ako pri nabavljanju zemljišta za grob nije ugovorena.

Grobnica starijeg doba po pravilu je obiteljska; osobnih grobnica moglo je biti samo izuzetno, jer rimski građanin redovno ne umire bez potomstva, rođenog ili usvojenog. Sakralna agnatska veza između članova jedne obitelji očituje se i u zajedničkom vječnom počivalištu („sibi suisque fecit“); grobnica je sastavni dio rimskog doma, prebivalište mrtvih članova kuće povezanih jednim starješin-

stvom i jednim Larom. Pošto najbliži srodnici sprovode i u grobu zajednički posmrtni život, razumljivo je isključivanje tuđina iz grobnice i strogost mjera protiv neovlaštene ilacije drugih. Zakonsko nasljedno pravo suus-a obuhvaća i pravo na mjesto u obiteljskoj grobnici, iz koje može da ga isključi samo pater familias, koji je vlastan da ga isključi i iz doma i iz nasljedstva. Ali opća eksheredacija suus-a ne povlači i isključenje njegovo iz grobnice, koje, ako će da valja, mora biti izrično naređeno (D. 11, 7, 6,), što pokazuje, da je pravo potomka na grobnicu važnije od njegova prava na imovinu, i dosljedno, da isključenje iz grobnice može da bude naređeno samo testamentom. Solinski natpisi potječu iz vremena (I do VI vijek po Kr.) kad je staro ustrojstvo obitelji slabilo a time i pojam nasljednika, i zato će u Solinu prevladavati sepulchra hereditaria za razliku od familiaria (D. 11, 7, 5,). Tada naime, pored heres suus-a, postoji već i heres extraneus, koji se u početku oštro luči od suus-a, ali mu se s vremenom sve više približava dok se s njim posve ne izjednači u justinijanskom pravu. O razlikovanju između te dvije vrsti nasljednika daju nam svjedočanstva i nadgrobni natpisi kao i o njihovom postepenom izjednačivanju. Heres extraneus dobiva pravo na grobnicu kao i suus. Ali dok je za isključenje suus-a iz grobnice potrebno izrično testamentarno naređenje, dotle je za isključenje običnog heres-a dovoljna volja izražena u natpisu na grobu. Mnogobrojni solinski natpisi sadrže i klauzulu: H. M. H. S. i H. M. H. N. S. („hoc monumentum heredes sequetur, i: hoc m. h. non s.). Analogijom će takovi natpisi dobiti snagu testamentarne naredbe (D. 47, 12, 3, 3, i Glosa C. 3, 44, 6,), koja je bila potrebna za isključenje suus-a. Čim će na taj način oslabiti stara obiteljska isključivost grobnice, početak će se razlikovati ius monumenti od ius-a inferendi u tuđu grobnicu. I ako će grobnica uvijek ostati res extra commercium, ius inferendi će se moći odvojeno dopustiti i steći i time će postati komercijabilno.

Natpis na najljepšem solinskom grobu, onom Pomponiae Verae iz II vijeka (Bullettino di archeologia e storia dalmata, god. 1903, str. 3) pomaže i pri pitanju, u koliko su liberti mogli biti dionici grobnice patronove. Pomponija je sazidala grobnicu „sibi et libertis libertabusque suis“. Pravilo je, da liberti ne mogu biti sahranjeni u grobnici patrona, ni onda kad je patron u natpisu izrično naznačio da je grobnica podignuta i za njih (C. 3, 44, 6,). Glosa primjećuje k ovom mjestu, da, u pogledu na liberte, natpis nema snagu oporučne naredbe. Ipak su Pomponijini liberti mogli biti sahranjeni s njom u istoj grobnici, jer su oni bili i njezini nasljednici (D. 11, 7, 6, pr.). Institucija za nasljednike daje im svojstvo potomka slobodne osobe

i time briše ostatke njihovog servilnog porijekla. Način kojim je zemljište nabavljeno za grobnicu, naveden je u Solinu sa izrazima: emere, comparare. Vrlo često je i gradska općina davala od svoga zemljišta za grobnice (L. D. D. D. = locus datus decreto decurionum). Što nigdje nema spomena o mancipaciji kao načinu pribavljanja zemljišta, razumljivo je, jer zemlja u provincijama nije res mancipi.

II

Najzanimiviji su oni solinski nadgrobni natpisi, koji sadrže tzv. adiurationes i mulitae sepulchrales.

Neovlašteno sahranjivanje mrtvih u tuđi grob tvori kažnjivo djelo. Ali kao da ta zakonska zaštita grobnog mira nije bila dovoljna, jer se protiv intruzije vrši i duhovni pritisak zaklinjanjem i prijetnjom. U natpisima iz poganskog doba zaklinje se: per omnes deos, per deos superos inferosque, a u onima iz kršćanskog doba: per Deum, per iudicium — da se tuđe tijelo ne unosi u grobnicu (ne quis aliud corpus inferrat). Ističe se adjuracija na grobu neke Dujone (Corpus inscript. lat. III br. 13122, iz god. 426 po Kr.), jer je, koliko je poznato, jedina koja zaklinje: „per leges Chresteanorum“.

Ta zaklinjanja ne stoje samostalno nego redovno slijedi odmah za njima određivanje globe protiv kršitelja zabrane ilacije. Time se dakako neizravno dopušta ili barem trpi ono što se istodobno oštro zabranjuje. Razlog je, što bi zabrana bila bezuspješna kad bi, i pored zabrane, mrtvac bio sahranjen u tuđi grob, jer se putem pravnim ne može postići prinudna ekshumacija neovlašteno sahranjenoga (arg. D. 11, 7, 2, 2; 47, 12, 3, pr. i 4,). I zaista nijedan natpis, ma koliko jako zaklinje da se tuđin ne unosi u grob, ne traži da se uneseno tijelo odstrani iz groba.

Globa koju ima da plati kršitelj zabrane, namijenjena je u natpisima: fisco, fisci, viribus — passim, decuriae collegii fabrum et centenariorum (C. I. L. III 2107), a u kršćansko doba: ecclesiae, ecclesiae catholicae salonitanae (od ranijeg: collegio pontificum) i, u Solinu, iznosi od 3 do 50 libara srebra i od 1 do 3 libre zlata.

Riječ „violare“, koja je inače opći izraz za svako skrvnjenje groba, upotrebljava se u tim natpisima samo u značenju otvaranja grobnice radi neovlaštenog sahraniivanja. Natpis C. I. L. III 2631 tumači riječ violare sa: aliud corpus ponere.

Koji pravni značaj imaju te globe udarene od privatnika?

Teško skrvnjenje grobova kao: njihovo namjerno rušenje, raskopavanje, razbacivanje kosti, pljačkanje smatralo se je od vjkada za zločin javne prirode (crimen laesae religionis, crimen sacrilegio

proximum) kažnjiv najtežim kaznama. Kazna zapriječena violatoru u natpisu C. I. L. V 8761: da mu se otsiječe ruka (iure ei manus praecidatur), mora da je bila kazna skrvnjenja groba već po zakonu od XII tabla; za kasnije kazne: C. 9, 19, 5; C. Theod. 9, 17). Actio sepulchri violati uvedena od pretora, bavi se naprotiv lakšim slučajevima povrede grobova poimence stanovanjem u njima i neovlaštenim sahranjivanjem. Ti čini ne tvore crimen nego privatni delikt. Na podizanje tužbe ovlašten je najprije imalac prava odnosno statelatelj („is ad quem pertinet“) a tek supsidarno, kad takovih nema ili neće da postupaju, svaki građanin (actio popularis). Kazna je novčana, estimatorna, i ide do sto, a za stanovanje u grobnici, do dvjesta zlatnika (D. 47, 12, 3.).

Bilo je mišljenja da se sepulkralna globa zasniva na ugovoru između osnivača koji dopušta sahranjivanje uz određenu cijenu i onoga koji tu cijenu prima kad upotrebi grob (Kohler, Zeitschrift für vergleichende Rechtsw. V str. 379). Tu, bez obzira na nedostatak civilnopravnog osnova i na neodređenost ugovorača, ne može biti mjesta ugovoru već zato što je, kako je kazano, osnivačeva volja baš protivna ilaciji, a globa je tek represija svršenog čina.

Obaveznost udarene globe mogla bi se prije izvesti iz snage koja se, kako je gore spomenuto, pridaje natpisu kao da je testament, lex privata (arg. D. 35, 1, 27.). Nego praktični rimski duh nije sigurno tražio neku teorijsku konstrukciju za obaveznost globe. On je imao pred očima privatnu estimatornu tužbu, u kojoj novčanu satisfakciju traži i navodi u prvom redu uvrijeđeni. A pošto se violacija može da dogodi tek poslije njegove smrti, on ju je sudiji naveo unaprijed, u natpisu, i navedeni iznos, kad nije pretjerano visok, bit će sudiji mjerilo pri izricanju kazne. Ime osobe ili ustanove, u čiju korist ima da ide globa, ujedno je za nju i parnična legitimacija.

Porabna prava u stečaju

od

d-ra Franje Goršića,

inspektora Ministarstva unutrašnjih poslova

Beograd

U materijalno-pravnom dijelu Stečajnog zakona (St. z.) sadržan je niz propisa, koji imaju da važe u pogledu ispunjenja dvostranih ugovora (§ 21). Ova opća naređenja dopunjuju se još i specijalnim propisima, koji se odnose na fiksne ugovore o dobavljanju (§ 22), zatim na ugovore o porabi (§§ 23, 24), kao i na ugovore o službi (§ 25). Vidi se dakle, da ima St. z. na umu samo dvostrano-obavezne (bilateralne) ugovore, kod kojih svaka strana čini izvjesnu činidbu uz izvjesnu protučinidbu, a to tako da činidba učinjena od jedne strane važi kao namirenje protučinidbe. Kako će se postupati u slučaju, ako je jedna strana svoju obavezu već potpuno ispunila, ovo pitanje je predmet razmatranja već u prijašnjim paragrafima St. z., u kojima se veli, da ako je stečajni dužnik potpuno ispunio ugovor još prije nego što je došlo do otvaranja stečaja, upravitelj stečajne mase može zahtijevati, da još i druga strana potpuno ispuni ugovor; međutim ako je protivnik stečajnog dužnika svoju obavezu potpuno ispunio, prije nego što je stečaj otvoren, onda mu pripada samo pravo ostvarivanja tražbine u stečaju, tj. pravo da prijavi tražbinu u stečaj prema propisima predviđenim u §§ 114 do 116 i § 13 St. z. Ovdje, u §§ 21 do 25 St. z. zakon razmatra samo slučajeve, u kojima ni stečajni dužnik ni druga strana, nijesu još nikako ispunili dvostrani ugovor ili ga ni jedan od njih nije sasvim ispunio. Treba dodati, da se propisi, o kojima je ovdje riječ, odnose samo na onu dužnikovu imovinu, koja spada u stečajnu masu, a ne i na ostalu njegovu imovinu, koja je izuzeta od ovrhe (izvršenja) pa stoga ne spada u stečajnu masu. U § 21 St. z. sadržani su propisi kako za slučaj, da upravitelj stečajne mase stupi u ugovor, tako i za slučaj, da on odustane od ugovora.

Predmet naše rasprave jesu propisi, koje St. z. §§ 23 i 24 predviđa u pogledu ugovora o porabi (upotrebi). Neologizam „porabni ugovor“ dosljedno se upotrebljava u svima našim novim parbenim zakonima kao zbirni termin, koji obuhvaća kako ugovore o zakupu tako i ugovore o najmu stvari (arende). Po ugledu na njemačku terminologiju, koja ima kolektivni izraz „Bestandvertrag“ i za „Miete“ i za „Pacht“ uvada se kod nas riječ „poraba“ (u zna-

čenju njemačke riječi „Bestand“) iz hrvatskog pravnčkog jezika, a u nekoliko izmijenjenom obliku (hrvatski: uporaba).

Kao porabni ugovori po §§ 23 i 24 St. z. dolaze u obzir oni ugovori, koji se stvarno odnose na zakup ili na najam, a ne i oni ugovori, koji ma da njihov natpis glasi tako, u stvari nijesu ni zakupni ni najamni ugovori, već ugovori drugojačih tipova, na pr. kupoprodajni ugovori. S druge je strane judikatura stala na stanovište, da među porabne ugovore, o kojima je ovdje riječ, spadaju i ugovori koji se tiču porabe prava, na pr. ugovori o zakupu lova. Naređenja iz §§ 23 i 24 u praksi primjenjuju se i na sporedne obaveze, koje su ugovorene u porabnim ugovorima, ali je vazda potrebno paziti na to, da su u pitanju samo obaveze sporednog karaktera, a ne možda obaveze, koje imaju značaj glavne stvari. Kao obaveze sporednog karaktera smatraju se u našoj judikaturi na pr. uspostavljanje u predašnje stanje zgrade, koja je bila pod zakupom; davanje pogonske sile itd.

Govoreći o porabnim ugovorima St. z. razrađuje dva slučaja, prvo slučaj, kad je stečajni dužnik poraboprimalac tj. zakupac ili kirajdzija (§ 23), a zatim slučaj, kad je stečajni dužnik porabodavac (§ 24).

I Stečajni dužnik — poraboprimalac (§ 23 St. z.).

Dok se druga stavka § 23 našeg St. z. podudara s tekstom § 23 austrijskog St. z., dotle prva stavka § 23 St. z. austrijskom zakonu uopće nije ni poznata. Ministarstvo pravde u svojem zvaničnom obrazloženju projekta St. z. (str. 10 i 11 br. 5) ističe, da se zakonodavac poveo za njemačkim St. z. (§§ 19, 20) kao i hrvatskim St. z. (§§ 18, 19), koji u slučajevima, kad je stečajni dužnik poraboprimalac, tačno luče, da li je porabni predmet već predat ili nije. U slučaju, da je porabni predmet dužniku već predat, ovi zakoni, jednako kao što i austrijski St. z. priznaju svakoj strani pravo otkazivanja, dok u slučaju da porabni predmet dužnika još nije predat, spomenuti zakoni, osim austrijskog St. z., daju porabodavcu pravo, da može odustati od porabnog ugovora. Austrijski St. z., međutim, i u ovom slučaju priznaje samo pravo otkaza. Ovo su naređenje naši projektanti smatrali kao pogodovanje stečajnog dužnika, od koga bi porabodavac mogao trpiti veliku štetu, jer će se kao poraboprimalac pojaviti stečajna masa umjesto dužnika, što će biti vrlo osjetno onda, kada lična sposobnost zakupca bude igrala veliku ulogu u porabnom odnošaju. Za stečajnu masu, međutim, ne može tako lako nastati šteta, ako porabodavac odustane od ugovora,

a to baš s razloga, što porabni predmet još nije predat stečajnom dužniku. Iz ovih je razloga naš projekat i preuzeo naprijed spomenuti propis hrvatskoga St. z.

a) Ako je porabni predmet već predat stečajnom dužniku, pripada i jednoj i drugoj strani pravo da otkazu porabni ugovor prema općim propisima, koji važe u dotičnom pravnom području. No u slučajevima kad je porabnina unaprijed plaćena, zakon u želji, da primjena pravila iz § 21 bude isključena, predviđa izričkom da otkaz ima važiti tek onda, kad proteče vrijeme, za koje je porabnina unaprijed plaćena. Upravitelj stečajne mase nastupa prilikom otkazivanja samostalno, bez učešća stečajnog suca. Otkazom nije prejudicirano pravo na naknadu štete. Gubitak porabnine za ostali dio ugovornog doba je porabodavčeva pozitivna šteta, ali on nije vjerovnik stečajne mase, već stečajni vjerovnik; znači, da mora svoju oštetnu tražbinu prijaviti u stečaj.

b) Ako porabni predmet još nije predat stečajnom dužniku, porabodavac može odustati od porabnog ugovora. On nije dužan, da naknadi ma kakvu štetu stečajnoj masi, ali razumije se, on joj mora vratiti sve, što je već primio na račun porabnine. Zakon ustanovljuje, da se na zahtjev upravitelja stečajne mase porabodavac ima bez odlaganja izjasniti o tome, da li stupa u ugovor ili odustaje od ugovora. Ako se porabodavac ne izjasni, onda treba primijeniti propis iz § 21, tj. smatraće se da je porabodavac odustao od ugovora (§ 21 st. 2). Ovdje valja istaći, da postoji i teza, da u ovakvom slučaju upravitelj stečajne mase zadobija pravo izbora, koje se spominje u § 21 st. 3 St. z. Mi se s ovim mišljenjem, kojé daju d-r Anton Verona i d-r Srećko Zuglia u svom komentaru St. z. (str. 77, prim. br. 3), ne možemo složiti, prvo, jer se u prijašnjoj rečenici izričkom ističe, da samo porabodavac može odustati od ugovora, a zatim i s razloga, što bi stečajna masa gore prošla od porabodavca, ako upravitelj stečajne mase bude donio odluku, da odustaje od ugovora, jer će prema naređenju iz st. 3 § 21 stečajna masa morati da naknadi porabodavcu štetu, koja mu je nastala odustankom od ugovora. Ali treba priznati, da je stilizacija ovoga pasusa u novoj prvoj stavci našeg § 23 St. z. dosta nejasna.

II Stečajni dužnik — porabodavac (§ 24 St. z.).

Donoseći naređenja glede ugovora o porabi, u kojima stečajni dužnik nastupa kao porabodavac, zakon više ne čini nikakvu razliku s obzirom na pitanje, da li je porabni predmet predat ili nije predat, već daje norme samo:

a) glede nastavljanja porabnog ugovora, koje dolaze u obzir kao pravilo (§ 24 st. 1) i

b) glede raskidanje porabnog ugovora kao iznimke (§ 24 st. 2).

Ad a)

Pravilo glasi, da otvaranje stečaja uopće ne utiče na porabne ugovore, u kojima je stečajni dužnik porabodavac. Ni jednoj ni drugoj ugovornoj strani ne pripada nikakvo pravo raskidanja ili otkazivanja porabnog ugovora. Upravitelj stečajne mase mora ući u porabni ugovor, koji je sklopljen od stečajnog dužnika, i ispuniti ga u svakom pogledu. Zakon ustanovljuje iznimku samo glede naplaćivanja porabnine, jer ide zatim, da stane na put čestim mahinacijama prezaduženika, koji od svojih zakupaca i kirajdzija naplaćuju velike iznose, da bi tako za sebe izvukli što veće koristi. Ovo je i razlog, što se u drugoj rečenici prve stavke § 24 veli, da isplata porabnine unaprijed važi prema upravitelju stečajne mase samo za ono vrijeme, za koje bi još ugovor trajao, da je poslije otvaranja stečaja bez odlaganja otkazan u ugovorenom zakonskom otkaznom roku. Znači, da je poraboprimalac dužan, da porabninu, koja otpada na porabu za vrijeme poslije naprijed spomenutog roka, ponovo plati upravitelju stečajne mase, i ako je ova svota već ranije naplaćena od strane stečajnog dužnika. Ova se iznimka, međutim, ne tiče slučaja spomenutog u § 1102 O. g. z. (Srpski gr. z. nema sličnog propisa), naime slučaja kad je u pitanju unaprijed naplaćena porabnina, koja je upisana u javne knjige.¹⁾ Pa čak i u slučajevima, kad je porabnina upisana u javne knjige, nastaje još dalje pitanje, da li postoje uslovi za pobijanje pravnog djela. Ako tih uslova nema, onda važi plaćanje, ali — zakon to dodaje izriječno — bez ikakvog prejudica glede prava na naknadu štete, koju će poraboprimalac prijaviti u stečaj.

Ad b)

Iz naprijed izloženoga izlazi, da je raskinuće porabnog ugovora iznimka. Prema § 24 st. 2 St. z. ova se iznimka ograničava na

¹⁾ § 1102 O. g. z., u noveliranom tekstu glasi: „Porabodavac može, istina, ugovoriti, da se zakupnina ili kirija unaprijed plaća. Ali kad je poraboprimalac unaprijed platio više od jednog obroka, onda se on prema docnije upisanim vjerovnicima ili prema novom vlasniku može pozivati na plaćanje samo ako je plaćanje upisano u javne knjige“. U prvobitnom tekstu, koji važi u hrvatskom pravnom području, u ovom § nema riječi: „ili prema novom vlasniku“ (vid. § 140 Treće novele za O. g. z.).

slučaj otuđenja porabne stvari. Propisi građanskog prava podudaraju se sa općim načelom uspostavljenim u § 21 st. 2 St. z., da druga strana može tražiti naknadu štete, koja je nastala uslijed raskinuća porabnog odnošaja otuđenjem porabnog predmeta u toku stečajnog postupka. Pitanje kada može doći do spomenutog raskinuća porabnog ugovora iziskuje, da prethodno razmotrimo odnosne postojeće propise građanskih zakona, koji sada važe na pravnim područjima naše države, pa da tek onda pristupimo zaključivanju, kakvo značenje ima, a kakav efekat bi trebalo da ima — prema želji zakonodavčevoj — naređenje iz st. 2 § 24, koje glasi, da svako otuđenje porabne stvari koje se izvrši u toku stečaja, ima u pogledu porabnog odnošaja učinak prinudnog otuđenja.

1) Ako porabni ugovor nije upisan u javne knjige, onda se u slučaju otuđenja porabnog predmeta ugovor o porabi raskida kako po propisima O. g. z. (§ 1120), tako i po propisima Srpskog gr. z. (§ 704). Međutim ako je porabni ugovor upisan u javnoj knjizi, važi načelo, da se ugovor s kupcem produžuje sve još ostalo vrijeme, jer je u pitanju stvarno pravo, koje ima učinak i prema trećim licima. O. g. z. (§ 1095) i Srpski gr. z. (§ 704) podudaraju se i u ovoj tački. Ali se razlikuju naređenja u pomenutim pravnim područjima kod otuđivanja porabnih predmeta putem ovrhe (izvršenja). Na pravnom području Srpskog građanskog zakonika prevladuje mišljenje, da na prirodu porabnog prava, koje je upisano u javne knjige, nikako ne utiče okolnost, da li se nekretnina, koja je opterećena tim pravom, prodaje od strane samog vlasnika ili pak od strane nadležne javne vlasti putem licitacije. Judikatura je stala na stanovište, da naređenje iz § 704 Srp. gr. z. o zadržavanju u važnosti porabnog ugovora treba upotrebljavati i kod ovršnih prodaja i pored naređenja iz st. 3 § 489 Srp. građanskog sudskog postupka, po kome se pri javnoj prodaji svi tereti skidaju. Ovom posljednjom odredbom zakonodavac nije htio uništiti punovažne terete, a najmanje teret upisanog, a neispunjenog, dakle punovažnog porabnog prava (Odluka Kasacionog suda u Beogradu od 10 novembra 1906 god., Br. 10869; Odluka opće sjednice istog Kasacionog suda od 2 januara 1907 god., Br. 12726). Međutim O. g. z. zastupa suprotno gledište, da se prinudnom prodajom opterećenog zemljišta raskida i porabni ugovor,

koji je upisan u zemljišne knjige (§ 1121 O. g. z.).²⁾ Znači, da dražbeni kupac nije obavezan preuzeti porabnu obavezu. On je samo dužan, da otkáže porabni ugovor u zakonom predviđenom roku, bez obzira na to, koji je rok utvrđen u ugovoru sklopljenom sa ovršnikom (Odluka Vrhovnog suda u Beču od 3 septembra 1890 god., Br. 9980, Pravník str. 814 iz 1890 god.). Porabno se pravo ovdje pretvara u zahtjev za naknadu štete, koji je obezbijeden u redu prvenstva uknjiženog porabnog prava. Zato naš novi Zakon o izvršenju i obezbjeđenju i predviđa (§ 190 st. 2), da se uknjiženi porabni ugovor, koji je otkazan, ukida, a na njegovo mjesto stupa zahtjev za naknadu, koju određuje sud, a koja se izmiruje u gotovom novcu po prvenstvenom redu, koji pripada ukinutome pravu, ukoliko za to dostiže diobna masa.

Općem imovinskom zakoniku za Kraljevinu Crnu Goru nije poznat kriterij, da li je porabno pravo upisano u javne knjige ili ne. Ovaj naš čuveni zakonik označuje kao mjerodavno, da li je ugovor o najmu (ovaj se termin upotrebljava u istom smislu, koji ima naš neologizam „porabni ugovor“) pismeni i u sudu pravilno potvrđen ili ne. Kada je ugovor pismeni i u sudu pravilno potvrđen, a u samom ugovoru nije što drugo uglavljeno, prava uzimaočeva (poraboprimečeva) ne slabe ni najmanje, ako vlasnik prenese vlasništvo porabnog nepokretnog dobra na koga drugoga ili sud to dobro za dug proda dok još najam traje. Naprotiv, ako te sudske potvrde nije bilo, novi vlasnik može, kad ga god volja, uzimaocu najam otkazati, samo što on pri tom treba da postupi po odnosnim zakonskim pravilima. Ipak, za najmove koji su kraći od jedne godine, biva izuzetak, jer za ovakve ugovore, pa ne bili ni pismeni, ni potvrđeni, pravo uzimaočevo ostaje tvrdo, dok god određeni najamni rok posve ne isteče. Ovo pravilo iz člana 290 C. im. z. vrijedi prema čl. 291 ibidem i za pokretne stvari, samo što je za njih mjesto potvrđenog ugovora dosta, da je novi vlasnik, usvajajući stvar, znao, da je još i za koliko vremena u najmu, ili da je to lako znati mogao kad bi ikoliko pažljiv bio.

²⁾ U područjima Apelacionih sudova u Ljubljani i Splitu, gdje važi § 1121 O. g. z. u tekstu izmijenjenom Trećom novelom (§§ 147, 148), ovo načelo dolazi u obzir samo glede porabnih prava, koja su bila uknjižena prije 1 januara 1917 god. U pogledu porabnih prava, koja su se uknjižila počev od 1 januara 1917 god., važe u slučaju prinudne dražbe opterećenog zemljišta isti propisi kao što i za službenosti. Znači, da treba u svakom konkretnom slučaju razlikovati, da li je dražbeni kupac preuzeo obavezu ili nije (§ 118 Zakona o izvršenju i obezbjeđenju odgovara ovom propisu Austrijskog ovršnog reda). Dražbeni kupac, koji nije preuzeo obavezu, može poraboprimecu propisno otkazati ugovor.

2) Nameće se pitanje u koliko je zakonodavac donošenjem naređenja iz § 24 st. 2 St. z. uspio, da u oblasti stečajnog prava uspostavi jednu jedinstvenu ustanovu za cijelu državu u tome smislu, da će svako otuđenje porabnog predmeta u toku stečajnog postupka prouzrokovati i raskinuće porabnog prava koje je uključeno na tom porabnom predmetu ili ga inače tereti. Prije svega stoji, da je prilikom donošenja naređenja iz § 24 st. 2 St. z. trebalo voditi računa o naređenju iz § 131 St. z., po kome se stvari koje pripadaju stečajnoj masi, otuđuju sudskim putem samo utoliko, ukoliko nije određen koji drugi korisniji način unovčenja. S obzirom na to je dakako valjalo u pogledu pravnog učinka izjednačiti sva otuđenja izvršena u toku stečajnog postupka, bez obzira na to, da li su provedena ovršnim putem ili pak drugojačije na pr. prodajom iz slobodne ruke ili komisionom prodajom. Svako otuđenje izvršeno u toku stečajnog postupka ima isti učinak kao i prinudna prodaja (dražba). Ali je sasvim drugojačije prirode pitanje, koje se sada ponovo postavlja, da li prinudna prodaja (dražba) porabnog predmeta, izvršena u stečajnom postupku, vazda povlači za sobom i raskinuće porabnog ugovora, kad zakonodavac ni u samom § 24 St. z. niti u Zakonu o privođenju u život St. z. i Zakona o prinudnom poravnanju van stečaja ovo nije izrijekom ustanovio. Iz naših napomena, iznijetih naprijed pod 1), izlazi, da u onim dijelovima naše države, gdje ne važi O. g. z., prinudna prodaja (dražba) porabnog predmeta ne povlači za sobom raskinuće porabnog ugovora, koji je uknjižen na tome porabnom predmetu, odnosno koji je sastavljen napismeno i u sudu pravilno potvrđen ili koji se odnosi na porabu kraću od jedne godine. Prema tome moramo utvrditi, da je izjednačenje, koje je zakonodavac svojom odredbom iz § 24 st. 2 lijepo zamislio za cijelu državu, uslovljeno stupanjem na snagu novog Zakona o izvršenju i obezbjeđenju na svima onim pravnim područjima, gdje O. g. z. ne važi. Do stupanja na snagu novog Z. i. o. znatno je pogoršan pravni položaj kupaca, koji u krajevima van važenja O. g. z. kupuju u stečajnom postupku nepokretnosti koje su opterećene porabnim pravima. Ovo je jedan razlog više, da se zalažemo za skorašnje donošenje Uvodnog zakona za Zakon o izvršenju i obezbjeđenju, odnosno za stavljanje na snagu novog Zakona o izvršenju i obezbjeđenju.

Pravo trgovačke retencije

od

d-ra Mihaila Vukovića,
starešine Sreskog suda
Kovin

Trgovina je razmena privrednih dobara, koju u cilju privređivanja vrše trgovci. Razmena privrednih dobara u prostoru i vremenu znači trgovinu sa gledišta nacionalne ekonomije, dok razmena dobara u cilju privređivanja predstavlja trgovinu kao manifestaciju individualne delatnosti. Privređivanje je duša celokupne trgovine i u vezi toga opšta osnova njene pravne formulacije.¹⁾ Najvažniji deo trgovine sadržan je u trgovačkim poslovima. Njihova priroda kao i preimućstvo moderne trgovine nad proizvodnjom zahteva izvestan obrtaj kapitala, pri kojem se obrtaju pored stalnog kapitala naročito ističe kredit. Da bi stoga trgovci u ostvarivanju sigurnosti i brzine kreditnog obrtaja došli do lakšeg i bržeg realizovanja svojih potraživanja, dao im je trgovački promet naročito ovlašćenje, koje se u prometu zove retencija.

Po svom sadržaju retencija je pravo na uskratno izvesne činidbe. U tom smislu konstituišu retenciju propisi opšteg privatnog prava kod dvostranih ugovora.²⁾ Kod tih ugovora uskraćuje poverilac samo svoju činidbu za razliku od trgovačke retencije, gde poverilac zadržava dužnikovu tj. tuđu stvar. Retencija opšteg privatnog prava odlikuje se još i time, što se osniva na odnosu koneksiteta i što obuhvata širi krug objekata nego trgovačka retencija. Ipak retencija opšteg privatnog prava ne odgovara u punom obimu potrebama trgovačkog prometa. Stoga je trgovački promet konstituisao svoj poseban oblik retencije, koji se sastoji u pravu poverioca da zadrži one dužnikove pokretnosti, koje su došle pod njegovu vlast. Retencija opšteg privatnog prava moći će se pri tom afirmovati samo kao supsidijarno sredstvo sigurnosti.

Cilj trgovačke retencije svodi se na potrebe trgovine. Trgovina, čije su značajke brzina i spekulativnost, sastavljena je od množine poslova, koji su više vezani za kreditni nego za efektivni promet kapitala. Kreditni je promet opet to intenzivniji, što je obrtaj kapitala brži. Kad se trgovcima u takvim prilikama ne bi priznavalo pravo

¹⁾ isp. § 1 Osnove našeg novog trg. zakona, gde je privređivanje uzeto za subjektivni osnov pojma trgovaca.

²⁾ isp. §§ 1052, 1062 i 1153 O. g. z-a.

retencije, uskraćivalo bi im se jedno efikasno i jeftino sredstvo namirenja, a time ujedno usporavao i obrtaj kapitala. Retencija nije samo jedna presija na dužnika, da svoj dug što pre plati, nego i jedno od efikasnih sredstava namirenja. Na taj je način poveriocima omogućeno, da realizuju svoja potraživanja a da ne moraju dužnike prethodno tužiti i time se izlagali troškovima, koji im se eventualno neće nikada ni naknaditi. Retencija je dakle konstituisana u cilju zaštite interesa poverilaca, koji zbog svog naročitog odnosa prema dužnicima mogu svoja potraživanja i sami da ostvare. Ona je u glavnom nastala kao i založno pravo komisionara, špeditera i prevozioca iz „trgovačkog prava na pokriće“.³⁾

Prema tome nije retencija nikakav pravni institut, kako se to u literaturi običaje isticati, nego u prvom redu institut trgovačkog prometa, kome je pravo kao regulator prometa dalo tek naročito određen oblik. Promet daje retenciji stvarno obeležje za razliku od prava, koje joj daje samo formalni karakter. Jedno je i drugo gledište u međusobnoj tesnoj vezi, pa da bi se retencija što bolje razumela, treba ju sa tog zajedničkog gledišta i posmatrati.

Historijski postanak retencije vezan je za razvoj rimskog prava. Obavljanje prometnih poslova zahteva izvesnu sigurnost, koja se u toku vremenskog razvitka na razne načine ostvarivala. Zbog osobitosti izvršnog postupka u najstarijem rimskom pravu mogao se poverilac da drži samo dužnikove ličnosti (manus iniectio pro iudicato).⁴⁾ No kako je ovaj način osiguranja bio nepodesan ne samo za dužnika nego i za poverioca, zamenjena je u tom pogledu dužnikova ličnost sa stvarima njegove imovine. Najpre su se dužnikove stvari predavale poveriocu u punu svojinu⁵⁾ time, da se one po isplati duga opet dužniku vrate. Ovakav posao davao je doduše poveriocu punu sigurnost, ali je istovremeno izlagao dužnika neželjenim tegobama i gubicima stvari. Stoga se u rimskom pravu već dosta rano obrazovao institut zaloge (pignus)⁶⁾ u današnjem smislu reči. Davanje zaloge postalo je u vreme klasičnog rimskog prava tako običajno u prometu, da se ono kao tacita pignoris conventio pretpostavljalo i onda, kad je pogodba o tome izostala.⁷⁾ U poznije doba javlja se pignus tacitum kao legalno založno pravo. Ovo je opet poslužilo kao osnov retencije, kad su trgovci u srednjem veku afirmovali svoje posebno staleško

³⁾ dr. Oskar Pisko, Lehrbuch des österreichischen Handelsrechtes, Wien 1923.

⁴⁾ Baron-Andrassy, Institucije rimskog prava, Zagreb 1925.

⁵⁾ mancipatio ili in iure cessio sub lege remanicipationis odnosno sub fiducia.

⁶⁾ dolazi od reči pignus = pesnica i odatle dobija značenje ručnog zaloge. Isp. Theodor Marezoll, Lehrbuch der Institutionen, Leipzig 1869.

⁷⁾ Baron-Andrassy, ibidem.

pravo (ius mercatorum). Staleško pravo trgovaca imalo je za posledicu, da se pojam trgovačkih poslova određivao po trgovcu tj. da su samo oni poslovi smatrani za trgovačke, koji su se ticali trgovaca ili koje su trgovci sami zaključivali. Ovakvo shvatanje trgovačkog prava dalo je opet pojedinim trgovačkim institutima naročito lično-historijsko obeležje. Pa je tako i retencija dobila oblik, koji se ne samo po sadržaju i spoljašnjoj formi, nego i po svom pravnom obeležju bitno razlikuje od zaloge.

Retencija je pravo, koje je s jedne strane slično založnom pravu, ali se od njega razlikuje po svom obeležju, uslovima, objektu i pravnom refleksu. Zaloge je stvarno pravo, dok retencija ima osobno-pravno obeležje. Najautoritativniji deo nemačke literature zastupa mišljenje, da stvarnopravni karakter retencije ne bi ni u koliko odgovarao potrebama prometa.⁸⁾ Isto ovakvo shvatanje prevladalo je i u austrijskoj praksi.⁹⁾ Naša literatura ovo pitanje samo dodiruje,¹⁰⁾ a hrvatski, bosanski i austrijski trgovački zakon ne rešavaju ga iz prostog razloga, što ga ne tretira ni raniji nemački trgovački zakon, koji je jedan od njihovih izvora. Da i sa gledišta hrvatskog, bosanskog i austrijskog trgovačkog zakona treba retenciju shvatiti kao osobno a ne kao stvarno pravo, proizilazi odatle, što ovi zakoni prosuđuju retenciju po propisima o ugovoru, koji je u celosti osobnopravni odnos. Kad bi retencija bila jedno stvarnopravno ovlašćenje, protivilo bi se to raspolaganju sa robom, o kojoj su izdate dispozicione hartije. U takvom slučaju mogla bi se retencija ostvariti na štetu svakog legitimisanog imaooca dispozicione hartije, a to bi se protivilo načelu prometa koje određuje, da se protiv imaooca dispozicione hartije ne mogu staviti takvi prigovori, koji ne proizlaze iz samog sadržaja hartije.

Retencija se od zaloge razlikuje i time, što se ona ne može osnovati ugovorom. Ona je jednostran trgovčev akt, koji konstituisan pod naročitim uslovima proizvodi izvesno pravno dejstvo. Retencijom se pogoršava dužnikov položaj protivno njegovoj volji, a to je sa gledišta prometa samo onda slučaj, ako retencija nije ugovor. Kad bi se retencija mogla konstituisati ugovorom, ne bi se ona sa pravnog gledišta razlikovala od zaloge.¹¹⁾ Stoga odredbe o ugovoru i ne

⁸⁾ Cosack, Lehrbuch des Handelsrechtes, Stuttgart 1910; Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches; Staub-Könige, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Berlin-Leipzig 1920.

⁹⁾ dr. Oskar Pisko, ibidem.

¹⁰⁾ Winter, Trgovački zakon, Osijek 1912; Stražnický, Predavanja iz trgovačkog prava, sv. I—II, Zagreb 1920—1921.

¹¹⁾ Stražnický, Tumač zakona o mjenici, Zagreb 1929. Gledište, da se retencija ne može osnovati ugovorom zastupa i Staub-Könige, ibidem.

dolaze među propise o retenciji kao što to obično biva kod zaloge.¹²⁾ Ugovor može kod retencije doći do izražaja samo u pitanju namijenja, jer dužnik može ugovoriti, da se retinent iz retinirane stvari namiri i bez prethodne tužbe.¹³⁾

Da je retencija različit institut od zaloge proizlazi i odatle, što jedan poverilac može na istoj stvari istovremeno da osnuje zalogu i retenciju, pa da obe u tom slučaju postoje neovisno jedna od druge.¹⁴⁾ Iz istih razloga, koji se odnose na ugovor, treba negativno odgovoriti na pitanje, da li se retencija može osnovati testamentom ili sudskom odlukom.

Pored založnog prava razlikuje se retencija i od kompenzacije. Predmet kompenzacije jesu potraživanja, a ta se upravo zbog svoje osobitosti ne mogu retinirati. Nadalje se traži kod kompenzacije između potraživanja i protupotraživanja izvestan koneksitet, istovrsnost i likvidnost¹⁵⁾ koje kod retencije ne dolaze u obzir. Konačno onaj, koji kompenzira, trajno uskraćuje činidbu, dok ju onaj, ko retinira, uskraćuje samo za izvesno vreme. Uopšte se može kazati, da su retencije i kompenzacije dva razna pravna instituta, koji su opet po svom prometnom smislu i pravnom refleksu u neku ruku i srodni. Stoga će se propisi o kompenzaciji moći više puta in subsidio primeniti i na retenciju. Tako gde je iz socijalnih ili prometnih razloga nedopustiva kompenzacija,¹⁶⁾ ne može se iz istih razloga ni retencija dozvoliti.¹⁷⁾

O retenciji govore propisi §§-a 309—310 hrv. t. z. kojima u glavnom odgovaraju odredbe §§-a 326—327 bos. t. z., čl. 313—316 austr. t. z. i §§-a 369—372 nem. t. z. Srpski trgovački zakonik o retenciji izravno ne govori, ali joj praksa na osnovu potreba prometa ipak priznaje izvesnu opstojnost. Hrvatski, bosanski, austrijski i nemački trgovački zakon sačinjavaju zajedničku kodifikacionu grupu, pa ih treba zajedno isticati svagde onde, gde je reč o legislativnoj formulaciji ovoga instituta.

Retencija je vezana za tačno određene pravne uslove, koji se opet dele na materijalne i formalne. Za pravo određenja retencije od naročite su važnosti njeni materijalni uslovi, dok formalnih uslova re-

¹²⁾ isp. §§ 305 i 306 hrv. t. z.

¹³⁾ analogon iz čl. 310 i 311 austr. t. z.

¹⁴⁾ kad prestane zaloga prvog poverioca, ne stiče stvar time sledeći založni poverilac, nego ona ostaje u retenciji prvog poverioca.

¹⁵⁾ isp. § 1438 O. g. z.

¹⁶⁾ kao na pr. kod plate nameštenika.

¹⁷⁾ po § 53 Novele austr. g. z. od 12 oktobra 1914 stvari posuđene, date u ostavu ili porabu ne mogu se ni retinirati ni kompenzirati.

tencija stvarno i nema. Među formalne uslove spadaju subjekti, objekt i osnov retencije. Subjekti retencije jesu poverilac (retinent) i dužnik. Objekt retencije je svaka pokretna stvar, koja dolazi pod vlast retinenta, dok se osnov retencije sastoji u potraživanju, koje retinent ima prema dužniku.

Retencija pretstavlja jedno specijalno pravno ovlašćenje.¹⁸⁾ Kad uslovi retencije ne bi stoga bili tačno obeleženi, bio bi dužnik u većini slučajeva izložen samovolji kapitalistički nadmoćnijeg poverioca. To znači, da je uslovljavanje i ograničavanje retencije vezano za razloge pravičnosti, isto toliko, koliko je njen postanak i pojam vezan za potrebe trgovačkog prometa.

Retinent je aktivan, a dužnik pasivan subjekt retencije. Jedan i drugi mogu biti fizička ili pravna lica. S obzirom na podvojenost privatnog prava na opšte i trgovačko valja pre svega rešiti pitanje, da li subjekti retencije moraju da budu trgovci. Rešenje ovog pitanja naročito je važno u pogledu ličnosti retinenta, koji sa retencijom dobija naročito imovinsko ovlašćenje protiv svoga dužnika.

Sa gledišta trgovačkog prometa ovo je pitanje jasno. Retinent mora da bude trgovac kao što je i retencija institut trgovačkog prometa. Trgovački se promet manifestuje u brzom davanju i uzimanju kredita. Stoga on traži afirmovanje poverenja u spoljašnje činjenice prometa i otklanjanje svih uređaja, koji štite privredno slabije ili poslovno neiskusnije kao i konstituisanje takvih pravnih instituta, koji omogućuju sigurno i brzo realizovanje odobrenih kredita. Kako retencija odgovara svim tim zahtevima trgovačkog prometa, jasno je, da će se u prometu tražiti, da subjekti retencije budu trgovci, jer promet razlikuje trgovce ne samo po njihovim pravima, nego i po njihovim dužnostima. Odatle proizlazi, da će se pravo retencije davati ne samo trgovcu, nego da će se ono i dozvoljavati samo protiv trgovca. Ali da bi se zaštitilo poverenje u spoljašnje činjenice prometa, treba retenciju dozvoliti ne samo protiv stvarnog trgovca, nego protiv svakog onog lica, koje se za trgovca izdaje.¹⁹⁾

Međutim sa gledišta citiranih zakonodavstava nije trgovačko svojstvo subjekata retencije posve jasno. Bosanski, austrijski i nemački trgovački zakon traže za retinenta izrečno, da bude trgovac, dok se u §-u 309 hrv. t. z. pravo retencije daje „verovniku glede njegovih tražbina, koje proizlaze iz trgovačkih poslova“. Odatle se ne može posve određeno izvesti, da li je taj „verovnik“ trgovac, jer

¹⁸⁾ po čl. 316 austr. t. z. retencija se smatra kao neko specijalno pravo dato poveriocu.

¹⁹⁾ jer se u trgovačkom prometu naročito pazi na bonam fidem i međusobno poverenje.

lice, koje je postalo „verovnik“ iz nekog trgovačkog posla, nije u svakom slučaju trgovac. Ono postaje trgovac samo onda, ako mu je trgovina obično zanimanje²⁰⁾ ili ako se ono trgovačkim poslovima bavi kao „obrtom“.²¹⁾ Da je i sa gledišta hrvatskog trgovačkog zakona uslov retencije sadržan u trgovačkom svojstvu retinenta, može se objasniti iz sistemskog pojma trgovca. Pojam trgovca izgrađen je po ovom zakonu na mešovitom sistemu, u kojem objektivna struktura trgovačkog posla pretstavlja samo delimičnu osnovu, na kojoj je pojam trgovca izgrađen.²²⁾ Drugim rečima to znači, da je svojstvo trgovca vezano za trgovački posao. Odatle proizlazi, da će i poverilac, koji je stekao potraživanje iz trgovačkog posla, koji je sam zaključio, biti trgovac. Ovo je gledište zastupao d-r Fran Vrbanić, koji je na hrvatskom pravnom području prvi počeo da trgovačko pravo naučno obrađuje.²³⁾ Protivno gledište izneo je komentator d-r Vilim Winter,²⁴⁾ samo nije uspeo da svoje mišljenje opravda. Njegovo se mišljenje osniva na stilističkoj diferencijaciji §-a 309 hrv. t. z. gde se u prvom stavu govori o „verovniku“, a u drugom stavu o „trgovcima“. No tim stavovima nije zakonodavac povukao razliku između retencije uopšte i retencije trgovca kao što to d-r Winter u svom komentaru ističe, nego samo razliku između retencije za dospela i retencije za nedospela potraživanja. Ova potonja diferencijacija slaže se u svemu sa stilizacijom bosanskog, austrijskog i nemačkog trgovačkog zakona.

Zahtev, da retinent bude trgovac, u skladu je i sa historijskim razvojem hrvatskog trgovačkog zakonodavstva. Hrvatski trgovački zakon oslanja se na raniju nemačku kodifikaciju,²⁵⁾ koja je opet uzela za podlogu projekat nürnbergške konferencije od 1857-1861 god., kao i na austrijsku kodifikaciju od 17 decembra 1862 god., koja je takođe izgrađena po projektu nürnbergške konferencije. Kad nemački i austrijski trgovački zakon zahtevaju, da retinent bude trgovac, mora se ovo gledište imputirati i hrvatskom trgovačkom zakonu, koji je njihova obična kompilacija.

Deo Osnove našeg novog trgovačkog zakona, koji će govoriti o trgovačkim poslovima, nije još izrađen. Stoga se sa sigurnošću ne može kazati, kakvo će gledište Osnova zauzeti u pogledu svojstva subjekata retencije. No s obzirom na to, da u pogledu određivanja

²⁰⁾ isp. § 1 srp. t. z.

²¹⁾ isp. § 3 hrv. t. z. i § 3 bos. t. z.

²²⁾ isp. § 3 hrv. t. z.

²³⁾ Vrbanić, Trgovački zakon, Zagreb 1892.

²⁴⁾ Winter, Trgovački zakon, Osijek 1912.

²⁵⁾ koja je od pojedinih nemačkih država usvojena za vreme od 1861-1891 god.

pojma trgovca prevladava u njoj subjektivni sistem,²⁶⁾ može se sa velikom verovatnošću zaključiti, da će i Osnova tražiti da retinent bude trgovac.

Iz svega, što je izloženo, mora se sa gledišta prometa, teorije i zakonodavstva zaključiti, da za uslov retencije nije dovoljno da retinentovo potraživanje proizlazi iz trgovačkog posla. Potrebno je još, da se retinent bavi trgovinom kao zanimanjem tj. da je trgovac u formalnom smislu reči. Od ovog zahteva dozvoljava se u austrijskom pravu izuzetak za dužnika samo u slučaju, kad retenciju ostvaruju kreditne ustanove.²⁷⁾

Uslov, da retinent bude trgovac, podešava se u svom obimu prema privilegijama, koje se svojstvu trgovca pridavaju u pravu. Propis §-a 5 hrv. t. z. ističe u tom pogledu, da sve dužnosti i privilegije trgovca izuzev firmu, trgovačke knjige i prokuru važe i za nepotpune trgovce.²⁸⁾ Odavde je praksa i nauka²⁹⁾ izvela, da se svi ostali propisi pa i odredbe o retenciji odnose i na nepotpune trgovce. Ovo je izvođenje sa gledišta logičke interpretacije tačno, ali je veliko pitanje, da li je ono i sa gledišta prometa opravdano.³⁰⁾ Nepotpuni trgovci mogu se smatrati za trgovce samo u primitivnim prometnim prilikama, kakve su na pr. vladale u vreme, kad je nastao srpski trgovački zakonik,³¹⁾ ali iz modernih trgovačkih kodifikacija treba ovo gledište na svaki način eliminisati.

²⁶⁾ isp. § 1 Osnove novog trg. zak.

²⁷⁾ isp. Dr. Oskar Pisko, ibidem.

²⁸⁾ po §-u 5 hrv. t. z. nepotpuni su trgovci: piljari, torbari, staretinari, krčmari, obični vozari i ine zanatlije.

²⁹⁾ d-r M. Stražnický, Predavanja iz trgovačkog prava, sv. II, Zagreb 1921.

³⁰⁾ ovo je logično izvođenje samo po sebi ispravno. Ali su prometni odnosi deo socijalnog događanja, koje se kao i prirodno događanje često puta odvaja od toka logičkog događanja. Stoga socijalno događanje konstruisano logički može veoma lako da postane i pogrešno. Kao primer ovakvog shvatanja isp. Tumač zakona o menici od d-ra M. Stražnickog od 1929, gde se u predgovoru govori o „logičkom razvitku svetskih privrednih prilika“.

Sociologija i nacionalna ekonomija istražuju stvarnu stranu socijalnog života za razliku od prava, koje razmatra samo njegovu formalnu stranu, jer pravo nije stvaralac nego samo regulator socijalnih odnosa. Dakle između sociologije i nacionalne ekonomije s jedne strane te prava s druge strane postoji izvesna organska veza, koja znači, da se jedna i druga strana međusobno dopunjuju. Kako nesaglasnost logike i strukture prometa izaziva u pravu komplikovane konstrukcije, koje će u toku prometnog razvoja biti još komplikovanije, nema ništa prirodnije, nego da se pravo kao formalna strana socijalnog života dopunjuje sa načelima prometa, koji je kao stvarna strana ovoga života pravu najbliži. Dakle se praznine u regulativu socijalnih odnosa ne mogu ispunjavati isključivo logičkim dedukcijama kako to pravna nauka i praksa redovno čini.

³¹⁾ 26 januara 1860 godine.

Ako je retinent trgovačko društvo, onda retenciju može da ostvaruje društvo kao takvo, jer ono prema trećim osobama pretstavlja izvesno jedinstvo.³²⁾ Ovo jedinstvo dovodi kod nekih društvenih oblika kao kod akcionarskog društva i do jurističke osobnosti.³³⁾

Prigodno udruženje nije sa prometnog gledišta trgovac te mu stoga ne bi ni trebalo dozvoliti da ostvaruje retenciju. Kad mu se ne daje svojstvo trgovca interno, nema razloga da mu se to svojstvo prizna prema trećim osobama i to u pogledu tako osetljivog ovlašćenja kao što je retencija. Ali hrvatski trgovački zakon nije usvojio ovo gledište, već odredio da se prigodna udruženja izuzmu samo od propisa o trgovačkim društvima, a od ostalih odredaba, pa prema tome i od retencije ne. Međutim ova udruženja ne mogu biti trgovci ni po samom sistemskom smislu srpskog i hrvatskog trgovačkog zakona, jer svoje poslove ne obavljaju ni kao „redovno zanimanje“³⁴⁾ niti „obrtimice“³⁵⁾ a to je upravo ono, što se za svojstvo trgovca sa subjektivne strane traži.

Udruženje nepotpunih trgovaca u pravilu je udruženje trgovačkog prava i kao takvo sposoban subjekt za retenciju. Ko će sa strane ovakvog udruženja biti ovlašćen na ostvarivanje retencije, ovisi o njegovoj unutrašnjoj organizaciji.

Kod javnog trgovačkog društva subjekt pravnih odnosa nije društvo, nego sami njegovi članovi.³⁶⁾ Stoga će kod javnog trgovačkog društva moći retenciju da ostvaruje svaki pojedini član društva, jer retencija spada u posloводство društva, na koje su svi članovi društva podjednako ovlašćeni.³⁷⁾ Likvidacija ne menja ništa na stvari u pogledu ovlašćenja na retenciju. Trgovačko društvo u likvidaciji ne prestaje biti trgovac i prema tome mogu njegovi članovi da budu aktivni ili pasivni subjekti retencije.

Kod komanditnog društva ovlašćeni su na retenciju njegovi unutrašnji članovi, za koje važi sve ono, što i za članove javnog trgovačkog društva.³⁸⁾ Opet kod akcionarskog društva i zadruge biće na retenciju ovlašćen onaj organ, koji je obavezan na vođenje društvenih poslova i na zastupanje društva prema trećim osobama, a to je upravni odbor. Dalje izlaganje o trgovačkim društvima kao aktivnim i pasivnim subjektima retencije spada u obrađivanje trgovačkih društava.

³²⁾ isp. § 63 hrv. t. z.

³³⁾ d-r M. Stražnický, Predavanja iz trgovačkog prava, sv. I, Zagreb 1920.

³⁴⁾ isp. § 1 srp. t. z.

³⁵⁾ isp. § 3 hrv. t. z.

³⁶⁾ isp. § 64 hrv. t. z.

³⁷⁾ isp. § 80 hrv. t. z., § 80 bos. t. z. i čl. 102 austr. t. z.

³⁸⁾ isp. § 128 hrv. t. z., § 132 bos. t. z. i čl. 153 austr. t. z.

Pošto retencija traje kroz izvestan kontinuitet vremena, nastaje pitanje, mora li retinent da kroz celo vreme trajanja retencije ostane trgovac. Za pravovaljanost retencije potrebno je tek toliko, da retinent bude trgovac u samom momentu, kad se retencija ostvaruje, a to je momenat kad je retinent zadržao dužnikovu stvar, koju je inače po ugovoru ili zakonu bio dužan da izda.³⁹⁾ Odavde proizlazi, da retinent posle već ostvarene retencije može trgovačko svojstvo i izgubiti bez svakog daljeg uticaja na valjanost retencije. Ako je opet retinent postao trgovac tek posle ostvarenja retencije, valjana je ona samo od momenta, od kojeg ju je dužnik odobrio.

U vezi toga, što je retencija jedno trgovačko ovlašćenje, mogu da budu objekti retencije samo one pokretnosti, koje su predmet trgovačkog prometa. Nepokretnosti nisu predmet trgovačkog prometa sem u slučaju neodvojenih plodova, koji su nabavljeni u nameri da se od nepokretnosti odvoje i dalje otuđe. Ovakvi plodovi mogu biti predmet retencije samo onda, kad se od nepokretnosti i fizički odvoje, jer samo na taj način mogu doći u retinentovu vlast,⁴⁰⁾ koja je jedan od uslova retencije. Retencija se dakle ni u kojem slučaju ne može osnovati na nepokretnostima, pa se ona time jasno razlikuje od zaloge.

Međutim nisu ni sve pokretnosti predmet trgovačkog prometa. Izuzete su u prvom redu one koje po samoj svojoj prirodi ne mogu da budu predmet trgovačkog prometa. U nemačkoj literaturi i praksi još je i danas u tom pogledu sporno pitanje, da li je na pr. električna struja predmet trgovačkog prometa.⁴¹⁾ Ovo pitanje treba rešiti pozitivno, ako se električna struja u prometu pribavlja i otuđuje. Naprotiv struja, koja se samo proizvodi — makar i u cilju otuđenja — nije predmet trgovačkog prometa. Izuzete su nadalje od trgovačkog prometa one pokretnosti, koje su extra commercium, a pokretnosti koje nisu predmet privatnog prometa, ne mogu da budu ni predmet retencije. Sve ostale stvari, koje su predmet trgovačkog prometa, dakle i predmet retencije, zovu se jednom reči roba. Obično se za robu smatraju sve one pokretnosti, koje trgovac u svom poslovnom krugu prodaje.⁴²⁾

Ali ni sva roba ne može biti predmet retencije. Ne mogu se u

³⁹⁾ momenat postanka retencije određen je negativno, a to bi se dalo otkloniti samo na taj način, da se postanak retencije veže za neki pozitivni retinentov akt kao na pr. notifikaciju.

⁴⁰⁾ analogon iz §-a 315 srp. g. z.

⁴¹⁾ Staub-Könige, ibidem.

⁴²⁾ isp. § 299 hrv. t. z. Prof. M. Stražnický u svom delu, Predavanja iz trgovačkog prava, sv. II, Zagreb 1921, smatra za robu i ukupnost stvari. Ali je to mišljenje neosnovano, jer se protivi prirodi same stvari.

prvom redu retinirati one stvari, koje su iz javnopravnih razloga izuzete ispod izvršenja.⁴³⁾ Iz razloga pravičnosti treba ovamo ubrojiti i one stvari, sa kojima dužnik ima da ispuni neku moralnu obavezu ili održi minimum egzistencije.⁴⁴⁾ Po prirodi same stvari ne mogu se retinirati ni potraživanja,⁴⁵⁾ jer bi retencija jednog potraživanja u cilju naplate drugog potraživanja bila u suštini obična kompenzacija.⁴⁶⁾ Isto tako ne mogu biti predmet retencije ni prava uopšte, ma da su ona inače pokretnosti,⁴⁷⁾ koje se mogu založiti.⁴⁸⁾ Negativna prava ne mogu se retinirati stoga, što uopšte ne mogu biti predmet trgovačkog prometa. Afirmativna prava ne mogu se opet retinirati zato, što se retencija ostvaruje na takav način, koji se inače ne primenjuje na sticanje afirmativnih prava. Prema tome se retencija razlikuje od zaloge i time, što su od pokretnosti kao objekata retencije izuzeta prava.⁴⁹⁾

Pitanje o retiniranju prava prenosi se na osnovu srodnosti i na one isprave, za koje je neko pravo bilo u kom vidu vezano. Jedne su od ovih isprava samostalni nosioci prava tako, da pravo zajedno s njima nastaje i propada. Drugim rečima pravo je u ispravi inkorporirano te se kao predmet prometa javlja pre isprava, nego pravo. To su hartije od vrednosti, koje su zbog te inkorporiranosti i postale predmet prometa.⁵⁰⁾ Stoga nema zapreke, da se na ovakvim ispravama kao predmetima prometa dozvoli retencija. Ma da su hartije od vrednosti samostalni nosioci prava i predmeti trgovačkog prometa, bila bi njihova sposobnost za retenciju — upravo zbog njihove pravne komplikovanosti — veoma sporna, kad ih legislativa ne bi u tom

⁴³⁾ na imovini ustanove, koja služi javnom saobraćaju, mogu se izvršne radnje po § 32 Z. o izvr. voditi samo sporazumno sa nadzornom vlašću.

Zabrana po § 211 Z. o izvr. da se na pripadak lađa, splavova, skela i vazduhoplova ne može voditi izvršenje odvojeno, može se analogno primeniti i na retenciju.

⁴⁴⁾ isp. § 209 Z. o izvr.

⁴⁵⁾ naprotiv po §-u 86 Men. zak. može potraživanje da bude predmet zaloge.

⁴⁶⁾ potraživanje, koje je osnov retencije, može se inače bez zapreke kompenzirati.

⁴⁷⁾ isp. § 190 srp. g. z.: Prava se smatraju kao pokretne stvari, van ako nisu sa nepokretnim dobrom skopčana.

⁴⁸⁾ predmet zaloge ne mogu biti statusna i porodična prava, a od imovinskih prava ona, koja su vezana za ličnost svoga titulara kao što su usus i habitatio.

⁴⁹⁾ tako se na pr. društveni udeli, autorsko i patentno pravo ne mogu retinirati.

⁵⁰⁾ čl. 271 austr. t. z. smatra hartije od vrednosti posve ispravno za robu. Hrvatski trg. zakon je u tom pogledu nedosledan, po §-u 258 hrv. t. z. hartije od vrednosti nisu roba, dok § 309 hrv. t. z. dozvoljava retenciju i na njih kao i na ostalu robu. Isto ih tako i § 86 M. z. s jedne strane smatra da nisu roba, dok ih s druge strane drži za „predmete, koji kotiraju na berzi“.

cilju izrečno navodila.⁵¹⁾ Sve ostale isprave, koje su samo znak za izvesno pravo postojeće van isprave, ne mogu biti predmet retencije kao ni ostala prava. Ova pojmovna diferencijacija nije ipak za praksu dovoljna te će se morati iz pravnog obeležja svake hartije posebno ustanovljavati, da li je ona sposoban predmet retencije ili nije. Tako su menice,⁵²⁾ čekovi, akcije i dispozicione hartije sposobni objekti retencije, jer su takođe i samostalni nosioci prava, koje pretstavlja ju Naprotiv zadužnice, koje se ne mogu indosirati, bonovi, taloni i priznanice ne mogu se retinirati, jer nisu samostalni nosioci prava. U pogledu uložnih knjižica mišljenja su podeljena. Praksa hrvatskog i vojvođanskog pravnog područja smatra ih kao posve valjan objekt retencije,⁵³⁾ dok nemačka praksa drži, da se uložne knjižice ne mogu retinirati.⁵⁴⁾

Pored pokretnosti i hartija od vrednosti ističu hrvatski i bosanski trgovački zakon i novac kao podesan objekt retencije.⁵⁵⁾ Ovaj dodatak ima samo interpretativan cilj i sa pojmovnog je gledišta izlišan, jer novac i onako spada pod pojam pokretnosti, koji se u trgovačkom prometu smatra za robu.⁵⁶⁾

Jedna te ista stvar može da bude i objekt više retencija, samo što se u tom slučaju ne može stvar dati u detenciju svima poveriocima od jednom. U pogledu detencije potreban je sporazum poverilaca i prema ovome ostaje stvar u detenciji jednoga poverioca ili koje treće osobe, koja će ju držati do isplate duga odnosno do njene prodaje. Simultana se retencija dakle može osnovati samo na osnovu sporazuma između više poverilaca, koji su u pravnom odnosu prema jednom te istom dužniku. Ipak se tim sporazumom ni u koliko ne menja karakter retencije kao jednostranog akta prema dužniku.

Retencija se proteže i na plodove retinirane stvari prema načelu: *accessorium sequitur principale*.⁵⁷⁾ Ovo proizlazi iz cilja retencije, koji je sadržan u sigurnosti i namirenju retinentovog potraživanja.

Da bi se retencija mogla osnovati, traži se pre svega postojanje izvesnog potraživanja sa strane retinenta prema dužniku. Ovo potra-

⁵¹⁾ isp. § 309 hrv. t. z., § 326 bos. t. z. i čl. 313 austr. t. z.

⁵²⁾ menična obaveza nastaje samo sa meničnom hartijom te sa njom i prestaje izuzev slučaj amortizacije.

⁵³⁾ isp. Odluku ugarske kurije broj 357 od 1884 godine.

⁵⁴⁾ Staub-Könige, ibidem.

⁵⁵⁾ isp. § 309 krv. t. z. i § 326 bos. t. z.

⁵⁶⁾ isp. Stražnický, Predavanja iz trgovačkog prava, sv. II, Zagreb 1921, gde se ističe, da novac nije roba. Ovo je mišljenje međutim neosnovano s obzirom na položaj, koji novac u prometu ima.

⁵⁷⁾ analogon iz §-a 315 srp. g. z.: Pravo zaloge na stvar sadržava u sebi i pravo na plodove stvari.

živanje je osnov retencije i njegova se veza sa pravom retencije manifestuje na taj način, da čim prestane potraživanje, prestaje tim samim i retencija. Naprotiv retencija može da prestane, a da potraživanje i pored toga ostane netaknuto. To znači, da potraživanje može da postoji bez retencije, dok ona bez potraživanja ne može. Retencija pretstavlja dakle jedno akcesorno pravo i izjednačena je u tom pogledu sa založnim pravom.

Retencija se može ostvariti samo na osnovu takvog potraživanja, koje je nastalo iz posla zaključenog između retinenta i njegovog dužnika. Ona se ne može osnovati za dug neke treće osobe kao što je to slučaj kod zaloge. Nemački i austrijski trgovački zakon u tom su pogledu složni. Osnov retencije može po njima da bude samo onaj posao, „koji su zaključili retinent i njegov dužnik sami“.⁵⁸⁾ Hrvatski trgovački zakon dosta je u tom pogledu nejasan, jer govori samo o „vjerovnikovim tražbinama“⁵⁹⁾ dok je bosanski još nejasniji, jer govori samo o „tražbinama“.⁶⁰⁾ Potraživanja, koja je retinent stekao singularnom ili univerzalnom sukcesijom ne mogu se istaći kao osnov retencije, a to važi za sva potraživanja bez razlike, da li su stečena ugovornom ili izvršnom cesijom odnosno nasleđem. Osnov retencije treba da bude dakle neposredan dužnikov dug retinentu. Ovaj zahtev opravdava se potrebom prometa, jer bi inače svaki trgovac mogao da steče cesijom potraživanja protiv drugog trgovca i na osnovu toga retinira njegovu robu, koju momentano drži. Ovako širok osnov retencije bio bi svakako nepravičan, a protivio bi se i pravilnosti prometa uopšte.

Pravilo da se osnov retencije ima ograničiti samo na neposredan odnos između retinenta i njegovog dužnika, ne može se primeniti na hartije od vrednosti upravo zbog njihovog osobitog položaja u trgovačkom prometu.⁶¹⁾ Hartije na donosioca i po naredbi čim su izašle iz ruku svoga izdavaoca, ne predstavljaju doduše neposredan dugovni odnos između poverioca i izdavaoca. Ali se ipak mora pretpostaviti, da se njihov izdavalac hteo obavezati ne samo izvesnom poveriocu nego svakom onome, ko je kao njihov imalac legitimisan upravo zbog toga, što je potraživanje iz ovih hartija tesno vezano za samu hartiju quoad materiam. Prema tome se može smatrati, da

⁵⁸⁾ isp. § 369 nem. t. z. i čl. 313 austr. t. z.

⁵⁹⁾ isp. § 309 hrv. t. z.

⁶⁰⁾ isp. § 326 bos. t. z.

⁶¹⁾ razlozi ovih izuzetaka leže u tom, što je proces uopštavanja u cilju pronalaska jedne norme, koja reguliše promet, u glavnom pogrešan ili netačan. Struktura prometa nije još toliko naučno izražena, da bi se pravo moglo u njoj orijentisati sa takvom lakoćom, kakvu zakonodavci često puta tek po osećaju ispoljavaju.

će između indosatara jedne hartije po naredbi i njenog izdavaoca postojati posao kao da je zaključen neposredno između poverioca i njegovog dužnika. Tim se pre mora dopustiti, da takav posao postoji između imaoca hartije na donosioca i njenog izdavaoca. Dakle kod hartija od vrednosti mora se dozvoliti izuzetak od zahteva, da potraživanje između retinenta i njegovog dužnika mora da bude neposredno.

Kad se retencija ne može osnovati na potraživanju, koje je stečeno sukcesijom, onda je razumljivo, da je i sama retencija kao trgovčevo lično pravo neprenosiva. Naprotiv nemačka praksa priznaje, da jednom osnovano pravo retencije može u vidu univerzalne sukcesije preći i na naslednike.⁶²⁾ Međutim je o prenosu retencije uopšte neosnovano govoriti. Sama po sebi retencija se ne može preneti, jer je akcesorna, a zajedno sa potraživanjem ne može se preneti stoga, što osnov retencije može da bude samo neposredno potraživanje retinenta prema dužniku.

Sadržaj potraživanja može biti raznovrstan kao što su i odnosi prometa uopšte. Ali kako potraživanje mora da proizlazi iz trgovačkog posla, to će i u sadržaj potraživanja ulaziti samo ono, što je predmet trgovačkog prometa, a to je roba. Retinent će stoga moći, da od dužnika potražuje novac, hartije od vrednosti i ostale pokretnosti, koje su predmet trgovačkog prometa.⁶³⁾ Razume se samo po sebi, da će ove pokretnosti morati da budu takve, da se svakom prilikom uzmognu pretvoriti u novac.

Sa pravnog gledišta spada u obim potraživanja glavno i sporedno potraživanje zajedno. Stoga će se retencija moći jednako da ostvaruje za glavnicu kao i za kamate, a takođe i za troškove.

Potraživanje, koje služi za osnov retencije, mora u pravilu biti dospelo. Ovaj se uslov osniva na formalno-pravnom zahtevu, po kom se ni jedno namirenje ne može izvršiti, a da pre toga nije dospelo. U koliko dospelost potraživanja nije određena ugovorom, merodavni su oni propisi, koji u tom pogledu interpretiraju dospelost.⁶⁴⁾ Ako je na pr. odlaganje plaćanja učinjeno samo iz predusretljivosti, smatra se kao da odlaganje i ne postoji, čim je dužnik došao u teškoću plaćanja. Kod fiks posla⁶⁵⁾ potraživanje je dospelo u ono vreme, kad se činidba ima ispuniti, a kod ostalih potraživanja onda, kad to priroda posla, smisao trgovačkog prometa ili običaji odrede. Ako potraživanje

⁶²⁾ Staub-Könige, ibidem.

⁶³⁾ po §-u 52 Novele austr. g. z. od 12 oktobra 1914 može se retinirati zbog troška učinjenog na stvar ili zbog štete, koju je prouzrokovala stvar.

⁶⁴⁾ isp. § 327 hrv. t. z., čl. 326 austr. t. z. i § 271 nem. t. z.

⁶⁵⁾ isp. § 355 hrv. t. z.

potiče iz dvostranog ugovora, smatra se da je dospelo onda, kad je i retinent sa svoje strane obavezu ispunio. Stoga ako prodavalac ne preda kupcu stvar u određeno vreme, ne može on tražiti od kupca isplatu kupovine.⁶⁶⁾ Prema tome ne može se prodavalac u takvom slučaju koristiti ni sa retencijom.

Dospelost potraživanja ne mora da postoji u vreme, kad je dužnikova stvar došla u retinentovu vlast. Ona treba da postoji samo u vreme ostvarenja retencije tj. u vreme, kad je retinent dužnikovu stvar zadržao, jer je to momenat postanka retencije.

Dospelost potraživanja ne traži se izuzetno u slučaju stečaja, obustave plaćanja⁶⁷⁾ i neuspeha izvršenja.⁶⁸⁾ Sva tri slučaja predstavljaju za retinenta opasnost da izgubi svoje potraživanje. Kako se trgovina današnjeg društvenog poretka osniva na kapitalističkom shvatanju, koje u prvom redu favorizuje privredivanje makar i na štetu privredno slabijeg dužnika, jasno je, da se u slučaju opasnosti za retinentovo potraživanje moraju pravne granice retencije da prošire.

Izuzetak od dospelosti treba dopustiti i kod kupnje na probu,⁶⁹⁾ kod koje se razlikuju dva slučaja prema tome, da li je roba kupcu predata ili nije. Ako mu je roba predata, potraživanje je dospelo, kako kupac za ugovorenog ili običaju primerenog roka ne daje izjave o prihvatu.⁷⁰⁾ Naprotiv ako roba kupcu nije predata, potraživanje je dospelo tek onda, ako on za ugovorenog ili običaju primerenog roka daje izjavu.⁷¹⁾ U prvom slučaju dospelost je vezana za negativni, a u drugom slučaju za pozitivni suspenzivni uslov. Kod kupnje na probu ne bi odgovaralo intencijama prometa, da retencija bude ovisna o neočitovanju odnosno očitovanju kupčeve volje, jer do momenta nedavanja odnosno davanja očitovanja može retinent biti primoran da izda stvar, a kad je jednom stvar pustio iz ruke, ne može više da ostvari retenciju.

Da bi se za ovo gledište prometa našlo i pravno opravdanje, treba se u prvom slučaju poslužiti ovlašćenjem opšteg privatnog prava, po kome se negativni suspenzivni uslov pretvara u pozitivni rezolutivni.⁷²⁾ To znači, da će retinent dobiti odmah pravo na retenciju, a

⁶⁶⁾ isp. § 1062 O. g. z.

⁶⁷⁾ za osnivanje retencije nije dovoljan običan zastoj plaćanja, već se traži objektivna obustava tj. takva, koja se već u spoljašnjem svetu manifestovala.

⁶⁸⁾ isp. § 309 hrv. t. z.

Dok je retinirana stvar u srazmeri sa visinom potraživanja ne može retinent za isto potraživanje voditi izvršenje na ostalu dužnikovu imovinu.

⁶⁹⁾ isp. §§ 359—361 hrv. t. z.

⁷⁰⁾ isp. § 360 hrv. t. z.

⁷¹⁾ isp. § 361 hrv. t. z.

⁷²⁾ isp. § 708 O. g. z.

izgubiće ju, ako kupac u određeno vreme ne daje izjavu o prihvatu. U drugom slučaju mogla bi se retencija ostvariti samo tako, da se ona kao u rimskom pravu zasnuje na fikciji ispunjenja uslova, ma da se ta fikcija inače protivi načelima sadašnjeg pozitivnog prava.⁷³⁾ Ovaj se izuzetak kod kupnje na probu može pravdati opasnošću za retinentovo potraživanje jednako kao kod stečaja, obustave plaćanja i neuspeha izvršenja. Inače je opšti zahtev prometa i nauke, da potraživanje vezano za suspenzivan uslov ne može da bude osnov retencije obrnuto, nego što je slučaj kod založnog prava.

Sa gledišta trgovačkog prometa treba takođe rešiti pitanje, da li i naturalna potraživanja mogu da budu osnov retencije. Kod retencije doći će u obzir samo ona od ovih potraživanja, koja proizlaze iz trgovačkog posla.⁷⁴⁾ Naturalna potraživanja nisu bez svake važnosti. To su potraživanja, koja društvo i promet priznaju kao posve osnovana⁷⁵⁾ dok im pravni poredak priznaje samo materijalnu, a odriče formalnu zaštitu. To znači, da se naturalna obaveza smatra kao pravovaljana samo onda, ako ju je dužnik sa svoje strane izvršio, novirao ili utvrdio. Dakle naturalna obaveza može se realizovati samo sa strane dužnika, a nikada sa strane poverioca. Odatle proizlazi da naturalno potraživanje ne može da bude osnov retencije, koja se može osnovati samo jednostranom inicijativom sa strane poverioca. Pored toga cilj je retencije namirenje, a ovo se sa strane poverioca može samo sa tužbom da ostvari. Naturalno potraživanje ne može se utužiti, a to znači da ono neće moći da bude ni podesan osnov retencije. Naprotiv naturalno potraživanje može da bude osnov založnog prava, jer se založno pravo kao *pignus conventionale* može osnovati i inicijativom dužnika.

Kako se ostvaruje retencija, ako je njen osnov korealno potraživanje. Korealne obaveze nastaju u cilju utvrđivanja sigurnosti i mnogo su češće na strani dužnika nego na strani poverioca. Pošto je kod korealne obaveze svaki poverilac ovlašćen na činidbu, a svaki dužnik obavezan na činidbu, jasno je, da će retenciju kod aktivne korealnosti moći da ostvari svaki poverilac i da će se ona kod pasivne korealnosti moći da ostvari protiv svakog od dužnika.

Potraživanje, koje služi za osnov retencije, mora da je pored ostaloga i poslovno tj. da proizlazi iz trgovačkog prometa. Legisla-

⁷³⁾ isp. § 699 O. g. z.

⁷⁴⁾ ovamo spadaju samo zastarela potraživanja kao i ona, koja su formalno manjkava. Igre, opklade i usmeno obećanje poklona ne dolazi ovde u obzir, jer uopšte nisu trgovački poslovi.

⁷⁵⁾ prema tome je tačnije, da se naturalna potraživanja nazovu društvenim ili prometnim potraživanjima.

tivno je to izraženo u zahtevu, da potraživanje nastaje iz „trgovačkog posla“. ⁷⁶⁾ Takva su potraživanja na pr. provizija, troškovi i dati predumovi na robu, jer na njihovom osnovu može prevoznik retinirati robu, koju prevozi. ⁷⁷⁾

Sa prometnog gledišta ovo je u celosti opravdano. Moderan trgovac pripada podjednako trgovačkom redu i građanskom društvu, jer on u jednoj i drugoj sferi obavlja izvestan krug poslova. Kad bi se svi poslovi, koje obavlja trgovac, smatrali za trgovačke, morao bi se i pojam trgovca određivati isključivo po subjektivnim osobinama, a to bi dovelo trgovački red do takvog društvenog klasiranja, koje se danas već preživelo. Da bi se tome izbeglo, određuje se pojam trgovca kombinovano po subjektivnim i objektivnim karakteristikama trgovačkog posla, jer je to društvenim idejama sadašnjice najbliže. Pravno se to izražava tako, da se pravi razlika između građanskih i trgovačkih poslova pojedinog trgovca; a čim se ova razlika postavlja kod određivanja trgovačkih poslova uopšte, mora se ona istaći i kod retencije, koja predstavlja jedno specijalno trgovačko ovlašćenje. To znači, da nije dosta da su subjekti retencije trgovci, nego treba da je i sam njen osnov trgovački posao. Kad bi trgovac mogao ostvarivati retenciju i za svoja građanska potraživanja, izgubila bi ona svako unutrašnje obeležje i postala lična privilegija trgovačkog reda, a to bi sa gledišta prometa bilo nesavremeno, a sa gledišta društvenog poretka nepravedno. Prema tome je zahtev, da osnov retencije bude potraživanje iz trgovačkog posla, u tesnoj vezi sa potrebama društvenog, prometnog i pravnog poretka.

Nepotrebno je da se kod osnova retencije pravi razlika između glavnog i sporednog trgovačkog posla. Kad se bez kombinacije glavnog i sporednog trgovačkog posla ⁷⁸⁾ nije u trgovačkom prometu mogao osnovati pojam trgovačkog posla, jasno je, da se ova kombinacija i pri pravnom određivanju osnova retencije ne sme napustiti.

U prometu dolazi trgovac podjednako u odnos sa trgovcem kao i sa netrговcem. To dovodi do podvojenosti trgovačkih poslova na dvostrane i jednostrane, a konačno i do pitanja, da li potraživanje koje služi za osnov retencije, treba da proizlazi iz jednostranog ili dvostranog trgovačkog posla. Kako retencija predstavlja jedno trgovačko ovlašćenje, to treba i ovo pitanje rešiti na osnovu trgovačkog kvaliteta subjekata retencije. Uzimajući u obzir, da oba subjekta re-

⁷⁶⁾ isp. § 309 hrv. t. z., § 326 bos. t. z., čl. 313 austr. t. z. i § 369 nem. t. z.

⁷⁷⁾ isp. § 410 nem. t. z.

⁷⁸⁾ isp. § 260 hrv. t. z.: Svikoliki poslovi trgovca, koji spadaju k „tjeranju“ trgovačkog obrta njegova, smatraju se kao poslovi trgovački.

tencije moraju biti trgovci i da između pojma trgovca i trgovačkog posla postoji naročito tesna veza, mora se dopustiti, da posao koji predstavlja osnov retencije, bude trgovački sa strane retinenta, kao i sa strane dužnika tj. da osnov retencije bude dvostrani trgovački posao.

Austrijski i nemački trgovački zakon u tom su pogledu jasni. Oni izrekom govore o obostranom trgovačkom poslu. ⁷⁹⁾ Naprotiv hrvatski i bosanski trgovački zakon govore samo o „trgovačkim poslovima“ ⁸⁰⁾ i time daju povoda otvorenim protivrečnostima. Svakako je čudnovato, da su redaktori hrvatskog i bosanskog trgovačkog zakona zaboravili da pomenu obostrani trgovački posao, kad su se pri izradi i onako ugledali na austrijski tekst zakona, u kom se to naročito jasno ističe. ⁸¹⁾

Ako je za vreme trajanja retencije jedno potraživanje prestalo, a drugo međuvremeno nastalo, može retinent istu stvar zadržati i za ovo drugo potraživanje. To znači, da se retencija može ostvariti i za više sukcesivnih potraživanja, svakako uz pretpostavku, da je retinent udovoljio i ostalim uslovima retencije.

Prelazimo na razmatranje pojedinih materijalnih uslova retencije, u njihovim međusobnim odnosima, koji daju sliku instituta u njegovom vremenskom kontinuitetu. ⁸²⁾

Kod retencije dolazi vremenski do izražaja najpre odnos između dužnika i retenirane stvari. Ovaj odnos mora u svakom slučaju da bude odnos svojine. Prvo zato, što stvar treba da predstavlja izvesnu imovinsku vrednost, dok je još u dužnikovoj ruci. Drugo zato, što je konačni cilj retencije sadržan u namirenju i retinent to namirenje ne bi mogao da ostvari, kad bi neko treći imao na retiniranu stvar jače stvarno pravo od njega; i konačno zato, što bi vlasnička prava trećih osoba bila iluzorna, kad bi se retencija mogla dozvoliti na stvarima, koje nisu u vlasnosti dužnika. Jednom reči to znači, da bi se retiniranje stvari, koja nije dužnikova vlasnost, protivilo konačnom cilju

⁷⁹⁾ isp. čl. 313 austr. t. z. i § 369 nem. t. z.

⁸⁰⁾ isp. § 309 hrv. t. z. i § 326 bos. t. z.

⁸¹⁾ trgovački se posao po svom prometnom obeležju može da ostvari samo u cilju privređivanja, koje se u trgovačkom pogledu manifestuje u sticanju ili otuđivanju. Sticanje ima trgovačko obeležje, ako je proizvedeno u nameri otuđenja, a otuđenje je trgovačko onda, ako je izvršeno na stvarima, koje su stečene uz naknadu. Kako se privređivanje u jednom i drugom slučaju može proizvesti samo u formi dvostrane naplatne pogodbe, proizlazi, da će i osnov retencije biti samo onaj trgovački posao, koji je dvostran.

⁸²⁾ da bi se jedan institut što tačnije ocenio, treba razmatrati njegove sastavne delove najpre posebno, a zatim u njihovom međusobnom odnosu. Taj se odnos može ostvariti samo u izvesnom vremenskom kontinuitetu kao neka dinamička slika instituta, koji se razmatra.

retencije i valjanim pravima trećih osoba. Austrijsko pravo dozvoljava izuzetak od ovoga uslova samo u slučaju, kad retenciju ostvaruju kreditni instituti, koji stoje pod državnim nadzorom.⁸³⁾

Stvari, koje nisu dužnikova vlasnost, ne mogu se dakle retinirati bez razlike, da li dužnik s njima može da raspolaže ili ne. Prema tome ako je prevoziac primio neku stvar od prodavaoca sa nalogom, da ju preveze i preda kupcu, ne može prevoziac ovu stvar retinirati za svoje potraživanje prema prodavaocu, ako je ona već prešla u vlasnost kupca. U takvom slučaju može prodavalac prevoziocu sa uspehom staviti prigovor svoje nevlasnosti. Isto tako ne može prodavalac retinirati stvar, koju je zadržao na čuvanju u ime kupca, jer je on međuvremeno prestao da bude njen vlasnik. Dužnikova vlasnost pokazuje se ovde kao zahtev konačnog cilja retencije i koordinacije sa pravima trećih osoba, pa se ona stoga ne može ničim ni naknaditi. To znači, da neće biti valjana ni ona retencija, koju je izvršio retinent u dobroj veri držeći, da je dužnik vlasnik retinirane stvari. Retinentu ne može u tom slučaju ići u prilog bona fides sticaoca opšteg privatnog prava.⁸⁴⁾ Time što dužnik mora da bude vlasnik retinirane stvari, razlikuje se retencija od zaloge, koja se može osnovati i na tuđoj stvari. Drugim rečima to znači, da je retencija slabija od zaloge.

Stvar se mora nalaziti u dužnikovoj vlasnosti samo u vreme ostvarenja retencije, a ne kao što to nemačka praksa hoće⁸⁵⁾ u momentu, kad su se tek stekli materijalni uslovi retencije.⁸⁶⁾

Sigurnost prometa zahteva, da na jednu već ostvarenu retenciju nemaju uticaja kasnije promene ili gubitak dužnikove vlasnosti, jer bi se takav uticaj protivio tendenciji za samoodržanjem prometnih instituta, koje je samoodržanje jedna od pretpostavki prometne sigurnosti. Stoga ako dužnik za vreme trajanja retencije otuđi retiniranu stvar,⁸⁷⁾ mora njegov pravni slednik trpeti retenciju, koja u tom slučaju dejstvuje kao apsolutno osobno pravo prema trećim osobama.⁸⁸⁾ No ako je dužnik postao vlasnik retinirane stvari posle već ostvarene retencije, valjana je ona samo onda, ako ju je dužnik naknadno odobrio.

⁸³⁾ isp. austrijsku Naredbu od 28 oktobra 1865 o izuzecima od opštih sudskih zakona za ustanove, koje se bave kreditnim poslovima (R. G. Bl. 110).

⁸⁴⁾ isp. § 367 O. g. z.

⁸⁵⁾ Staub-Könige, ibidem.

⁸⁶⁾ uslovi retencije mogu postojati sami za sebe, a da se ona još i ne ostvari.

⁸⁷⁾ dokle god dužnik ne izvesti retinenta o prenosu vlasnosti, može ga retinent i dalje smatrati za vlasnika.

⁸⁸⁾ apsolutnost proizlazi iz cilja retencije, a koji ide za apsolutnim namirenjem retinenta.

Stvari, koje su u dužnikovoj suvlasnosti, mogu se takođe retinirati, jer je dužnik potpuni vlasnik svoga dela stvari.⁸⁹⁾ Dužnikov suvlasnik ima u tom slučaju prema retinentu ista prava kao i prema dužniku. To jest u koliko se stvar između njega i dužnika ne može nikako da podeli, ovlašćen je on zahtevati da se stvar javno proda, dok retinent može tražiti, da se dužnikov deo cene preda njemu u retenciju.⁹⁰⁾ Retencija se na ovaj deo cene ostvaruje i bez dužnikove volje analogno izvršenju po načelima izvršnog prava.

Inače se prelaz dužnikove stvari u retinentovu vlast mora izvršiti voljom dužnika, koja predstavlja unutrašnju stranu prelaza. Stoga ako je dužnikova stvar došla u retinentovu vlast samovlasno ili ako ju je neko treći bez dužnikova pristanka ovome predao, retencija je nevaljana. Volja je ovde isto tako važan činilac kao i kod državine, koja se u slučaju prestanka corpus-a može održati i pomoću samog animus-a.⁹¹⁾

Očitovanje dužnikove volje nije prostorno fiksirano, jer ono može da bude neposredno ili sukcesivno. Vremenski fiksirano je dužnikovo očitovanje volje samo u toliko, što se ono mora dati pre ili za vreme trajanja retencije. Prema tome nije retencija nevaljana, ako je dužnik svoju volju očitovao i naknadno posle zadržanja stvari. Ovakvo naknadno očitovanje volje od uticaja je samo na obim eventualne retinentove odgovornosti.

Trgovački promet ima tendenciju, da bude što intenzivniji. Da bi stoga očitovanje dužnikove volje odgovaralo tendenciji prometa, treba da ono bude što manje formalno, a to znači, da dužnikova volja može da bude i neformalna. Ipak će se njegova volja morati da očituje u onom obliku, koji je potreban za afirmaciju poverenja u spoljašnje činjenice prometa. Prema tome egzistencija dužnikove volje može se i pretpostaviti, ako na dužnikovoj strani nastanu takve situacije, iz kojih se njegova volja prema prilikama prometa može da izvede. Takva se volja mora na pr. pretpostaviti kod dužnikovih akcija, koje se zateknu u stečajnoj masi akcionarskog društva, koje ih je emitovalo. Stoga ih stečajni upravitelj može retinirati, kad ih dužnik na osnovu svog izlučnog prava zatraži. Dakle za prelaz dužnikove stvari u retinentovu vlast može da bude osnova i consensus praesumptus debitoris.⁹²⁾

Spoljašnja strana prelaza stvari u retinentovu vlast sastoji se u

⁸⁹⁾ isp. § 829 O. g. z.

⁹⁰⁾ isp. § 843 O. g. z.

⁹¹⁾ isp. § 320 O. g. z.: Dokle još postoji nada, da će se naći izgubljena stvar, može se držalac i samom voljom održati u posedu te stvari.

⁹²⁾ takav consensus praesumptus istaknut je u §-u 320 hrv. t. z.

tom, da se prelaz vrši na osnovu posla, koji svakako treba da bude trgovački. Austrijsko i nemačko zakonodavstvo to izrekom zahteva,⁹³⁾ dok hrvatski i bosanski trgovački zakon ne kažu o tome ništa.⁹⁴⁾ Svakako će u tom pogledu biti dovoljan i jednostrani trgovački posao.⁹⁵⁾

Pored toga ovaj posao prelaza može da bude zajednički sa poslom koji služi za osnov retencije ili može da bude od njega odvojen. U slučaju odvojenosti ne mora između oba pravna posla postojati koneksitet kao što je redovno kod zaloge.⁹⁶⁾ Otsustvo ovog koneksiteta znači samo to, da je retencija po svom obimu mnogo šire pravo od zaloge.

Kad je stvar došla u retinentovu vlast, ne stoji mu ništa na putu, da ostvari retenciju, u koliko su svi njeni materijalni uslovi ispunjeni. Retinentova vlast na dužnikovoj stvari je jedan od najmarkantnijih uslova retencije.

Retinentova vlast na stvari ima i svoje naročito opravdanje. Pošto je retencija jednostran retinentov akt, ne bi se ona mogla ni ostvariti ni afirmirati na stvari, koja nije u retinentovoj vlasti. Pored toga kad bi se retencija mogla ostvariti i bez retinentove vlasti na stvari, značilo bi to opasnost za interese poverilaca⁹⁷⁾ i favorizovanje nesavesnih dužnika.⁹⁸⁾ Dakle sama priroda retencije i sigurnost kreditnog prometa opravdava retinentovu vlast na retiniranoj stvari.

Retinentova vlast na stvari ima i svoju negativnu stranu, koja proističe iz same sadržine pravnog posla, kojim retinirana stvar prelazi u vlast retinenta. To znači da se ne može retinirati ona stvar, koju je dužnik ili neko treći predao retinentu sa nekom „opredeljenom raspoložbom“ ili retinent preuzeo izvesnu obavezu u tom pogledu. Kako se za opstojnost retencije traži, da je stvar prešla u retinentovu vlast samo voljom dužnika, moglo bi se odatle zaključiti, da se retencija u nijednom takvom slučaju ne bi ni mogla da ostvari, jer je u svakom pravnom poslu između dužnika i retinenta sadržana po neka dužnikova raspoložba. Ovakvo shvatanje očigledno je preusko i pogrešno, jer se sa njime na taj način negira i sama opstojnost retencije.

Stoga treba posao, na osnovu koga dužnikova stvar prelazi u retinentovu vlast, određivati na drugi način tj. ne samo po sadržaju

⁹³⁾ isp. § 313 austr. t. z. i § 360 nem. t. z.

⁹⁴⁾ isp. § 309 hrv. t. z. i § 326 bos. t. z.

⁹⁵⁾ Dr. Oskar Pisko, ibidem.

⁹⁶⁾ izuzetno ne traži se koneksitet ni kod zaloge komisionara za kontokretna potraživanja iz komisionog posla.

⁹⁷⁾ isto ovo važi i za zalogu.

⁹⁸⁾ trgovački promet ima upravo suprotnu tendenciju, da favorizuje poverioce.

dužnikove volje, nego po prirodi pravnog posla i strukturi trgovačkog prometa. Tako se stvar, koja je primljena u depozit, ne može retinirati, jer bi se to protivilo prirodi depozitnog posla i cilju prometa.⁹⁹⁾ No ako za tumačenje dužnikove raspoložbe nedostaje priroda pravnog posla ili cilj prometa, valja dužnikovu raspoložbu određivati prema njegovom poverenju u spoljašnje činjenice prometa, u koliko su one u skladu sa „dobrim običajima i navadama u trgovačkom prometu“.¹⁰⁰⁾ Prema tome može se retinirati roba, koju je primalac odbio da primi, a pošiljalac nije za taj slučaj ništa specijalno odredio. Stvari, koje su date na opravku ili preradu, mogu se takođe retinirati. Isto tako nije ni u dostavi neporučene robe sadržano takvo pošiljačovo raspoloženje, koje isključuje retenciju. Naprotiv roba, koja je data komisionaru ili agentu u cilju dalje prodaje, ne može biti predmet retencije sem u slučaju, kad je poslovni odnos sa komitentom razrešen. Na jednak način ne mogu se retinirati ni menice, koje su date trećoj osobi u cilju diskontovanja.¹⁰¹⁾

Ali dužnikova „opredeljena raspoložba“ pri prenosu stvari u retinentovu vlast ne mora da je u svakom slučaju punovažna. Tako u slučaju, kad je retinentovo potraživanje došlo u opasnost zbog stečaja, obustave plaćanja ili neuspelog izvršenja, ostaje retencija na snazi i pored dužnikove „opredeljene raspoložbe“. Ova ništavost dužnikove raspoložbe osniva se na istim razlozima, na kojima je osnovana i izuzetna retencija zbog potraživanja, koje još nije dospelo.

S obzirom na kolebanje nekih zakonodavstava treba još rešiti pitanje sadržaja retinentove vlasti na retiniranoj stvari. Sa gledišta strukture prometa ova je vlast neposredna ili posredna prema tome, da li retinent raspolaže sa stvari neposredno ili posredno na osnovu neke dispozicione hartije.

Kod neposredne vlasti treba odlučiti, da li je ona po svom obeležju posed ili detencija. Retinent ne sme retiniranu stvar ni upotrebljavati ni uživati. On ju drži samo zbog presije dužnika i zbog što sigurnijeg namirenja, a oba ta cilja može da postigne i onda, kad u retenciji nije sadržan posed. S obzirom na to, da i kod prometnih instituta vlada načelo ekonomičnosti,¹⁰²⁾ izlišno je govoriti o

⁹⁹⁾ isp. § 961 O. g. z.

Propis §-a 53 Novele austr. g. z. od 12 oktobra 1914 izrekom određuje, da se stvari date u posudbu, ostavu ili porabu ne mogu zadržati. Naprotiv nemačka praksa bezrazložno drži da se stvar, koja je bez svake dalje raspoložbe data u depozit, može retinirati (Staub-Könige, ibidem).

¹⁰⁰⁾ isp. § 267 hrv. t. z.

¹⁰¹⁾ Staub-Könige, ibidem.

¹⁰²⁾ da se naime isti uspeh postigne sa što manjim utroškom energije.

posedu retinirane stvari onde, gde se isti cilj može da ostvari i pomoću same detencije. Ovo se prometno gledište slaže i sa pogledom na unutrašnju stranu retinentove vlasti. Retinent nema ni volje, da retiniranu stvar drži kao svoju. Stoga je mnogo opravdanije, da se retencija po svom sadržaju smatra pre za detenciju nego za posed. Analogno shvatanje postoji i kod zaloge, gde založni poverilac ne drži stvar animo domini, nego prosto kao poverilac u ime dužnika.¹⁰³⁾ Stoga se ni kod zaloge ne govori o posedu stvari, ma da je ona inače mnogo jače pravo od retencije. Isto se tako ni za prevozioca ne može kazati, da je u posedu stvari, koju prevozi, ma da ju on inače može i retinirati.¹⁰⁴⁾ Konačno da retinirana stvar nije u retinentovom posedu, proizlazi i odatle, što se održaj (usucapio) pokretne stvari ne prekida time, što se ona retinira, a to bi svakako bio slučaj, kad bi retinirana stvar bila u retinentovom posedu.¹⁰⁵⁾ Dakle prema svemu onome, što je ukratko ovde izloženo, netačna je formulacija onih zakonodavstava, koja govore o posedu, a ne o detenciji retinirane stvari.¹⁰⁶⁾

Posredna retinentova vlast na stvari dolazi do izražaja kod robe, sa kojom se može disponovati samo na osnovu izvesnih dispozicionih hartija. U takvom slučaju ima retinent vlast na robu samo onda, kad dispoziciona hartija, koja se odnosi na robu, glasi na njegovo ime. No ako dispoziciona hartija glasi na ime dužnika, onda se u slučaju zadržanja hartije sa strane retinenta nalazi u retenciji samo hartija, a ne roba.¹⁰⁷⁾

Neposrednoj i posrednoj vlasti na retiniranoj stvari zajedničko je to, da retinent može sa stvari disponovati u odnosu prema dužniku, a ne i prema trećim osobama. Stoga se retinentova vlast na stvari ne prekida time, ako izvršna vlast uzme stvar od retinenta, jer ona drži stvar umesto poverioca, a poverilac umesto dužnika, koji je u ovom slučaju retinent. Retinentova vlast na stvari ne prestaje ni onda, kad ju retinent dobrovoljno stavi u javni depozit.¹⁰⁸⁾ Isto tako

¹⁰³⁾ isto tako nisu posednici stvari uzuar (§ 504 O. g. z.), uzufruktuar (§ 509 O. g. z.), depozitar (§ 957 O. g. z.), komodatar (§ 972 O. g. z.), prekarista (§ 974 O. g. z.), i zakupnik (§ 1090 O. g. z.), ma da su u tesnijem pravnom odnosu prema stvari, nego retinent.

¹⁰⁴⁾ po §-u 410 nem. t. z. prevozioc je posednik stvari, koju prevozi.

¹⁰⁵⁾ isp. § 1460 O. g. z.: Za održaj se traži, da neko stvar odista drži.

¹⁰⁶⁾ isp. § 309 hrv. t. z. i čl. 313 austr. t. z.

¹⁰⁷⁾ nastaje interesantno pitanje, da li je ovde pravo na izdavanje robe predmet retencije. To bi bio izuzetak od ranije postavljenog načela, da se prava ne mogu retinirati.

¹⁰⁸⁾ koliko bi ovo za dužnika bilo pravično, toliko se iz tehničko-praktičnih razloga ne može za sada opravdati.

nema uticaja na kontinuitet retencije ni okolnost što retinent svoju vlast na stvari koju uzima u retenciju, može da ostvari samo intervencijom javne vlasti ili mu je inače za detenciju te stvari potrebna dozvola vlasti.¹⁰⁹⁾

S obzirom na to, da je polazni cilj retencije presija na dužnika da isplati svoj dug, moglo bi se opravdati, što poverilac i za nezatno potraživanje može retinirati stvar naročite vrednosti tim više, što se ova nesrazmernost ne protivi ni pravnom sistemu retencije. Ali pogledom na moderne saobraćajne prilike¹¹⁰⁾ proizlazi protivno. U starom pomorskom pravu važno je doduše načelo, „da roba jemči za brod, a brod za robu“. Ali novije pravo nije ostalo u celosti kod ovog nesrazmernog jemstva i priznalo je retenciju samo na robu, jer bi se retencija imaooca robe na prevozno sredstvo protivila pravilnosti javnog saobraćaja;¹¹¹⁾ a pored toga ne bi odgovaralo poverenju u činjenice prometa, kad bi se za svako nezatno potraživanje mogla retinirati stvar nesrazmerne vrednosti. Prema tome ne može se postaviti kao pravilo apsolutne važnosti, da retinent može zadržati stvar neograničene vrednosti bez obzira na visinu svoga potraživanja.¹¹²⁾

Čim je retinirana stvar došla u retinentovu vlast, javlja se i pitanje njenog čuvanja. U pogledu čuvanja stvari retencija se niukoliko ne razlikuje od zaloge. Stoga će retinent odgovarati jednako kao i držalac založene stvari.¹¹³⁾ Pri čuvanju retinirane stvari moraće retinent u svakom slučaju primenjivati objektivnu pomnju.¹¹⁴⁾ Tako će on na pr. biti dužan, da retiniranu menicu podnese o dospelosti na isplatu ili protest.

Pitanje, da li troškovi čuvanja retinirane stvari idu na retinentov ili dužnikov teret, rešava se po opštim privatnopravnim propisima. Prema tome troškovi čuvanja stvari pribrajaju se retinentovom potraživanju, a to opet znači, da su i oni sami za sebe valjan osnov retencije.

Retinent se ne može služiti sa retiniranom stvari, jer bi se to protivilo cilju samog instituta. On može stvar zadržati zbog svoga namirenja, ali se ne sme sa njom koristiti, a to znači, da nema prava ni na upotrebu ni na plodove njene.¹¹⁵⁾ U rimskom se pravu delo ne-

¹⁰⁹⁾ kao na pr. kod vazduhoplova ili oružja.

¹¹⁰⁾ saobraćaj treba svakom prilikom razlikovati od prometa.

¹¹¹⁾ isp. Vuković, Prevozni ugovor, Beograd 1933.

¹¹²⁾ razliku između vrednosti retinirane stvari i visine potraživanja treba uzeti u obzir i kod davanja sigurnosti sa strane dužnika retinentu.

¹¹³⁾ analogon iz §-a 317 srp. g. z.

¹¹⁴⁾ isp. § 271 hrv. t. z.

¹¹⁵⁾ analogon iz §-a 318 srp. g. z.

dopuštene upotrebe kažnjavalo kao furtum usus.¹¹⁶⁾ Francusko pravo opet daje dužniku pravo na povratak stvari, ako se poverilac sa njom služi bez dužnikovog odobrenja.¹¹⁷⁾ Po našem pravu ima dužnik u slučaju upotrebe njegove stvari sa strane poverioca samo pravo na naknadu štete, dok retencija ili zaloga ostaje i dalje na snazi.¹¹⁸⁾ No pošto bi uživanje retinirane stvari moglo zaustaviti konačni cilj retencije, koji se sastoji u namirenju, odgovara bolje prilikama prometa, da zabrana uživanja retinirane stvari dobije apsolutno dejstvo.¹¹⁹⁾

Na osnovu toga, što retinent i retinirana stvar redovno ne ostaju izolovani od prometa, dolaziće retinirana stvar u pravni odnos i prema trećim osobama. Samo se po sebi razume, da treće osobe mogu na stvari, još pre nego je ona retinirana, osnivati založna prava. Ova prava ostaju nedirnuti i za vreme retencije, jer ona kao lično poveriočevo pravo nema prednosti pred stvarnim pravima, koja su na istoj stvari već osnovana. No stvarna prava, koja su na retiniranoj stvari osnovana posle već ostvarene retencije, nemaju uticaja na opstojnost retencije, jer je ona zbog svog konačnog cilja, koji je sadržan u namirenju, apsolutna.

Retinent može retiniranu stvar dati trećoj osobi u zalogu, jer se i tuda stvar može pravovaljano založiti. Ali se na retiniranoj stvari ne može osnovati retencija tj. retinentov poverilac ne može retinirati stvar, koju je njegov dužnik već ranije retinirao. Ovakva podretencija bila bi sa gledišta prometa i moguća, jer bi ona u međusobnim kreditnim odnosima privrednih subjekata uskoravala namirenje, koje je i onako konačni cilj svake retencije. Ali nedopustivost proizlazi iz samog pravnog sistema retencije, prema kome se može stvar samo onda retinirati, kad je ona dužnikova vlasnost. Time se retinirana stvar razlikuje od zaloge, koja se u pravilu može dati i u podzalogu.

Odnos trećeg dužnikovog poverioca prema retinentu i retiniranoj stvari treba ostaviti po strani, jer taj odnos nije u neposrednoj vezi sa samim institutom retencije.

Čim je retinent zadržao stvar, obavezan je da o tome odmah izvesti dužnika ili onoga, ko je međuvremeno postao njen vlasnik.¹²⁰⁾ Ova notifikacija ukazuje se na prvi pogled kao formalan uslov re-

tencije. No pogledom na posledice, koje propust notifikacije izaziva, to nije slučaj. Pojedina zakonodavstva ne pridaju notifikaciji naročitu važnost i svode njen pravni refleks samo na to, da retinent odgovara za eventualno nastalu štetu, u koliko je propustio da notifikaciju izvrši.¹²¹⁾ Dakle prema formulaciji već citiranih zakonodavstava nema notifikacija nikakav pravni uticaj na samu opstojnost retencije.

No drukčije stoji stvar sa gledišta prometa i nauke. U prvom redu notifikacija je od važnosti zbog toga, što sprečava dužnika, da u eventualnom sporu stavlja naknadno prigovor retenciji onde, gde mu inače ne bi bilo mesta. Nadalje saznaje dužnik na osnovu notifikacije za ostvarenje retencije i tako dolazi u mogućnost, da ne zaključuje poslove koje je u pogledu retinirane stvari bio eventualno zamislio. Drugim rečima notifikacija je sredstvo za preveniranje takvim poslovima, koji su sa prometnog gledišta izlišni. No i s obzirom na to, da je u retenciji sadržano poveriočevo pravo samopomoći u cilju jednostrane likvidacije izvesnog trgovačkog posla, trebalo bi notifikaciju učiniti formalnim uslovom retencije i vezati ju time za strogo fiksirani rok vremena. Prema tome ima sa prometnog kao i sa pravnog gledišta dosta razloga, da se notifikacija statuiru kao formalan uslov retencije.

Iz polaznog cilja retencije, da se retinirana stvar može zadržati sve dotle, dok dužnik nije svoj dug potpuno namirio, proizlazi, da je retencija jedno nedeljivo i jedinstveno pravo. Na osnovu toga može retinent zbog obročnog duga zadržati stvar sve do isplate poslednjeg obroka, makar se stvar mogla bez štete i deliti kao na pr. novac. Ali retinent ne može retiniranu stvar zadržati kao svoju vlasnost, jer bi se to protivilo zahtevima prometa jednako kao i ugovor, da poverilac ne može zahtevati prodaju zaloge i pored toga, što je vreme ugovoreno za povraćaj zajma već proteklo.¹²²⁾ Izuzetak od ovoga pravila može se dozvoliti samo kod novca i to s obzirom na njegovu prirodu i naročiti položaj u prometu.

Ako dužnik za određeno vreme posle notifikacije ne da retinentu pokriće, ovlašćen je ovaj da traži namirenje iz retinirane stvari.¹²³⁾ Način namirenja sastoji se u podizanju tužbe protiv dužnika. No ako je dužnik međuvremeno preneo vlasnost retinirane stvari na treću

¹¹⁶⁾ Theodor Marezoll, Lehrbuch der Institutionen, Leipzig 1869.

¹¹⁷⁾ isp. § 2082 franc. C. c.

¹¹⁸⁾ propis §-a 318 srp. g. z. dopušta ugovornu antihrezu, dok ju § 1372 O. g. z. zabranjuje.

¹¹⁹⁾ kod upotrebe retinirane stvari sa strane retinenta trebalo bi dozvoliti izuzetak samo za one stvari, čiju upotrebu sama priroda stvari zahteva. Stilizacija §-a 1372 O. g. z. u tom je pogledu preširoka.

¹²⁰⁾ isp. § 310 hrv. t. z.

¹²¹⁾ analogon iz §-a 305 hrv. t. z. da ako dužnik nije o prenosu retinirane stvari izvestio retinenta, onda ovaj ne odgovara za pogrešno učinjenu notifikaciju.

¹²²⁾ analogon iz §-a 843 srp. g. z.: Poverilac ne može založenu stvar u dug zadržati.

¹²³⁾ opravdano je, da poverilac ne vodi izvršenje protiv dužnika dokle god drži u retenciji dužnikovu stvar, čija je vrednost u srazmeri sa visinom potraživanja. Dužniku u tom slučaju pripada beneficium excussionis realis.

osobu, upravlja se tužba protiv ove osobe. To znači, da petit tužbe, koja se u ovom slučaju ne može upravititi protiv dužnika, ne glasi na izvršenje obaveze, nego na dopustivost namirenja iz retinirane stvari.

Polazeći sa gledišta, da je polazni cilj retencije presija na dužnika da plati dug i da je namirenje iz retinirane stvari samo jedno retinentovo pravo, ne treba da tužba za namirenje bude neki obavezan pravni zahtev. Šta više može ona, analogno založnom namirenju, i da posve izostane, ako je dužnik izrekom pristao, da se retinent iz retinirane stvari namiri i bez prethodne tužbe.¹²⁴⁾ Odatle proizlazi, da traženje namirenja pretstavlja samo materijalni sadržaj retencije te da je prema tome i tužba za namirenje jedno dispozitivno retinentovo pravo. Dakle zahtev za namirenje, osnovan na ovom gledištu, ne bi se mogao uzeti za formalan uslov retencije.

No uzme li se u obzir, da retencija nastaje jednostrano u cilju retinentovog namirenja¹²⁵⁾ i protivno dužnikovoj volji, onda je dispozitivnost zahteva za namirenje neosnovana. Zahtev za namirenje pretstavlja u osnovu opravdanje retencije. Ovo opravdanje treba nametnuti retinentu tim pre, što je retencija njegovom inicijativom i ostvarena. Retencija oduzima dužniku vlast raspolaganja sa stvari, a zahtev za povratak retinirane stvari nametnuo bi mu izlišan teret dokazivanja. Nadalje može retencija da bude i protupravna, pa je očigledno neosnovano, da protiv takve retencije mora ustajati sa tužbom dužnik, koji njenom ostvarenju nije baš ništa doprineo. Konačno na osnovu toga, što je cilj retencije sadržan u namirenju, ima ona obeležje uslovnog namirenja, a svako uslovno namirenje može se sa pravnog gledišta vezati za izvesno opravdanje. Dakle zahtev, da se retencija ima obavezno pravdati, dade se obrazložiti jednako sa prometnog kao i sa pravnog gledišta tim jasnije, što je takvo obavezno opravdanje priznato i u sistemu opšteg privatnog prava.¹²⁶⁾

Iz obaveznosti opravdanja proizlazi opet legislativno-tehnički zahtev, da opravdanje mora biti vezano za izvestan fiksirani rok vremena, a opravdanje retencije, koje je vezano za određen vremenski rok, nije ništa drugo nego njen formalan uslov. Tako bi pored notifikacije i zahtev za namirenje trebao da bude formalan uslov retencije, a to bi u svemu odgovaralo zahtevima prometa, pravnog shvatanja i pravednosti. Kad notifikacija i zahtev za namirenje ne bi bili konstituisani kao formalni uslovi retencije, nastala bi paradokсна situacija,

¹²⁴⁾ analogno §-u 305 hrv. t. z. i §§-ima 86 i 89 Men. zak. predmet stranačkog sporazuma može da bude samo način namirenja, a nikako uslovi retencije.

¹²⁵⁾ namirenje sačinjava opštu sistemsku osnovu retencije, na kojoj treba da su svi njeni elementi koordinovano izgrađeni.

¹²⁶⁾ isp. § 1321 O. g. z. i § 47 Zak. o zem. k.

da pravo, koje obrađuje samo formalnu stranu prometa, formuliše jedan institut bez saradnje i jednog formalnog elementa. A na toj pogrešnoj osnovi je retencija nekih pozitivnih zakonodavstava i izgrađena.¹²⁷⁾

Kad je retinentov zahtev za namirenje postao izvršan, on će da zatraži javnu prodaju retinirane stvari.¹²⁸⁾

Retinent se iz retinirane stvari namiruje prioriteto t. j. pre svih ostalih poverilaca bez razlike, da li su njihova potraživanja starijeg ili novijeg datuma.¹²⁹⁾ Prioritet je konsekvens postanka retencije, jer čim je retinentu dozvoljeno da retenciju jednostrano ostvaruje, mora mu se odobriti i prioriteto namirenje iz retinirane stvari. Ovakvo namirenje analogno je u tom pogledu prioriteto založnog namirenja.¹³⁰⁾ Namirenje na osnovu prioriteta važi i u slučaju, ako dužnik posle ostvarene retencije padne pod stečaj.¹³¹⁾ Ali ako je stečaj otvoren pre ostvarenja retencije, onda i za nju važi načelo concurrentionis plurium creditorum. Retinent je u slučaju dužnikova stečaja jednak držaocu ručne zaloge i stoga mu treba odobriti razlučno pravo na retiniranu stvar.¹³²⁾ U prioriteto namirenja manifestuje se takođe retinentov odnos prema trećim osobama, o čemu je već ranije bilo govora.

Prestanak retencije odgovara takođe prestanku založnog prava, ma da ona time ne dobija stvarnopravno obeležje zaloge.¹³³⁾ Retencija može da prestane na neposredan ili posredan način.

Neposredno prestaje retencija onda, kad je retinirana stvar propala¹³⁴⁾ ili na bilo koji način izašla iz retinentove vlasti. U pogledu vlasti na retiniranoj stvari nisu retinentova i dužnikova volja harmonički koordinovane, a to znači, da na retiniranoj stvari postoje istovremeno dva suprotna zahteva. Prema tome čim je retinent izgubio

¹²⁷⁾ isp. § 310 hrv. t. z. i § 327 bos. t. z.

¹²⁸⁾ izuzetak od ovog zahteva postoji kod novca iz razloga već ranije pomenutih.

¹²⁹⁾ isp. § 310 hrv. t. z. i § 371 nem. t. z.

¹³⁰⁾ prioritet založnog namirenja naročito je jasno istaknut u francuskom pravu (§ 2073 C. c.), dok ga je srpski građanski zakonik dosta nejasno odredio (§§ 304 i 447 srp. g. z.).

¹³¹⁾ isp. § 310 hrv. t. z.

¹³²⁾ isp. § 47 st. zakona. Na retenciju utiče stečaj samo u toliko, što stečajni sud može retinentu po §-u 132 st. z. odrediti primeren rok, u kojem on mora retiniranu stvar unovčiti.

Naprotiv postupak za prinudno poravnanje nema na retenciju nikakav uticaj (argumentat iz §-a 29 Zak. o prinud. porav. van stečaja).

¹³³⁾ isp. § 325 srp. g. z.

¹³⁴⁾ kod propasti retinirane stvari nema razlike, da li je ona propala krivicom retinenta ili koje druge osobe.

Ako je retinirana stvar bila osigurana, nema retinent prava na osigurninu (Staub-Könige, ibidem).

detenciju ili „posed“ retinirane stvari, ne može on svoju vlast na stvari održati samom voljom kao što je to slučaj kod poseda.¹³⁵⁾ Dakle ako je retinentova vlast na stvari prestala iz bilo kojih razloga, prestala je time i sama retencija.¹³⁶⁾ Retencija je prestala i onda, ako je treći dobronamerno stekao retiniranu stvar ili pravo da sa njom disponuje. Iz osobnopravnog obeležja retencije proizlazi, da njen prestanak postoji i u slučaju, kad je retinentova vlast na stvari prestala protivpravno.¹³⁷⁾ No ako je stvar ponovo došla u retinentovu vlast, oživelo je time i pravo retencije.¹³⁸⁾ Isto tako prestala je retencija i onda, ako je retinent dao retiniranu stvar trećoj osobi u zalogu, jer je zalaganjem retinirane stvari prestala njegova vlast na stvari. Uopšte kod prestanka retinentove vlasti na stvari treba razlikovati, da li je vlast prestala voljom retinenta ili na koji drugi način. U prvom slučaju je pravilno, da retencija oživi, a u drugom da prestane konačno.

Posredan način prestanka retencije moguć je u slučaju, kad je prestalo potraživanje, koje služi za osnov retencije. Prestankom potraživanja prestaje i retencija, jer je ona u odnosu prema potraživanju samo jedno akcesorno pravo. Ali zastarelost potraživanja ne povlači za sobom i prestanak retencije.¹³⁹⁾ Na posredan način prestaje retencija i onda, kad je dužnik dao retinentu odgovarajuću sigurnost.¹⁴⁰⁾ Za visinu ove sigurnosti merodavna je visina potraživanja, u koliko se vrednost retinirane stvari razlikuje od visine potraživanja.

Retencija prestaje i konfuzijom, kad se dug i potraživanje sajedine u istoj osobi, jer niko ne može biti svoj sopstveni poverilac.¹⁴¹⁾

¹³⁵⁾ odatle se i opet vidi, da retinentova vlast na retiniranoj stvari nije posed.

¹³⁶⁾ izuzetak od ovog pravila nalazi se u §-u 440 nem. t. z. prema kome prevoznik još tri dana posle izdanja robe primaocu ima na nju založno pravo, u koliko se roba još nalazi u primaočevom posedu.

¹³⁷⁾ prestanak retencije u ovom slučaju ne isključuje, da retinent izgublenu stvar traži natrag i kad je u traženju uspeo, retencija opet oživljuje.

¹³⁸⁾ C o s a c k, Lehrbuch des Handelsrechtes, Stuttgart 1910.

¹³⁹⁾ istina je, da se zastarelo potraživanje ne može utužiti. Ali kad se ono može u bludnji pravovaljano platiti, opravdano je da dužnik ne može retiniranu stvar tražiti natrag, ako je osnov retencije međuvremeno zastareo. Neutuživost međuvremeno zastarelog potraživanja ne znači prestanak retencije, jer petiti tužbe ne glasi na isplatu zastarelog potraživanja, nego samo na dopustivost namirenja iz retinirane stvari.

¹⁴⁰⁾ sigurnost može biti samo stvarna, jer ne bi odgovaralo opštim pravnim načelima, da se retinentu nametne lična sigurnost. Sigurnost po porucima izrekom je isključena u §-u 52 Novele austr. gr. zak. od 12 X 1914. Ali se mora dopustiti, da stvarnu sigurnost za dužnika dade treći.

¹⁴¹⁾ ako je potraživanje postalo hipotekarno, onda ono u slučaju konfuzije ne prestaje (§§ 469, 526 i 1446 O. g. z.). Isto se tako ne konfundira potraživanje iz hartija na donosioca, ako se one vrata u ruke dužnika.

U slučaju posrednog prestanka retencije dužan je retinent da retiniranu stvar vrati dužniku na isto onakav način, kao kad retencije ne bi ni bilo. Ne vrati li retinent u tom slučaju stvar, obavezan je na naknadu štete po opštim propisima. No ako je međuvremeno nastala nemogućnost da se stvar vrati, dužan ju je retinent čuvati kao depozitar.

U organizaciji privatnog trgovačkog kredita zauzima retencija dosta vidno mesto, ma da joj se sa naučnog i legislativnog gledišta nije poklanjala naročita pažnja. Stoga ona ni u literaturi ni u pojedinim zakonodavstvima nije potpuno i jedinstveno obrađena. U ovome radu učinjen je samo pokušaj, da se dade što sistematskiji prikaz ponajglavnijih pravnih odnosa, koji proizlaze iz retencije. Ona je razmatrana pretežno sa gledišta prometa, jer se pojedini prometni instituti ne mogu jasno odrediti na dogmatski ili racionalistički način iz samoga prava, koje daje samo formu onome, što se u pravnom prometu stvara. U razmatranju izneto je i nekoliko novih pogleda na institut retencije, ma da ti pogledi nisu još prodiskutovani niti u nauci primljeni. Oni stoga nemaju pretenzije, da u svom izlaganju budu potpuni i tačni, nego su izneti u jedinom cilju, da u našoj literaturi budu prvi skroman pokušaj sređivanja jedne materije, koja je sa pravnog gledišta dosta komplikovana, ali za sređivanje kreditnih odnosa trgovačkog prometa od naročite važnosti.

Rechtsvergleichung, Rechtsgeschichte und bürgerliches Recht

von

Professor Dr. jur. Egon Weiss,
Deutsche Universität in Prag.

Einer der bekanntesten Grundsätze in der neueren rechtswissenschaftlichen Forschung ist die stete Heranziehung des rechtsvergleichenden Gesichtspunktes. Diese Rechtsvergleichung vollzieht sich nicht immer in gleicher Art und Weise und daher begegnen wir dem Ausdruck in verschiedenem Sinne. Man kann sagen, dass bis zu einem gewissen Masse jeder rechtswissenschaftliche Betrieb schon seit jener Zeit in rechtsvergleichendem Sinne stattfindet, als man begann, rechtsgeschichtliche Studien mit der Forschung und dem Unterricht des geltenden Rechtes zu verbinden. Der rechtsgeschichtliche Betrieb ist immer rechtsvergleichend, wenn er nicht oder nicht bloss um seiner selbst willen, sondern auch im Hinblick auf das geltende Recht vor sich geht. [Wenn an unseren Universitäten neben und vor dem geltenden Recht römisches, deutsches und Kirchenrecht gelehrt wird, so geschieht dies einmal deswegen, weil man in den erwähnten drei Komplexen die Wurzeln des gegenwärtigen Rechtszustandes erblickt. Es geschieht dies aber auch deswegen, um den Blick des Juristen, seinen Gesichtskreis und seinen Vorstellungsinhalt durch die Heranziehung der fremden Rechtsordnungen zu erweitern. Es liegt auf der Hand, dass, ob nundereine oder der andere Zweck verfolgt wird, die Rechtsvergleichung, wenngleich in verschiedener Hinsicht, gepflegt und als ein wesentlicher Bestandteil der Bildung des modernen Juristen angesehen wird. Geistesgeschichtlich gesehen, ist dies ein Ergebnis der neueren Zeit. ZB. die Römer wendeten ihre wissenschaftliche Betrachtung nur dem eigenen Recht zu. In bekannten Äusserungen spricht zB. Cicero oft von griechischem Recht, aber nur, um es als Gegenstand der wissenschaftlichen Betrachtung gänzlich abzulehnen.

Nicht ganz wesensgleich mit der Rolle der Rechtsvergleichung als Bestandteil des rechtswissenschaftlichen Unterrichtes ist ihre Bedeutung in der modernen rechtsgeschichtlichen Forschung. Man darf wohl sagen, dass ohne Rechtsvergleichung ein moderner Rechtshistoriker niemals zur vollständigen Anschauung seines Gegenstandes gelangen könnte. Allerdings geht die Rechtsvergleichung, ebenso wie zB. die vergleichende Religionswissenschaft von einer Voraussetzung aus, die erst durch die Richtigkeit und das Zusammenstimmen der

Ergebnisse untereinander gerechtfertigt zu werden vermag. Diese Voraussetzung kehrt zwar auch bei den anderen Formen der Rechtsvergleichung wieder, sie tritt indes dort deshalb mehr in den Hintergrund, weil es sich regelmässig bei der Rechtsgeschichte um Völker in ihrem Urzustande oder in einem davon noch nicht allzuweit entfernten Stadium handelt. In solchen Verhältnissen stehen naturgemäss die einzelnen nationalen Individualitäten untereinander in einem scharfen Gegensatz. Ebenso wie Schopenhauer hat Nietzsche alle Geschichte für einmalig und individuell erklärt und ist so zu dem Schlusse gelangt, dass das, was einmal möglich war, „nie wieder beim Würfelspiel der Zukunft und des Zufalls“ herauskommen könne. Demgegenüber geht die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete der Rechtsgeschichte von der Voraussetzung aus, dass das rechtliche Denken der Völker vergleichbar ist. Tatsächlich bewahrheitet sich diese Annahme in weitgehendem Ausmasse dadurch, dass wir gewisse Abläufe im Rechtsleben der Völker immer wieder beobachten können. Gewissermassen ist die Rechtsvergleichung ein Kompass und Masstab der rechtsgeschichtlichen Forschung; erst sie ermöglicht es, festzustellen, ob eine ganze Rechtsordnung oder ein einzelnes Rechtsinstitut, so wie sie uns vorliegen, ursprünglich oder bereits das Ergebnis einer weiter fortgeschrittenen Entwicklung ist. Insbesondere ist es bei einer einzelnen rechtlichen Erscheinung durch Anlegung des rechtsvergleichenden Masstabes möglich, sie als Ergebnis einer Entwicklung zu betrachten, die wir in anderen Rechtsordnungen aus welchem Grunde immer vollständiger vor uns sehen. Ein Beispiel könnte dies anschaulich machen. Betrachten wir die romanistische Literatur etwa bis 1910, so finden wir immer wieder nicht bloss die Teilung der Rechte oder genauer der Aktionen in dingliche und persönliche, sondern darüber hinaus die Auffassung, dass es sich hier um eine in der Natur der Sache gelegene Unterscheidung handelt, die von höchstem und überhaupt nicht mehr erreichbarem Alter ist. Heute wissen wir, dass die römische *actio in rem* in ihrem Gegensatz zur *actio in personam* verhältnismässig jung ist und dass die alten Rechtsordnungen mit Ausnahme der römischen ohne diese Unterscheidung ausgekommen sind. Hierbei wird nicht übersehen, dass mindestens die archaische und die klassische *rei vindicatio* nicht eine Klage auf Herausgabe der Sache, sondern immer nur ein Streit um das Eigentum ist. Aber auch die Römer haben den Gegensatz in erster Reihe ganz anders gefasst als wir dies heute tun, indem sie das entscheidende Merkmal vielmehr darin erblickten, ob bei der betreffenden Klage ein Einlassungszwang besteht oder nicht, während auch heute noch manche Lehrbücher vielmehr darnach unterscheiden,

ob es sich bei der Klage um einen allseitig, das heisst gegen jedermann verfolgbar Anspruch handelt. Dinglichkeit und Absolutheit des Anspruches werden hier miteinander verwechselt.

Ähnlich, aber doch nicht ganz wesensgleich ist die Bedeutung der Rechtsvergleichung im modernen Recht. Hier handelt es sich natürlich nicht um zeitliche Einordnung, sondern um den gegenwärtigen Inhalt der einzelnen Rechtsordnungen und dessen Bewertung. In diesem Falle liegt die Bedeutung der Rechtsvergleichung darin, dass sie einmal eine Kritik ermöglicht und zwar nicht bloss eine nur beurteilende, im engeren Sinne kritisierende Tätigkeit, sondern auch eine solche, die dem Aufbau dient, wie etwa bei dem Gesetzgebungswerk von Haag und in erster Reihe von Genf über das Wechselrecht. Aber auch dort, wo eine Änderung der Gesetzgebung nicht in das Auge gefasst ist, eröffnet sie neue Methoden und neue Gesichtspunkte. Man denke an die neuen Untersuchungen über das Wesen des Rechtsatzes und über die Bedeutung des Gerechtigkeitsideals. Hier tritt die Heranziehung der Rechtsvergleichung in Gegensatz zur dogmatischen Forschung im engeren Sinne, wo es sich um die Auslegung eines bestimmten Stoffes handelt, der, wenn möglich in einem bestimmten Quellenkreis niedergelegt ist. Selbstverständlich setzt dies getreue Anpassung an die Ergebnisse fremder Gedankenarbeit voraus und führt unausweichlich zur Bindung an die „klare Absicht des Gesetzgebers“ (§ 6 ABGB.), der vielleicht Generationen vorher, unter gänzlich verschiedenen Verhältnissen gedacht hat. Gegenüber der sich daraus ergebenden Erfassung der Rechtswissenschaft als blosser Auslegungswissenschaft ist dann die Rechtsvergleichung ein Moment geistiger Freiheit in der gedanklichen Erfassung des Rechtsinhaltes und ein Hebel für die sachlich angemessene Regelung des Einzelfalles durch den Richter im weiteren Sinne.

Die Wissenschaft des österreichischen Privatrechtes ist seit Unger in ein neues, das heisst von dem vorangegangenen unterschiedenes Stadium gelangt und das wesentliche Mittel, mit dem Unger ihr Antlitz veränderte, müssen wir heute als Rechtsvergleichung bezeichnen. Diese Form der Rechtsvergleichung bestand in einer Heranziehung der deutschen gemeinrechtlichen Wissenschaft. Allerdings ging sie davon aus, dass das österreichische Recht im Wesentlichen auf dem römisch-gemeinen beruht, dass daher im Allgemeinen dessen Ergebnisse und Gesichtspunkte ohne weiters auf letzteres anwendbar seien. Eine hier nicht berührte Frage kann von dorthier ihre Lösung finden, aber das österreichische Recht kann auch nach den Ergebnissen der gemeinrechtlichen Wissenschaft kritisiert werden, zB. kann sein Körperschaftsbegriff an dem des justinianischen

gemessen und demzufolge abgelehnt werden. Diese Auffassung war nun ersichtlich nicht ganz zutreffend: sie übertrug ein Teilergebnis, nämlich die durch eine jahrhundertelange Überlieferung tatsächlich vielfach romanistisch gefärbten Gedankengänge der Verfasser des Gesetzes auf die Gesamtheit des Beobachtungsgegenstandes, sie arbeitete ausserdem dabei mit einer unhistorischen Voraussetzung; insoweit nämlich das Gesetzbuch tatsächlich von romanistischen Gedankengängen beherrscht ist, was sicher in sehr weitem Umfange zutrifft, sind es die romanistischen Gedankengänge seiner und der kurz vorangehenden Zeit, wie wir heute wissen, namentlich Lauterbachs, deren Empirie nach der in ganz anderem Zusammenhange geschehenen Äusserung Landsbergs (Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft III 1, 1898, 33) wenschon noch fast unbewusst, germanistischen und naturrechtlichen Ansprüchen doch bereits entgegenkommt. Soll also der geistige Inhalt des Gesetzbuches erforscht werden, so darf nicht auf die moderne romanistische Literatur, sondern muss auf die des 17. und 18. Jahrhunderts zurückgegriffen werden. So Grosses jene Auffassung trotzdem für die wissenschaftliche Betrachtung des österreichischen Rechtes leistete, so angreifbar waren ihre geistesgeschichtlichen Voraussetzungen, namentlich auch nach der ferneren Richtung hin, dass sie die naturrechtliche Grundlage des Gesetzbuches ganz übersah, genauer sie mit der gleichfalls vorhandenen gemeinrechtlichen identifizierte. Diese Voraussetzungen waren eigentlich schon durch die Auffindung und Heranziehung der Beratungsprotokolle zum ABGB. durch L. Pfaff widerlegt — daraus ergab sich, dass das österreichische Recht seine eigenen gedanklichen Grundlagen hatte, die sich von denen des römischen Rechtes entfernen. In neuester Zeit hat dann E. Swoboda auf die Kantische Philosophie verwiesen. Zweifellos war Kant einer der wichtigsten Träger einer Weltanschauung, die nicht ohne Einfluss auf das österreichische Recht geblieben ist. Doch verkennt anderseits niemand, dass es sich bei den rechtlichen Erwägungen Kants keineswegs um grundlegende Stücke der Kantischen Philosophie handelt, die im Wesentlichen kritische Erkenntnistheorie ist. Auch hier müsste Kant geistesgeschichtlich eingeordnet werden und seine rechtlichen Darlegungen beruhen in grossen Stücken darauf, was seine Zeit als Naturrecht angesehen hat. Aber sicherlich ergibt sich hieraus ein Gesichtspunkt für die Unzulänglichkeit der nur auf das römisch-gemeine Recht gestützten Argumentation. Auch hier zeigt nähere Erwägung, dass die Objekte der geschichtlichen und besonders der geistesgeschichtlichen Forschung oft viel komplizierter sind und sich aus viel mehr Umständen aufbauen als uns der erste Blick zeigt.

Erkennen wir also, dass das österreichische bürgerliche Recht nicht bloss vom römisch-gemeinen Recht aus zu verstehen ist, sondern seine eigentümlichen geistigen Grundlagen hat, so überhebt uns dies nicht der Heranziehung fremder Rechtsordnungen. Offensichtlich wird aus den ebenangegebenen Gründen eine solche Heranziehung ungemein fruchtbar wirken. Bleibt dies ausser acht, so wirkt dies nach mehreren Richtungen hin höchst ungünstig auf die wissenschaftliche und praktische Aufgabe der Rechtsforschung. Einmal bleiben die neuen begrifflichen Ergebnisse, die auch zur tieferen Erfassung unseres Rechtes beitragen könnten, unbeachtet, auf der anderen Seite bleibt die Rechtswissenschaft die Antwort auf die Fragen schuldig, die die neuere wirtschaftliche Entwicklung an sie stellt. Anderseits kommt keine andere Rechtswissenschaft als die deutsche in Betracht, weil die rechtliche Ordnung sich auf bestimmten gesellschaftlichen und staatlichen Zuständen aufbaut und unvergleichbar wird, wenn sich beides, die einheimischen und die fremden Zustände zu sehr von einander unterscheidet.

Преливи (ниансе) у Праву

од

Живојина М. Перића,
професора Права на Београдском Универзитету
Београд

Правна правила, бар главнија, нити се додирују нити је међу њима празан простор. Од једног таквог правила до другог налазе се прелази који нису потпуно обухваћени ни једним од два антиподна правила односно обухваћени су, делимично, и једним и другим. Од првога до другога правила постоје, дакле, постепениости (градације) тако да се неосетно пређе од једнога до другога, као што се неприметно сиђемо или узнемо степеницама. Сав простор између два правна екстрема испуњен је и овде: као ни у физици природа не трпи празнине. (Безваздушни простор на земљи ствара човек а и сам такав безваздушни простор, био он људски или природни, горе изван земљине атмосфере, опет није, кажу физичари и астрономи, празан).

Тако, између две најосновније деобе у Праву, између Јавнога и Приватнога Права, постоје прелази. Навешћемо као пример Породично Право. У једном погледу то је Право Приватно, јер нормира однос између појединаца, а, с друге стране, оно је многим својим одредбама принудно право (*ius cogens* или *ius imperativum*) а то је Право Јавно: правни поредак и правни морал то је једна област која се не тиче само појединаца него и Државе (друштва), дакле, то је однос између ове и приватних лица, што је карактеристика јавноправних односа и Јавнога Права. Принуднога Права има и у Имовинском Праву (Стварном, Тражбеном и Наследном Праву), ма да мање. То је у погледу Материјалнога Права. Што се тиче Права Формалнога, Судскога Поступка, и ту имамо један пример правне постепениости. Уколико је реч о томе да се, помоћу тога Поступка, добије санкција једног приватног права, процедура долази у Приватно Право: санкција права то је само остваривање и остварење права, а ако имамо у виду саме норме о функционисању судске власти које он садржи, Судски Поступак долази у Јавно Право.

И у Јавном Праву налазе се сличне ниансе. На пр., Закон о порезу је део Јавнога Права, када је реч о самом оптерећењу појединаца: право Државе проистиче ту, као, уосталом, и код других облика дажбина (монопола, царина, такса, трошарине итд.),

из њене суверене власти, из власти заповедања појединцима. Али, од момента када порески разрез постане правоснажан, правни однос се мења: сада је порески обавезник дужник за дотични износ новца (на њега разрезани порез), Државне Благајне, *fiscus*-а, тј. Државе као приватно-правне личности,¹⁾ и од тога момента могући су, мање више, сви они правни односи који и код обичнога Облигационога Права, као на пр. застарелост (док ове не би могло бити на штету права државе, као суверене власти, да оптерећује појединце јавним дажбинама), отпуст дуга, (када Држава избрише, на пр., из својих потраживања порезе које је немогућно наплатити), залога, попис итд.

И између самих главних категорија приватних права има градација. Тако, породично-правни односи као лични непреносиви су и *inter vivos* и *mortis causa*, за разлику од имовинско-правних односа који се могу и уступити међу живима и прелазе са *de cuius*-а на *heres*-а (овде долазе испорука, легат, и *donatio mortis causa*, *Schenkung auf den Todesfall*), али има и таквих имовинских права која су уопште непреносива као, на пр., личне службености: она су имовинска по садржини а по непреносивости су једнака са породично-правним односима. Породично Задружно Право као Право Објективно налази се између Објективнога Породичнога и Објективнога Имовинскога Права, јер у њему има норама из оба ова последња Објективна Права, и зато Југословенско Грађанско Право (изузимајући Словеначку, Далмацију и Војводину) садржи, у Посебном Делу, три (а не само две) главе: Породично, Имовинско и Задружно Право. Затим, код Стварнога и Тражбенога (Облигационога) Права, можемо навести *iura in re* и *iura ad rem*. У случају отуђења једне ствари одређене *in specie*, *individualiter*, прибавилац, до предаје, не постаје, истина, власник ни према отуђиоцу (*contra* Француско Право где се, *inter partes*, својина, у таквом случају, преноси самим уговором) него има према *accipiens*-у само тражбено право (*Anspruch*) *in dando* али разлика је између тога тражбенога права које има за предмет једну одређену ствар и на пр. једног меничног примања за чије остварење јамчи целокупна имовина дужника где, дакле, право повериочево није уперено против једног само добра као мало час. Тражбено право какво мало час претпостависмо то је право *ad rem*, једно право које, и ако није стварно право, *iura in*

¹⁾ в. овде врло сугестивну расправу д-ра Војислава Вељковића, ред. проф. Велике школе у Београду, Однос између судске и административне власти у држави. Уводно предавање, Београд, 1896 год.

ре, овоме се ипак приближава: ако оно није *iura in re* оно је, тако да кажемо, бар претсобље таквога права, дакле, једно тражбено право које је на средини између правога стварнога и правога тражбенога права.

Исто тако, нианса је и заложно право: оно је, као право својине и службеност, право *erga omnes*, за разлику од тражбених права која постоје само према једној одређеној особи (ма да, у крајњој анализи, и та права су *erga omnes*) али подмет (субјекат) заложнога права није ни у колико овлашћен на акте власништва односно заложене ствари (код непокретне залоге, он, заложни поверилац, нема, као код покретне залоге, предмет залоге ни у својој придржини, детенцији) као што је то случај код својине и службености (бар службености личних и код позитивних стварних службености): дакле, заложно право се разликује и од стварних и од тражбених права: и оно је, у класификацији приватних субјективних права, једна нианса. Наследно Право, иако Имовинско Право, не може се ставити ни у Стварно ни у Облигационо (Тражбено) Право већ сачињава засебан, трећи, део Имовинскога Права, јер универзална сукцесија обухвата не само стварна него и тражбена права (разуме се, она која су преносива).

Код материјалних односа човека са стварима, имамо такође градација. Ту је, најпре, *nuda (naturalis) possessio* а то је случај када једну ствар држи лице пословно апсолутно неспособно (деца испод седам година или умно болесне особе): то није ни државина ни детенција, пошто се, и за једну и за другу, мора имати правна воља (*animus*) да се ствар држи у своје или у туђе име (ту може бити само државине односно детенције, од стране заступника пословно апсолутно неспособнога лица, посредством овога као *instrumentum*-а (случај весника или гласоноше, *le porte-voix*, *der Bote*). Затим, долази придржина (*detentio*, *Innehabung*) а за њом државина (*possessio*) која може бити или непосредна (*der unmittelbare Besitz*) и посредна, преко придржника (*der mittelbare Besitz*): била, пак, једна или друга, државина је или правична или неправична, савесна (*bonae fidei*) или несавесна (*malae fidei*). Напослетку имамо својину (*proprietas*, *dominium*). Дакле, опет прелази (градације).

У области Права на накнаду штете, имамо, односно субјективнога момента код учиниоца штете, ове постепености: *dolus* (који опет може бити кривични или само грађански *dolus*), *culpa lata* (*grobe Fahrlässigkeit*), *culpa levis*, где опет имамо ове градације: *culpa levis in concreto* и *culpa levis in ab-*

stracto. Најзад долази (специално код аквилианске погрешке и накнаде штете) *culpa levissima in lege Aquilia aut levissima culpa venit*).

Довде смо навели примере, и само један део од њих, из домена деобе (категорија) права али речених прелаза, нианса, има, такође и у другим правним областима. Тако, прво код пословне способности (*Geschäfts-* или, шире, *Handlungsfähigkeit*) постоје две крајности: потпуна пословна способност (пунолетне особе које су, у исти мах, и телесно и умно здрава и, осим тога, ако се тиче женских лица, да нису у браку: мада ово последње не у свима законодавствима) и потпуна пословна неспособност (деца испод седам година, умно болесна лица, извесна телесна неспособност лица: в. чл. 141 и 142 Српскога закона о старатељству од 25 октобра 1872 године, по ст. кал., правна лица у теорији фикције). А између та два екстрема налази се не празнина него један испуњен простор, испуњен нечим што није ни потпуна пословна способност ни потпуна пословна неспособност него нешто на средини између та два правна појма: делимична (непотпуна) пословна способност односно неспособност, једна, дакле, правна нианса. То су, као што знамо, лица од седме до двадесет прве године (по нашем Југословенском Праву, а већином, тако је и у Страним Законодавствима), расипници (*les prodigues, die Verschwender*) као и сва она лица која су, из разлога душевних недостатака и, уопште, душевне немоћи, законом оглашена као ограничено пословно способна односно неспособна (в., на пр., овде Аустриски закон: *Die Entmündigungsordnung* од 28 јула 1916 год. по н. к., §§ 2 и 4, који вреди непрестано још у Словеначкој и Далмацији) као и удате жене (ово, као што смо већ мало час приметили, са том резервом да тако није у Праву свих земаља). Што се тиче и самих малолетника изнад седме године и ту има, у погледу њихове пословне способности односно неспособности, нианса у које не можемо овде улазити.

Тако је и у Кривичном Праву. Између потпуне кривичне урачунљивости (*l'imputabilité, die Zurechnungsfähigkeit*), односно кривичне одговорности и потпуне неурачунљивости (*la non-imputabilité, Zurechnungsunfähigkeit*) resp. неодговорности постоји једно стање које није ни потпуна урачунљивост ни потпуна неурачунљивост, стање названо смањена урачунљивост (*la deminutabilité, die verminderte Zurechnungsfähigkeit*), дакле, и ту једна постепеност.

Градације постоје, такође, и када се тиче пуноважности

односно непуноважности правних послова (*Rechtsgeschäfte*). Ту имамо две крајности: послове потпуно пуноважне (дакле, правне послове који не само да постоје него су још и пуноважни у сваком погледу) и они који не постоје (на пр., правни посао закључен са лицем пословно апсолутно неспособним). Уосталом, у овој последњој врсти послова има две подврсте: правни послови који не постоје, *inexistants*, и оне које Немачко Право назива: *nichtig*, не, дакле, *anfechtbar*). Између ових екстрема су послови који постоје али су непуноважни и зато су рушљиви или оборљиви, *annulables* односно *rescindables, anfechtbar*, а, затим, послови који и постоје и који су пуноважни али су побитни (на пр., послови свршени на штету повериоца, ако су, разуме се, испуњени остали услови који се траже за побитност).

Тако исто констатујемо постепености и код учинка (дејства) заблуде на правни посао. Ту имамо прво, случај када, услед заблуде правни посао никако не постоји (на пр., заблуда у природи или предмету правнога посла), затим заблуда где правни посао постоји али је непуноважан (заблуда у битним особинама предмета уговора или заблуда у истоветности, идентичности, лица, поименце код послова закључених *intuitu personae*). Најзад долазе послови на чију правну судбину заблуда остаје без учинка (а то је заблуда односно небитних особина предмета посла или односно личности, ако правни послови нису закључени *intuitu personae*, и, најзад, заблуда у побуди, мотиву, *Beweggrund*: ово последње бар код теретних правних послова, уз накнаду, *entgeltliche Rechtsgeschäfte*. Да ли и у колико, у ова три случаја, *dolus* противне стране игра улогу, у то не можемо овде улазити.

Код статуса има, тако исто, нианса. Навешћемо само извесне примере у вези са браком. Ту су ове градације: небрачно стање, брачно стање где може бити или пуноважни брак или брак релативно ништаван тако да се, у почетку, не зна статусна судбина брачника (можда ће брак остати а можда не), одвојени живот (*la séparation de corps, Trennung von Tisch und Bett*), развод који такође значи небрачно стање али га разликујемо од мало час наведенога небрачнога стања: тамо смо претпоставили лица која никада нису била у браку. Исто тако имамо и код деце градација: права брачна деца тј. она рођена у пуноважном браку; деца рођена у браку релативно непуноважном чији дефинитивни статус је неизвесан: ако се брак уништи, деца ће бити небрачна (ми узимамо, наравно, систем какав је, на пр. у нашем Српском Праву, јер има законодавстава и она су, мислимо у већини, по којима су брачна деца из поништенога брака: не и из брака који

не постоји: Nichtehe), иначе она ће остати брачна; права небрачна деца а то су деца рођена од особа које нису биле уопште у браку па, дакле, ни у браку непуноважном. Сама, пак, небрачна деца могу бити или од непознатих родитеља односно да им се зна само мати али не и отац или да им је и отац познат (било по његовом сопственом признању било на основу судске одлуке: овај последњи случај могућан је, изузетно, и у Српском Праву — в. поименце § 130 одељ. први Срп. Грађ. Законика, Измена од 7 маја 1868 год., по ст. к.). Дакле, градације.

И код облика својине имамо то исто. Ту је, најпре, чисто индивидуална својина па, затим, indivisio или смесништво и онда својина правних лица. Али, између смесништва и правнога лица постоји једна установа која није ни једно ни друго, међутим и она, својим карактерним особинама, везује једно за друго. То је својина звана „Gesamtgut“ Швајцарскога Права (§ 339 Швајц. Грађ. Зак.): то није правна личност али ипак ни један смесничар није, као код обичнога смесништва, овлашћен да сам располаже својим делом ни у целини ни у појединим добрима. Слично томе, по Нем. Грађ. Законику, један санаследник (Miterbe) нема док се не подели, права располагања својим уделом (Anteil) у појединим стварима али може располагати својим аликвотним делом у целој заоставштини (§ 2033). И Хрватско-Славонска породична задруга је, такође једна нианса смесништва: по §-у 5, одељак први, Закона о задругама у Хрватској и Славонији од 9 свибња 1889 год. (по н. к.), задругари не могу, док се задруга не подели, располагати ни *inter vivos* ни *mortis causa* својим делом у задружној имовини, што одговара природи тела (корпорација, *Vereine*) која су правна лица, а, међутим, по одељку седмом истога §-а ово не вреди за кривичне трошкове и кривичне штете, што опет хрватско-славонску задругу приближава обичном смесништву (§ 829 Аустр. Грађ. Зак., у вези са §-ом 13 *Patentgesetz vom 11 Jänner 1897*).

Ниансе постоје и у Спољашњем Праву (*droit externe*), Међународном праву, као и у Праву Унутрашњем (*droit interne*). У том смислу, навешћемо само пример врста организације држава: ту имамо, с једне стране, савез држава или државни савез (*la fédération* или *la Confédération d'États*, *Staatenbund*), као што је, у садашње доба, бар у извесној мери, Друштво Народа (*la Société des Nations*) у Женеви и Мала Антанта. На другој страни су унитарне државе (са ужом или широм управном самоуправом), на пр. Француска и наша Држава. А између ова два антиподна типа држава налази се савезна држава (*l'État fédéré*, *Bundesstaat*), као на пр. Швајцарска и Северо-Америчке Сједињене Државе

тип државе коме тежи и мисао организације Европе на савезној (федеративној) основи, организација која би једина била у стању да обезбеди мир на нашем Копну.

Откуда то долази да је Право тако пуно нианса, да оно, са својим нормама, толико личи на преливе у једном спектру боја? Да се правни односи тако мешају међу собом, да је често тешко поставити једну отсечну границу између њих? То је зато, мислимо, што је право слика, фотографија, онога што чини његов предмет а то је живот: Право је живот а живот је Право. Живот је, пак, нешто најкомпликованије, нешто најмешовитије: то је један највећи спектар боја, са ниансама многобројним и финијим него што је физички спектар боја. А живот је такав, јер је он резултат, производ разноврсних чинилаца. С једне стране живот је *substratum* елементарних (физичких) закона, пошто су, најпре, људи па, дакле, и друштво нешто материјално. Затим, на живот дејствују и људи као духовна бића а људи су многобројни: колико људи толико воља. Живот односно друштвени односи су, на тај начин, појави подложни најразноразнијим утицајима те отуда и њихова променљивост, несталност, колебљивост. Отуда и она несигурност и неспокојство које човек, центар тих појава, носи у себи, несигурност и неспокојство због којих пати и у чему је трагедија и човека и човечанства. Право је одјек те трагедије. Можда ће ово нестати када нестане Права односно када, у животу, Право буде замењено Дужношћу и само њом: он, живот, значиће тада спокојство и мир.

Изгледа да је, код нашега слављеника др-а Ивана Мауровића, то већ било, изгледа, наине, да је горњу замену он већ давно у себи извршио када је толико дао, кроз свој плодни научни рад, својим ближњима тј. Друштву. Угледајмо се, дакле, на њега.

Grundschild und Zwangsversteigerung

von

Dr. Hans Sperl,
Hofrat, Universitätsprofessor,
Wien.

In allen Ländern besteht der Wunsch, die Volkswirtschaft zu heilen von den Schäden, die ihr die Übertreibung des wirtschaftlichen Liberalismus und die Kriegsfolgen zugefügt haben. Immer und überall wird aber die Grundlage nicht nur der Wirtschaft, sondern auch des sozialen und politischen Zusammenlebens der Menschen, der Grund und Boden des Landes sein. Ein fester, vor raschem Wechsel der wirtschaftenden Rechtssubjekte wie bezüglich der finanziellen Lage gesicherter Stand von Bauern und Grundbesitzern bildet durch die Jahrhunderte den zuverlässigen, unentbehrlichen „Nährstand“ einer Nation. Seine Arbeit und deren Früchte liegen viel mehr im Kreise des öffentlichen, als des einzelwirtschaftlichen Privatinteresses. Tausende von Bauern in entlegenen Gegenden und in rauhen Bergen wirtschaften durch Generationen hindurch ohne Gewinn, das Wort im rechnerischen, kaufmännischen Sinne genommen. Würden sie Jahresbilanzen aufstellen, wie das die Handelsgesetze den Kaufleuten vorschreiben, sie würden sehr oft verzweifeln an ihrer Zukunft, würden ihre sich als passiv erweisenden Betriebe einstellen und Proletarier, das heisst besitz- und erwerblos werden. Aber die Bearbeitung des vaterländischen Bodens ist eine nationale Pflicht, ein öffentliches Amt. Aus diesem Gesichtspunkte hat der Staat durch sein Privat- und Exekutionsrecht, auch durch seine Steuer- und Zollpolitik, die Verhältnisse der Bauern und des gesamten Grundbesitzes zu ordnen. Es war ein verhängnisvoller Fehler, als man das Recht des Grundbesitzes von der wohlbegründeten historischen Auffassung loslöste, dass Grund und Boden einer gebundenen Ordnung und einem Rechte unterliegen müssen, das die heimatliche Scholle, das einzige bleibende im Vaterlande, in einer dauernden Geschlechterfolge von Eigentümern festhält. Beginnend in der Mitte des vorigen Jahrhunderts hat die sogenannte „liberale Ära“ methodisch und beharrlich, schliesslich mit fast über alle Länder sich verbreitendem Erfolge, an der Wurzel der nationalen Wirtschaft gerüttelt, an der Beständigkeit im Grundbesitze, und hat es dazu gebracht, dass der Bauernstand hinaus getrieben wurde in das Meer der geschäftlichen Spekulation. Haus und Hof wurden ein Objekt freier rechtlicher

Verfügung und ungehinderten Zugriffes seitens solcher Gläubiger, die Forderungen haben aus Geschäften, die nicht dazu gedient haben, um dem Grund und Boden Werte zuzuführen, um Bauten oder wert- und ertragserhöhende Verbesserungen zu machen. Solche „nützliche Aufwendungen“, wie sich das gemeine Recht ausdrückte (auch österreichisches bürgerliches Gesetzbuch 331), sind in die Substanz des Gutes hineingeflossen, wir nennen sie mit Recht „Investitionen“. Sie erhöhen den Wert des Gutes und wenn dieses versteigert wurde, stecken sie im Erlöse darinnen. Nur für solche Forderungen soll das Gesetz die Verpfändung von Grundeigentum erlauben! Niemals für Schulden, die aus anderer Tätigkeit, als aus der Aufnahme von Realkredit entstanden sind. Der Realkredit und das Grundpfand sollen nur dem Grundstücke dienen, nicht dem jeweiligen Schulden machenden Grundbesitzer. Die Scholle ist das bleibende, der auf ihr Wohnende die flüchtige Erscheinung einer Zeitspanne. So wie wir uns seit den Zeiten der römischen Juristen daran gewöhnt haben, die Realservituten als Vorteil und Last des herrschenden und des dienenden Grundstückes aufzufassen, so ist es wirtschaftlich derselbe Gedanke, wenn wir verlangen, dass der Grund, der als solcher die Pfandlast trägt und sie an jeden neuen Eigentümer überträgt, nur für solche Geldlasten diene und hafte, die dem Gute genützt haben, das heisst, für Gelder, die aufgenommen wurden zum Ankauf, zur Verbesserung des Grundes, für Bauten, Anlagen, Bepflanzung usw. Vor allem soll der Grund nie haften und nie in Zwangsvollstreckung genommen werden dürfen für das persönliche Schuldenmachen des zufälligen Eigentümers oder für Verpflichtungen, die er in einer nicht diesem Grundbesitze dienenden Tätigkeit eingegangen ist.¹⁾ Jedenfalls aber — das habe ich auch in der „Neuen freien Presse“ vom 19 August 1932 vorgeschlagen —

¹⁾ Ich wiederhole hier einen Vorschlag, den ich schon in der Festnummer der österreichischen Notariatszeitung vom Jänner 1933 Heft 1., Seite 12 gemacht habe. Dort habe ich auch darauf hingewiesen, dass durch den Vorschlag, dass Grund und Boden niemals für persönliche, nicht durch freiwillig bestellte Hypotheken gesicherte, Schulden in Exekution gezogen werden dürfen, die von manchen Seiten erhobene Forderung, der Grundbesitz solle gesetzlich überhaupt für unbelastbar erklärt und damit jeder Exekution entzogen werden, abgelehnt erscheint. Eine solche gewaltsame Beseitigung jeden Realkredites würde nicht nur in der heutigen Wirtschaftswelt praktisch undurchführbar sein, sie würde auch den Grundbesitzern nur schaden, ja sie zu tausenden zu Grunde richten, weil sie, von der nährenden Wurzel des Gesamtvolksvermögens abgeschnitten, finanziell vertrocknen würden. Woher kämen ihnen die Geldmittel für die heute mehr denn je notwendige intensive Bewirtschaftung ihrer Landgüter und Bauernschaften, ohne die ein Fortschritt der Landwirtschaft und ein Wettbewerb mit dem technisch sich hoch

soll die Zwangsvollstreckung, sei es Versteigerung oder Verwaltung, nur auf Grund freiwillig erteilter Hypothek bewilligt werden, niemals zur exekutiven Hereinbringung anderer Geldforderungen. Mit anderen Worten: Grund und Boden sollen als Sicherstellungs- und Befriedigungsmittel nur dem Realkredite allein vorbehalten sein und nicht dienen dürfen dem Personalkredite des augenblicklichen Grundeigentümers. Und zwar dem langfristigen, auf stufenweiser Tilgung aufgebauten Realkredite; auch nicht für eine höhere Verzinsung, als eine solche ist, die durch Bearbeitung des Pfandgutes laufend erwirtschaftet werden kann. Es liesse sich sehr wohl bestimmen, dass nur solche Zinsen das Pfandrecht und den Rang der Stammforderung mit geniessen, die den jeweiligen gesetzlichen Zinsfuss des bürgerlichen Rechtes (oder den Zinsfuss der staatlichen Notenbank) nur um 1 oder 2% übersteigen. Wahrer Realkredit kann und darf nur niedrig verzinslich sein. Der Zinsfuss hat parallel zu gehen mit dem durchschnittlichen Ertragnisse, das aus dem belasteten Gute herausgewirtschaftet werden kann. Dieses Ertragnis ist immer ein geringes. Höhere Zinsen als der Grundbesitzer tragen kann — muss er doch zum Gutertrage fast immer aus seinem eigenem Lebenserwerbe zuschiessen, um Zinsen und Tilgung leisten zu können — fressen ihn notwendig allmählich auf. Das würde der Gesetzgeber aber begünstigen, wenn er für Zinsen jeder Höhe das Pfandrecht im Range der Stammforderung wirksam sein lässt.

Das erste Gebot einer richtigen Grundrechtsordnung ist daher: Reinhaltung des Grundbuches von jeder exekutiven Eintragung eines Pfandrechtes für Geldforderungen; Versagung von Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung für andere als bereits eine gewisse Zeit bürgerlich einverleibte Forderungen, zum Beispiel 2 oder 3 Jahre. Eine solche Zeitspanne sorgt dafür, dass durch Grundpfand nur Dauerkredite sichergestellt werden. Ich behalte mir vor, hier später noch weitergehende Gedanken zu entwickeln, inwieweit überhaupt die Belastbarkeit des Grundbesitzes zu beschränken wäre, Schranken, die in ihrem Ausmasse auch den exekutiven Zugriff verhindern wie er heute so masslos und wirtschaftlich verderblich, ohne Grenze, zulässig ist.

Ein zweites Gebot erwähnten wir eben früher: nur für freiwillig bestellte Hypotheken darf es eine Grundhaftung geben, nur für sie

entwickelnden Auslande nicht möglich wäre? Der Staat könnte niemals die erforderlichen Investitionsgelder zur Verfügung stellen, eine Sozialisierung des Grundbesitzes wäre aber Vernichtung desselben. Dass der Besitzer selbst sich aus den regelmässigen Überschüssen seiner Bewirtschaftung die für Melioration und Intensivierung nötigen Summen ersparen könnte, ist aller Orten ausgeschlossen. Das weiss die ganze Welt.

eine Zwangsbefriedigung. Zinsen sollen das Pfandrecht der Stammforderung nur soweit geniessen, als sie eine mässige, zur Höhe des gesetzlichen oder des Zinsfusses der Staatsbank laufend im Verhältnis stehende Höhe nicht übersteigen und auch nur für drei Jahre Rückstand.

Schon durch diese zwei Rechtsgrundsätze wäre ein Grosses erreicht: Die Reinhaltung des Grundbuches von ausserhalb der Gewährung von wirklichem Investitionsgeld entstandenen Geldforderungen, also die Beschränkung der gerichtlichen Zwangsbefriedigung auf den wahren, vertragsmässig mit Pfandrecht gesicherten Realkredit.

Einen dritten Grundsatz möchte ich nennen: das Prinzip der Wahrheit des Grundpfandes. — Hier muss ich weiter ausholen. — Gewöhnt seit dem römischen Rechte an den Kultus von Formen, haben wir Juristen es oft genug versäumt, zu prüfen, ob denn diese abstrakten Formen auch mit einem konkreten Inhalte angefüllt seien. Wer die Gesetze schuf und wer sie anzuwenden hatte, dachte meistens zu sehr juristisch und nicht auch wirtschaftlich. Ein Pfandrecht, das man doch „Real“-Deckung nennt, ist nur dann eine wirkliche Sicherstellung, wenn ein unterhalb der Geldforderung ruhender und für ihre Befriedigung brauchbarer wirtschaftlicher Untergrund vorhanden ist. Also nur, wenn die Forderung in ihrem Pfandrechtsrange nicht soweit rückwärts steht, dass sie keine Aussicht hat, aus dem künftigen Meistbotserlöse etwas zu erhalten. Unsere Gesetze lassen aber sowohl vertragsmässig wie zwangsweise einverleibte Hypotheken ohne eine Belastungsgrenze²⁾ zu; weit

²⁾ Die meisten Gesetze stellen nur eine sogenannte „Verschleuderungsgrenze“ auf. Das reichsdeutsche Zwangsversteigerungsgesetz §§ 44 ff. (siehe auch Rosenberg, Lehrbuch des Ziv. Proz. Rechtes, 3. Aufl., 1931 S. 717) hat eine bewegliche Grenze. Das „geringste Gebot“ muss so hoch sein, um alle dem besten betreibenden Gläubiger vorangehenden Lasten zu decken („Deckungsprinzip“). Dadurch sind die ruhenden Hypotheken gegen Mobilisierung ihrer Pfandrechte durch einen hinter ihnen stehenden, ersichtlich durchfallenden Gläubiger gesichert. — Das österreichische Recht hat sich dem Deckungsprinzip zwar angeschlossen, aber es durch die höchst umständliche und unpraktische Einrichtung einer schon zu Beginn des Versteigerungsverfahrens zu beantragenden vorläufigen Feststellung des Lastenstandes und des unmittelbar vor dem Zuschlage zu erhebenden „Widerspruchs mangels Deckung“ unbrauchbar gemacht (Österr. Exekut.-Ordnung §§ 184 Z. 8, 190 ff.). Ausserdem hat die österreichische Exekut.-Ordnung § 151 im Anschlusse an das ältere Recht auch eine absolute Grenze als Mindestgebot aufgestellt, bei Häusern die Hälfte, bei Grundstücken und Landgütern zwei Drittel des gerichtlichen Schätzwertes. — Näheres bei Walker, Österreichisches Exek.-Recht § 28, II b und Neumann-Lichtblau, Kommentar zur Exek.-Ordnung, bei §§ 151, 184 und 190 ff.). Bei Einführung der oben befürworteten „Meistbotshypothek“ würde das Bedürfnis nach einer Verschleuderungsgrenze nicht mehr vorhanden sein, vor allem aber die Notwendigkeit wegfallen, ein, sich an die so unzuverlässige gerichtliche Schätzung anlehndendes, geringstes Gebot mit starrer Ziffer aufzustellen.

über den Wert des Pfandgutes hinaus. Das sind offenen Auges gesehen kein Grund-Hypotheken, das sind Luft-Hypotheken. Sie ragen über die durch den Versteigerungswert des Gutes abgegrenzte Basis der Sicherstellung hinaus, sie werden, trotz eingebüchertem Pfandrechte, nicht gesichert, sie besitzen die Form des Pfandrechtes, ohne seinen Inhalt zu geniessen. Sie sind zwecklos, nicht wertsichernd, sondern wertzestörend, da sie zu ergebnislosen Exekutionen führen, zur Mobilisierung der in gutem Rang vorangehenden Pfandforderungen, zur Vernichtung zahlreicher Einzelwirtschaften von Grundbesitzern, zu langwierigem, kostspieligem, eine grausame Qual für den Eigentümer bedeutendem Verfahren, das ihn vernichtet, ohne dem etwas einzubringen, der ihn vernichten lässt. Und zwar durch Organe des Staates vernichten lässt, des Staates, der das höchste Interesse und die heilige Pflicht hat, den Bauer auf seinem Hof, den Besitzer auf seinem Gute, den Eigentümer in seinem Hause zu erhalten. — Was tut dieser Staat aber in hunderten von Fällen jetzt? Unter schwerer Arbeitslast seiner Gerichte jagt er den Schuldner aus seinem Heime, ohne dem betreibenden Gläubiger aus dem langwierigen und kostspieligen Verfahren irgend ein Ergebnis bereitet zu haben, denn bei jeder Meistbotsverteilung fallen eine Anzahl Gläubiger durch und zwar sehr oft eben die betreibenden, die nicht Realkredit gewährt hatten, sondern sich für Forderungen aus Personalkredit hatten die Zwangsversteigerung bewilligen lassen. — Also darf man das Pfandrecht nur als ein wahres zulassen, ein mit Sicherstellungswirkung ausgestattetes, niemals als ein eingebildetes, über die vorhandene Deckungsfläche in die leere Luft hinausragendes, täuschendes Nichts. Die Deckung liegt in dem erzielten Meistbote; nur dieses und zwar mit seinem zur Verteilung bereitstehenden reinen³⁾ Betrage, bietet die Deckung, weil es die Befriedigungsmittel für die betreibenden Forderungen in sich enthält. In Wahrheit ist das Substrat des Pfandrechtes, sein wirtschaftliches Objekt, nicht das Grundstück, sondern der Versteigerungserlös. Geben wir dieser Wahrheit die Ehre! Sagen wir es in einem Gesetze: das Pfandrecht für auf Grund und Boden zu legenden Schulden wird als Meistbots-

³⁾ Nach vorheriger Deckung aller Forderungen für die gerichtlichen Kosten der Versteigerung und für die ein gesetzliches Pfandrecht mit Vorzugsrang geniessenden Steuern und Gebühren vom Grunde. Nach österreichischem Rechte (Exek. Ordnung § 216 Z. 3) haben auch die nicht länger als sechs Monate rückständigen Löhne der am versteigerten Gute bedienstet gewesenen Dienstboten und Tagelöhner solches Vorzugspfandrecht. Nicht die Gehalte der Gutsbeamten. Ausserdem gibt es noch eine Reihe mit gleichem Vorzug ausgestatteter Forderungen aus öffentlichem Rechte, insbesondere die sogenannten sozialen Abgaben.

Pfandrecht erteilt (Hypothek auf Meistbotsanteile). Ich lege mit diesem Wort und Begriff den Fachgenossen etwas gänzlich Neues vor, was mir näher zu begründen obliegt.

Dieses Meistbots-Pfandrecht soll zunächst durch Aufstellung eines Einzelfalles anschaulich gemacht werden. — Denken wir uns, ein Grundbesitzer braucht, um sein Wirtschaftsgebäude umzubauen, um einen Acker zuzukaufen, um sich mit Maschinen einzurichten, vielleicht auch einmal, um zu hoch verzinsliche Grundschulden auf ein billigeres Darlehen zu konvertieren, einen Betrag von 20.000 Dinar zu leihen. Sein Besitz wird von der Hypothekenanstalt oder dem sonstigen Geldgeber, an den er sich wendet, in vorsichtiger Schätzung auf 50.000 Dinar bewertet, so dass sicher darauf gerechnet werden kann, das Meistbot werde nicht unter 40.000 Dinar sein können. Der Schuldschein und das Grundbuch würden dem Gläubiger erteilen, „das Pfandrecht auf fünf Zehntel des Meistbotes“. Der Eintrag hat zu lauten: „Zur Sicherstellung des Darlehens von 20.000, Dinar — ... wird das Pfandrecht auf fünf Zehntel des Meistbotes einverleibt“. Angenommen, der Besitzer braucht noch weiteren Realkredit; er erhält ihn mit 12.000 Dinar und räumt dafür Pfandrecht auf drei Zehntel des Meistbotes ein, ebenso der Bucheintrag. Also sind nun acht Zehntel des Meistbotes verpfändet; zwei Zehntel wären noch frei und können bei nochmaligem Kreditbedürfnis verpfändet werden. Nun aber ist es zu Ende, alle zehn Zehntel, das ganze künftige Meistbot, verpfändet und kein Raum mehr für weitere Pfandrechte; Luft-Hypotheken, wie wir sie früher nannten, sind nicht möglich. Durch diese Konstruktion sind alle unwahren, unrealen, deckungslosen, alle eingebildeten Hypotheken mit einem Schlage abgeschafft, es gibt nur wirkliche Sicherstellungen, hinter denen in der Tat ein vorhandener Wert als Deckung steht. — Der Vorschlag, den ich heute das erstemal vorlege, ist derart umstürzlerisch gegenüber dem herkömmlichen Hypotheken- und Grundschuldwesen, dass ich die Pflicht habe, das Wesen einer so sehr neuen Einrichtung näher darzulegen, nicht nur ihre Vorteile anzuführen, sondern auch die dagegen vermutlich laut werdenden Bedenken vorweg zu untersuchen.

Die Vorteile dieser „Meistbots-Hypothek“ sind:

1.) Wie schon erwähnt, die Verhinderung des Entstehens von wegen ihres schlechten Ranges voraussichtlich oder gewiss bei der Meistbotsverteilung durchfallenden Hypotheken, die gar keinen wirtschaftlichen Zweck erfüllen, die nur geschadet, niemandem einen Dienst

geleistet, wohl aber den Gerichten überflüssige Arbeit, den Parteien Kosten, den Eigentümer besitzlos gemacht haben.

2.) Es kann keine Hypothek geben, die nicht ihre Deckung im Meistbote fände; durchfallende Hypotheken kommen kaum mehr vor. Die einzige Frage ist, ob der Gläubiger bei Einschätzung seiner Kreditbasis richtig vorgegangen war, denn in diesem Falle ist sein Meistbotsanteil immer ausreichend, ihn zu decken. Sollte das Gut mehr ergeben, als vorausgesetzt worden war, so ist es selbstverständlich, dass der Gläubiger nie mehr erhalten darf, als seine mit Pfandrecht ausgestattete Forderung samt höchstens dreijährigen Zinsen, Kosten und Nebengebühren ausmacht. — Wäre der Meistbotserlös (nach Abzug der gerichtlichen Kosten und der gesetzlich bevorzugten Ansprüche, zum Beispiel Grundsteuern) geringer als die Gläubiger angenommen hatten, so werden sie keine volle Deckung finden, werden etwas verlieren. Das wird für alle Hypothekenanstalten und alle, die Geld auf Grundbesitz leihen, ein Antrieb sein, in der Einschätzung des Gutswertes sehr vorsichtig zu sein, lieber zu niedrig zu schätzen, als zu hoch.

3.) Die Pfanddeckung durch Meistbotsanteil hat besondere volkswirtschaftlich zu wertende Vorteile:

a) Da nur sicheres Geld auf Grund und Boden geliehen werden wird, kann ein allgemeines Sinken des Hypothekarzinsfußes erhofft werden, denn es gibt keine Hypotheken schlechten Ranges, für die man als berechtigte Risikoprämie einen erhöhten Zinsfuß verlangen müsste.

b) Andererseits wird der Grundbesitzer einer Belastungsgrenze in doppelter Hinsicht unterliegen. Vorerst wird er nie sein Gut höher verschulden können, als dessen Mindestwert beträgt. Wie er einerseits geschützt sein soll gegen Exekution zur Eintreibung persönlicher Schulden aus seinem Realbesitze, wenn er nicht selbst dafür Pfandrecht eingeräumt hat, so begegnet er andererseits auch in der Aufnahme von Grundschulden einer mechanisch gezogenen Grenze: er kann kein Pfandrecht mehr einräumen, wenn das Meistbot durch die schon einverleibten Quoten voll verpfändet ist. Er wird daher abgehalten werden von leichtfertiger Verschuldung; andererseits wäre es sein Vorteil, wenn er die etwa schon ganz oder fast volle Verpfändung des Meistbotes durch Tilgung der Grundschulden allmählich herabmindert und dadurch Raum schafft für in künftigen Jahren vielleicht wieder entstehenden Bedarf an Realkredit. Mein System würde also erzieherisch und die Sparsamkeit fördernd wirken.

c) Schon erwähnt haben wir, dass die Werte und Wirtschaften

zerstörende Exekution zu Gunsten durch das Meistbot nicht mehr gedeckter, durchfallender Pfandsätze ein Ende fände. Das bedeutet nicht nur die Erhaltung vieler zwecklos geopferter Existenzen, die Ersparung verschwendeter Arbeit und Kosten, sondern auch eine Entlastung des Realitätenmarktes von zahlreichen, im Feilbietungsverfahren erfolgenden dringenden Angeboten verkäuflichen Grundbesitzes. Nach unverrückbarem wirtschaftlichem Gesetz wirkt erhöhtes Anbot, gar verbunden mit der Ankündigung, dass die feilgebotenen Güter auch tief unter dem Werte zu haben sein werden, nicht nur preisdrückend auf das einzelne in Exekution stehende Gut, sondern wegen des häufigen Vorkommens solcher Zwangsverkäufe überhaupt preisdrückend. Die Nachfrage nach Realitäten bleibt dem dringlichen und selbst den Preis fallenlassenden Angebote der Versteigerung gegenüber weit zurück und dieses wird dadurch im Kampfe um den Preis unerhört geschwächt. Die Güterpreise auf dem durch die Zwangsverkäufe überlasteten Realitätenmarkte sinken; auch der freiwillig und ohne Nötigung durch Schulden verkaufende Besitzer begegnet diesen gedrückten Preisen.

4.) Das System der Meistbotsquoten als Pfandgegenstand macht das Rechtsinstitut des Pfandrechts-Ranges überflüssig und mit ihm alle Streitigkeiten über den Rang, alle Prioritätszession, Satzweicheung und dergleichen. Alle Pfandrechte haben den gleichen Rang.⁴⁾

5.) Daraus ergibt sich, dass es keine Hypotheken zweiten oder minderen Ranges mehr geben würde; alle sind gedeckt und solche, die ein Durchfallen zu fürchten hätten, können nicht entstehen. Wie es jetzt ist, geben solide Institute, namentlich die Sparkassen, Geld nur „auf ersten Satz“; wenn dieser nicht einmal den halben Wert des Gutes erschöpft oder gar nur ein Viertel, so leidet die notwendig werdende zweite Hypothek, wenngleich sie noch vollkommene Sicherheit fände, schon durch den Namen „zweite“. Die meisten Institute, auch private Geldleute, geben nur auf erste Sätze. Zweite Sätze bekommt der Grundbesitzer nur gegen höhere Zinsen von Wucherern oder gegen kurze Aufkündigung. Er braucht aber billigen, auf lange Zeit liegenden und allmählich tilgbaren Kredit. Das System der Meistbotshypothek aber, wie ich sie beantrage, führt dazu, dass alle Hypotheken gleichen, das will sagen, alle

⁴⁾ Die in Österreich sehr häufige „Rangsanmerkung“ (Anmerkung eines Ranges für ein in Aussicht stehendes Hypothekar-Darlehen) würde sich insofern zu ändern haben, als verbüchert würde, dass (obiges Beispiel) ein Pfandrecht „auf fünf Zehntel des Meistbotes angemerkte und vorbehalten“ werde. Solange die Anmerkung haftet, sind diese fünf Zehntel besetzt und niemandem anderen zugänglich.

ersten Rang haben. Man könnte auch sagen: Sie sind alle pupillarsicher; wobei wir voraussetzen, dass der Gläubiger den Belehnungswert, schon in seinem eigenen Interesse, nicht zu hoch eingeschätzt hat. Auch voraussetzen, dass die Belehnung in Übereinstimmung mit der gesetzlichen Verschleuderungsgrenze steht. (Siehe hier Anmerkung 2).

6.) Die sogenannte Goldklausel und das in ihr enthaltene, so stachelige Problem der Tragung des Kurs-Risikos, ob durch den Gläubiger oder, wie die Regel, durch den Schuldner, fällt insoweit weg, als es sich um das Ausmass des Pfandrechts-Raumes handelt. Dem Gläubiger kann nie mehr zugewiesen werden, als seine verbücherte Pfandquote ergibt. Was für eine Valuta zur Zeit der Versteigerung gilt, wie deren Kurs ist, das kommt für die Verteilung insofern nicht in Betracht, als eben die zuzuweisenden Quoten dieselben bleiben, bei welcher Währung und Kurs immer, bei welcher Meistbotsziffer immer. Nach oben durch die Quote automatisch fest begrenzt, wird der Gläubiger nur insofern noch die Höhe seiner Forderung unter Hereinwirken der Goldklausel und etwaiger Valutakurse und so weiter darzutun haben, als er den vollen quotenmässigen Anteil am Meistbote in Anspruch nimmt und Einwendungen abzuwehren hat, sein pfandgedecktes Guthaben sei geringer, als die Quote des erzielten Meistbotes ergibt. Die Rechtsfrage, wie wirkt die Goldklausel, wer trägt das Risiko der zwischen der Zeit der Eintragung und der Ausübung des Pfandrechts eingetretenen Änderung (Verschlechterung, Besserung) der gesetzlichen Währung, ist nach unserem System nicht völlig aus der Welt geschafft, aber sie tritt nicht mehr bei der Abmessung des Raumes des Pfandrechts auf, wie heute. Überdies passt sich das Meistbot dem jeweiligen Werte des Geldes an.

7.) Ein wirtschaftlich wie rechtlich zu wertender Vorteil liegt darin, dass nur bücherliche Satzgläubiger, und zwar in (durch die Einschränkung auf sich niemals über die volle Einheit erhebende Anteilshypotheken bewirkter) geringer Anzahl, als betreibende (Exekutions-) Gläubiger auftreten können, alle nur mit dem Wunsche, aus dem Meistbote wirklich bezahlt zu werden, nicht wie andere, die, obschon sie wissen, dass sie durchfallen müssen, dennoch den Grundbesitzer durch Exekution aus seinem Eigentume verjagen. Es erlangt auch das gerichtliche Verfahren der Zwangsversteigerung den Charakter der Wahrheit und einen realen Zweck. Es darf nicht mehr vorkommen, dass in hoffnungslosem Range stehende Nachgläubiger das Gut versteigern lassen und dadurch auch die Pfandforderungen der vorausgehenden Gläubiger ins Rollen bringen,

obgleich diese ihre Zinsen oder auch Tilgungen regelmässig erhalten und mit ihrem Schuldner ganz zufrieden sind. Oft genug wird das Gut um das Mindestbot oder wenig darüber zugeschlagen und auch die guten Hypotheken verlieren noch Teile ihres Kapitals; sie selbst hatten nie eine Feilbietung gewünscht und beantragt. So kommt es — soferne man nicht das in Deutschland bestehende System des Mindestgebotes eingeführt hat — dazu, dass der Gläubiger des schlechteren Ranges das Pfandrecht des besseren Gläubigers wider dessen Willen ausübt, ihm (soferne nicht der Ersteher die Satzpost übernimmt) sein Geld aufdrängt und ihn häufig genug einen Teil der Forderung verlieren lässt. Selbst erhält dieser betreibende Gläubiger ohnehin nichts; ein sinnloses, durch Änderung der jetzigen unzureichenden Gesetzgebungen zu verhinderndes Ergebnis. — Die Einführung meiner „Anteilshypothek“ würde mit diesem und mit noch manchem anderen Misstände aufräumen.

Nun aber dürfte es an der Zeit sein, auch Bedenken zu untersuchen, die voraussichtlich von den Anhängern des jetzigen Hypothekenwesens erhoben werden könnten. Auch sie werden teils juristischer, teils wirtschaftlicher Natur sein.

Man wird sagen, durch die „Anteilshypothek“ werde der Grundbesitzer in seiner freien Verfügung über sein Eigentum beschränkt, da er nur Pfandrechte bis zur Erschöpfung der vollen Einheit des Meistbotes einräumen könne, also nur bis zu einer Wertgrenze. — Darauf erwidere ich: das ist einer der Hauptzwecke der Sache und einer ihrer wichtigsten Erfolge. — Wenn auch die von manchen Seiten verlangte gänzliche Unverpfändbarkeit von Grund und Boden viel zu weit geht, überdies angesichts der vorhandenen Verhältnisse undurchführbar wäre, so ist es doch zur Erhaltung eines gesunden, tüchtigen Bauernstandes unbedingt geboten, dass eine Belastungsschranke gezogen werde. — Diese Schranke ist ohnedies, wenn die Anteilshypothek eingeführt wird, schon sehr günstig, fast zu günstig gezogen, denn sie bringt es mit sich, dass die Verschuldung zwar nie höher sein kann, als der vorsichtig, also zu niedrig, angenommene Gutswert ist, der sich im vermutlichen Meistbote zeigen wird, aber diesen Wert hundertprozentig erfassen kann; Vollverschuldung.

Unsere Zeit kommt endlich von der sogenannten „Mobilisierung“ des Grundbesitzes zurück, die es mit sich gebracht hat, dass unsere Bauernschaft, neuestens aber auch der Grossgrundbesitz, in eine der Allgemeinheit höchst schädliche masslose Überschuldung hineingeraten ist. Das Ergebnis dieser traurigen Erscheinungen ist, dass die Besitzer ihren Grund und die Gläubiger sehr viel von ihrem Gelde verlieren. Dass beide Gruppen, die aktiv und die passiv beteiligten,

verlieren, erklärt sich daraus, dass durch die Freiverschuldbarkeit des Grundbesitzes Millionen un wirtschaftlich aufgenommen und nicht wirksam in das Gut hinein, sondern zu anderen Zwecken, zuweilen freilich auch zu missglückten landwirtschaftlichen Unternehmungen, verwendet worden waren. Der Erfolg war, dass sehr grosse Summen bei den Zwangsversteigerungen unbedeckt blieben. Also Wertvernichtung; der Verlust durch diesen Untergang wirtschaftlicher Werte verteilt sich auf Schuldner und Gläubiger. Deshalb kehre ich zurück zu früher gesagtem: keine Zwangsversteigerung, oder weiter zurückdenkend — kein Pfandrecht auf Grundstücke, als nur für Investitionen, also für Geld, das in den Grund und Boden hineinverwendet worden ist und zu diesem Zwecke durch freiwillig bestellte Hypothek aufgenommen worden war, keine Exekution für persönliche Schulden. Dieses Geld ist — die doch seltenen Fälle einer Investition durch verfehlte Bauführungen oder misslungene Bodenverbesserungen ausgenommen — vorhanden in der Form des Zuwachses der Liegenschaft an Wert und dieses Geld bildet einen Teil des Meistbotes. Keine Wertvernichtung. Mit vollem Rechte entnimmt der Gläubiger dem Meistbote das, was aus seinem Vermögen (durch das Investitionsdarlehen) einst hineingeflossen ist. Alles geht ehrlich zu.⁵⁾

Ein anderer Einwand könnte sein, dass unter dem Systeme der Anteilshypothek der Grundeigentümer schwerer Kredit erhalten werde, weil der darleihende Gläubiger aus übergrosser Vorsicht das Gut allzuniedrig bewerten und eine zu geringe Summe als Darlehen bewilligen werde. — Aber das haben wir schon widerlegt. Der Bauer soll nicht hoch verschuldet sein; weil jeder Pfandsatz ersten Rang genießt, wird er bis zu der wirtschaftlich zulässigen Grenze, das heisst soweit er das geliehene Geld zu verzinsen und zu tilgen fähig ist, leichter als heute Geld erhalten, wo man die zweite und dritte Hypothek entweder nicht erhält oder nur hochverzinslich, auch wenn sie durch den Gutswert noch voll gedeckt wäre, da ihr der Mackel einer nicht erstrangigen Priorität anhängt.

⁵⁾ In mehreren Ländern sind schon behördliche Stellen mit der Überwachung der rechtlichen Gebarung mit dem Grundbesitz betraut. Ein solches Bodenam t hätte die Bewilligung für Veräusserung von landwirtschaftlichen Gütern, namentlich im Falle von Güterzerteilungen, Bildung oder Auflassung von Erbhöfen und dergleichen zu erteilen, auch Zwangsverwalterlisten zu führen, vor allem aber bei Aufnahme pfandrechlich zu sichernder Schulden zu prüfen, ob es sich um Investitionsdarlehen oder sonst um, für das Gut notwendige Gelder handelt. Nur in diesem Falle hätte es die Einräumung einer Hypothek zu bewilligen. Zu wünschen bliebe freilich, dass dieses Bodenam t nicht zu einer, dem Grundbesitze das Leben erschwerenden kostspieligen, Zeit verträdelnden bürokratischen Einrichtung entarte.

Noch ein Bedenken: wenn man den Grundbesitz gegen jeden exekutiven Zugriff abschliesst, der zur Eintreibung von nicht mit Hypothek ausgestatteten Forderungen dient, erschwert man dem Bauern, dem Guts- oder Hausbesitzer die Erlangung von Personalkredit. — Das ist wahr; aber es ist auch richtig und nur zu begrüssen. Wenn der Grundbesitzer ausser seinem Grundeigentum noch anderes Vermögen oder Einkommen hat, zum Beispiel aus Arbeitsleistung, Gehalt oder Ruhegenuss, Geldforderungen für abverkaufte landwirtschaftliche Früchte, wenn er Spargelder oder Wertpapiere hat, oder wenn er sichere reine Einkünfte aus seinem Haus oder Landgut bezieht, so liegt darin eine ehrliche und wirtschaftlich wohlbegründete Basis für Gewährung von richtig abgemessenem Personalkredit. Etwa verstärkt er diesen seinen eigenen noch durch den Kredit von ihm gewonnener Bürgen. — Im Ausmasse dieser Grundlage wird er Personalkredit finden. In der Tat leihen die vielen Vorschusskassen in Österreich und Deutschland, auch die Raiffeisenkassen, Millionen auf solcher Grundlage ohne Buchhypothek. Aber auch da wird es nur wohlthätig wirken, wenn eine praktische Grenze für das Schuldenmachen entsteht. Niemals darf der Kredit weiter gehen, als die Kreditwürdigkeit reicht. Was darüber hinausgeht, ist leichtsinnig ausgeliehen, in Wahrheit ungedeckter Kredit. Es kann nicht erlaubt werden, dass ein Personalgäubiger, wenn die persönliche Kreditbasis versagt, weil der Schuldner mit der Zahlung säumig wird, oder wenn die Exekution in das bewegliche Vermögen nicht zur Befriedigung führte, sich nun durch Zwangshypothek in das Grundbuch bringt, um die für den Grund, nicht für den jeweiligen Besitzer, vorzubehaltende Realdeckung zu erreichen. — Es ist nur heilsam, wenn auch der Personalkredit nicht weiter ausgedehnt wird, als die Kreditwürdigkeit reicht. Das wird zur Sparsamkeit erziehen und zu bester Verwendung ausgeliehenen Geldes. — Wir haben in ganz Europa sehen müssen, zu welchen erschreckenden Folgen es führt, wenn nicht auf fester Wertgrundlage ruhende Kredite leichtsinnig gegeben und leichtsinnig genommen werden. Österreich hat die bittersten Erfahrungen gemacht; nicht nur in der Affäre der Kreditanstalt. Übrigens ist das Überspannen des Kreditvolumens in das Ungesunde, weil in die Luft geliehen, so ziemlich in allen Ländern aufgetreten, die Vereinigten Staaten von Nordamerika nicht ausgenommen. Der Missbrauch des Mobilarkredites hat die Hauptursache der Inflation, der Geldentwertungen und, nach dem dadurch herbeigeführten Zusammenbruch, der Arbeitslosigkeit gebildet. Es ist also ein Gebot der nationalen Wirtschaft, den nicht mehr durch reale Werte — des beweglichen wie des unbeweglichen Vermögens — gedeckten Kredit nach Möglichkeit zu verhindern.

Für den Realkredit bewirkt das die Anteilshypothek, für den Personalkredit muss die Wachsamkeit des Gläubigers sein Schutz gegen Verlust des geliehenen Geldes sein. In beiden Richtungen aber muss nach Solidität des Kreditwesens gestrebt werden. Ist diese erreicht, so werden Geldverluste verhütet. Der Zinssatz wird keine Risiko-prämie in sich zu enthalten brauchen, das heisst der allgemeine Zinssatz wird sinken, auch — was uns hier besonders interessiert — der Hypothekarzinssatz. Seit jeher ist in Volkswirtschaften mit solider Geld- und Kreditgebarung der Zinssatz ein mässiger. Was das aber für die ökonomische Blüte eines Landes, besonders für den gesamten Grundbesitz bedeutet, das brauche ich nicht erst hier auszuführen.

Was ich vorzuschlagen und auszuführen versucht habe, ist zwar zugunsten des gesamten Bodeneigentums gedacht, auch des städtischen Besitzes, aber es hätte doch ganz besondere Bedeutung für einen Staat, wie es Jugoslawien ist mit seiner sich vorwiegend durch Landwirtschaft ernährenden Bevölkerung. Sicherung und dadurch Hebung eines gesunden Realkredites ist die wichtigste Aufgabe jedes Agrarstaates. Diesem Zwecke dient es, wenn wir nach einer Rechtsordnung streben, die Wertverluste im Grundbesitz durch dessen schrankenlose Eröffnung für gerichtliche Exekution verhütet, indem sie eine Zwangsversteigerung nur für verbücherte Forderungen zulässt. Die auch Einrichtungen schafft, die sich dahin auswirken, dass der Grundbesitz sich nur bis zu einer tragbaren Grenze verschulden, innerhalb dieser Grenze aber wirklich reale, volle Sicherheit bietende, daher niedrig verzinsliche, langfristige Grundpfandrechte einräumen kann. Eine solche Einrichtung ist die hier entwickelte Hypothek am Meistbote (Anteilshypothek oder Meistbospfand). Sie hat auch den besonderen Vorteil, dass sie das Entstehen aussichtloser oder ganz unsicherer Hypotheken verhindert, damit auch hindert, dass der Staat durch seine Gerichte ohne reales Ergebnis mit viel Arbeit und Kosten die Besitzer aus ihrem Eigentum entfernt, ohne die betreibenden Gläubiger zu befriedigen. Grosse Verluste am Volksvermögen werden so vermieden. Ein System nur vollbedeckter Hypotheken, alle im ersten Range, wird erzielt und dadurch die Möglichkeit einer weitgehenden allgemeinen und dauernden Senkung des Zinssatzes für den Realkredit. Die Folge dieser wohlthätigen Erscheinung würde ein Aufblühen der heute so verschuldeten Landwirtschaft sein können. Zugleich wäre durch das Aufhören der Ausbietung von Hunderten in Zwangsversteigerung befindlichen Liegenschaften eine Verminderung des Angebotes an verkäuflichem Grundbesitz zu erwarten, daher eine Steigerung des Wertes von Grund und Boden, damit aber wieder eine Verbreiterung der Kreditbasis für den gesunden Realkredit. Die

gerichtlichen Feilbietungen würden seltener, und nur mit ernstlichen Zwecken und mit Befriedigungserfolg vor sich gehen. Das Verfahren könnte sehr vereinfacht werden.⁶⁾ Und was ich hier zuletzt nenne, aber nur um es dadurch allem anderen vorzustellen, das ist, dass durch die Summe der vorgeschlagenen Einrichtungen Grund und Boden vor Gefahren geschützt würde, die aus nur persönlicher Schuldenaufnahme des augenblicklichen Besitzers entstehen. Ohne das geliehene Geld zur Werterhöhung des Grundstückes zu verwenden entstandene Forderungen kommen nicht an den Grundbesitz heran. Dieser würde dadurch eine Art, ich möchte es nennen, Agrarfideikommiss, ein Besitz, der ohne Überlastung mit untragbaren Schulden in der Familie bleiben, sich da vererben und erhalten kann. Was man unter dem Namen Erbhof — so jetzt in Deutschland — oder als Rentengut, Fideikommissgut, Erblehen, angestrebt hat, das ginge in Erfüllung, denn der Besitzer ist gegen die Gefahren des Personalkredites und seiner exekutiven Geltendmachung gesichert. Der Realcredit wäre in seine Schranken gewiesen, zugleich dadurch gesichert und verbilligt, die Landwirtschaft mit ihren Millionen durch sie zu ernährenden Menschen stünde auf einer finanziell solid unterbauten

⁶⁾ Zunächst könnte die in die Gegenwart mitgeschleppte actio hypothecaria wegfallen. Sie ist überflüssig. Wenn das Pfandrecht im Grundbuche einverleibt ist und seither nicht zum Beispiel schon zehn Jahre vergangen sind, auch keine Löschungsklage angemerkt ist, soll auf blossen Antrag des Gläubigers ohne Klage, auch ohne Zahlungsmandat oder dergleichen, die Zwangsversteigerung bewilligt werden, doch mit der Massnahme, dass erst nach 14 Tagen von der Zustellung des Versteigerungsbeschlusses an den Schuldner das Zwangsverfahren beginnen würde. In dieser Zeit kann der Schuldner zahlen oder sich sonst mit dem Gläubiger verständigen. Damit ist die Hypothekarklage, die gerichtliche Tagsatzung über sie, das (gewöhnlich erfolgende) Versäumnis- oder Anerkenntnis-Urteil und durchschnittlich acht Wochen an Zeit erspart. Ausserdem beträchtliche Kosten. — Welche Rolle die Zwangsverwaltung im Systeme der Meistbotanteilshypothek zu spielen hätte, wäre besonders zu prüfen. — An sich schon sollte die Zwangsverwaltung verschieden behandelt werden, je nachdem es sich um ein landwirtschaftliches Gut handelt oder um ein Zinshaus. Für Landwirtschaften hat sich das Exekutionsmittel der Zwangsverwaltung nie und nirgends bewährt. Sie ist ein kostspieliges, meist passives Verfahren, ruinirt den Gutsbesitzer, ohne dem betreibenden Gläubiger etwas einzubringen. Dass sie dennoch oft erwirkt wird, ist dadurch begründet, dass man sie nicht als ein Befriedigungsmittel ansieht, sondern als ein Druckmittel, um aus dem in die Enge getriebenen Schuldner, dem ein Zwangswirt in das Haus gesetzt wird, das letzte Geld, was er noch irgendwo auftreiben kann, herauszupressen. Anders bei Stadthäusern, wo die Zwangsverwaltung fast nur durch juristische Massregeln ausgeübt wird, geringere Kosten macht, daher auch meistens Reinerträge liefert. — Durch den Entfall von „Luft-hypotheken“ würde sich das Versteigerungsverfahren, besonders die Meistbotsverteilung, ausserordentlich vereinfachen.

Grundlage. Diese und durch sie die ganze Wirtschaft der Nation würde an Klarheit, Ehrenhaftigkeit und Festigkeit ausserordentlich gewinnen.⁷⁾

⁷⁾ Durch Übergangsbestimmungen wäre das Verhältnis zwischen den bisherigen Hypotheken, die eingebüchert sind, und den neu dazu kommenden Anteils-hypotheken gesetzlich zu regeln. — Wünschenswert wäre, dass nach Art der Schweizer Grundbücher im Gutsbestandblatte ein Schätzwert angemerkt werden könnte. Die bezügliche Schätzung müsste von autorisierten Vertrauens- und Fachmännern erfolgen und in Urschrift im Grundbuchsamte erliegen. — Erst wenn durch die Anteilshypothek mit ihren Auswirkungen ein gefestigter und gesicherter Realcredit hergestellt ist, wird man dazu fortschreiten können, beweglichere Formen für Realcredit durch Grundschuldbriefe oder ähnliches einzuführen, nach Vorbild der Schweiz oder Amerikas. — Kurze Darstellung des Rechtes der Schweiz und der Vereinigten Staaten bei Sperl, Österreichische Notariatszeitung, 1933 S. 98 ff.

O unifikaciji zakona

od

d-ra Stanka Franka,
profesora Univerziteta
Zagreb

I

Velika zadaća unifikacije zakona u našoj državi imala je za posljedicu mnoštvo problema za koje je trebalo naći rješenje. Da je rad oko izjednačenja zakona samo pravni zadatak, da se on može da svršava u radnoj sobi pravnika učenjaka, to nema dvojbe, da bi morao a i mogao da odgovara svim zahtjevima, koji se stavljaju na naučni pravni rad. Morao bi i mogao bi da bude logičan, sistematičan, udešen po planu, jednom riječi predočio bi najbolje moguće konačno rješenje dane zadaće. Pogotovu bi tome bilo tako, kada bi pitanje izjednačenja zakona zamislili tako, da se na jednoj strani nalaze interesi, životni i socijalni odnosi koje treba jednolično srediti, kao dana veličina, kao statični pojam sa dovršenim razvojem i imanentnim gibanjem, a na drugoj strani da stoji stručnjak koji se sprema da ovoj pregledivoj materiji da — dašto najbolju i konačnu — pravnu formu. Pravnik stručnjak postupao bi pri tom otprilike na isti način kao na pr. prirodoznanac, kada klasifikuje minerale koji leže pred njim. Odredivši pojmom ruda, minerala predmet kojim će da se bavi i upoznavši svojstva pojedinih komada svrstava ih u najlogičniji sistem, određuje svakoj rudi ime, vrstu i rod. Ako je koju rudu izostavio, lako će joj i naknadno odrediti mjesto, a novih ruda po svoj prilici i nema, jer je geološki proces stvaranja novih primjeraka dovršen. Ali posao pravnika koji stvara i izjednačuje zakone, je posve druge vrste. Iz pojma izjednačenja slijedi da on ima da iz raznih zakona stvori jedan. Čini se da je to van dvojbe, jer da su zakoni jednaki, ne bi ih trebalo izjednačiti. Ali se javlja i pitanje, zašto ovi zakoni nisu jednaki? Postoje dvije mogućnosti. Ti se zakoni mogu da razlikuju, jer stvarnosti koje su uređivali, nisu bile iste. Postoji razlika u materiji. Životni odnosi su takovi, da ih se nije moglo zakonski urediti na jednaki način. Na drugoj strani se može opet različnost zakona svesti na to, da su iste prilike uređene na različite načine. To može da se desi uslijed toga, što zakonodavac uređujući veliki kompleks životnih odnosa nije našao prosječni adekvatni zakonski izraz za ove odnose. Neke tipične odnose uredio je adekvatno, a druge tipične je prosto ovima priklopio. Motiv za ovaj postupak

može se sastojati u tome da je zakonodavac hotice uredio neke prilike neadekvatno. Išao je zatim da neadekvatnim uređenjem dađe razvoju nekih životnih odnosa drugi, novi, strani smjer. Da ih prisili nekako na asimilaciju drugima. Kao što vrtlar umjetnim napravama sili voćke da se razviju u smjeru njemu povoljnom, tako može i zakonodavac neadekvatnim zakonima razvoju životnih odnosa dati smjer, koji odgovara njegovim namjerama. Motiv zakonodavca leži van odnosa koje uređuje. A može da je i nesposobnost zakonodavca razlog raznog sređivanja istih odnosa. Nije uopće zapazio raznolikost ovih odnosa. Pretpostavljajući ma iz kojih razloga jednoličnost odnosa, osnovao je na tim pretpostavama jednoobrazno njihovo uređenje. Ova formalna razlika zakona dađe se u zadnjem redu svesti na to, što su životne odnose u raznim dijelovima države uređivali razni zakonodavci.

Ovoj prvaj teškoći kod unifikacije zakona — da su naime razlozi raznoličnosti zakona razni — pridolaze još i druge. Pravnik kada izjednačuje zakone, ne može da izabere momenat koji mu se čini najpovoljniji za ovaj posao. Najpovoljniji momenat bio bi onaj, kada bi se životni odnosi nalazili u stanju mirovanja. Kao što historičar opisuje skup događaja koji pripada prošlosti, tako bi i za pravnika zakonotvorca bilo najzgodnije, kada bi imao da normira odnose koji su stali u razvoju, koji se nalaze u stanju skrućivanja. Ali kada se neki životni odnosi već nalaze u ovom stanju, nije više potreban naučenjak zakonotvorac. Njegov rad se odnosi na sadašnjost i budućnost i ako stoji dašto u vezi sa prošlošću. Pravnik zakonotvorac koji izjednačuje zakone izvršuje ovu zadaću na poziv sudbine a ne izabire sam za to podesan moment. Za izbor pravog momenta nisu odlučni pravni nego historijski, politički razlozi. Politika stvara uslove za stvaranje zakona i određuje čas, kada se to ima izvršiti. Ona zahtijeva od pravnika da nađe najbolju formulu, kako bi se životni odnosi koje je stavila u gibanje što prije smirili, kristalizovali, utvrdili. Pravnik ima da izvršuje zahtjev politike i tako dovrši njeno djelo. Ali svijet prava i svijet politike se doduše uslovljuju, stoje jedan drugome blizu, ali se ne poklapaju. Sve što se nalazi u svijetu politike ne može da uđe u svijet prava. Pravnik u neku ruku stoji kao čuvar sa mačem u ruci pred ulazom u svijet prava i izvršuje izbor nad onim što će da uđe. Bujnosti politike odgovaraju odmjereni pojmovi i propisi prava. Ali ono malo što ulazi na vrata prava potiče ipak iz svijeta politike i to svoje podrijetlo ne može nikada da zataji.

Ove dvije strane jedinstvene zadaće stvaranja prava, ova dva lica pravnik zakonotvorca — koji treba da i politički misli — ova simbioza prava i politike prikazuju zapravo problem o kojem se radi.

Pravo je nerazdruživo od politike, pravo nije politika, ali sve što je pravo bilo je politika. Pod politikom u širokom smislu razumijevamo nastojanje da se život u zajednici saobrazi nekim vrednotama priznatim kao ispravnima. Postavlja se neki sistem ciljeva, svrha, dobara koji se priznaje kao jedino ispravan i koji bi se imao sprovesti u život najuspješnijim sredstvima kojima konkretno društvo raspolaze. Uvjerenje o ispravnosti ovih ciljeva — koji služe i kao mjerilo za ocjenjivanje ljudskih djela u smjeru, da li odgovaraju ciljevima, dakle imadu i normativnu funkciju — je tako snažno, da pred svrhama spoznatim kao ispravnima, pred najvišim dobrima iščezavaju manje vrijedna dobra koja je zajednica uvijek spremna da žrtvuje. Sa tog stajališta možemo da shvatimo pojam sile. Pravna dobra lica različitog osnovnog uvjerenja, koja ne dijele stav zajednice glede najviših dobara, biće procijenjena kao manje vrijedna ili bezvrijedna i po potrebi poništena. Ukoliko je ovaj postupak osnovan na stajalištu prava, dašto samo onda, ako su ta lica svoje uvjerenje realizovala djelima. Sila zajednice ne siže dalje od njene moći, a ova opet zavisi od socijalne valentnosti njenih ciljeva. U sredenim prilikama postoji u savremenim državama tačan cijenič dobara, postoji pravni red koji je osnovan na politici. Ali u vrijeme političkog previranja takav ustaljeni red ne postoji, ne postoji pravni nego politički red, ne važe pravne nego političke norme.

Promatrajući konkretne društvene zajednice napose državu koja danas prikazuje koncentracionu tačku svih političkih ciljeva dolazimo do zaključka da između njih postoje u političkom pogledu bitne razlike. Sistem predmeta, ciljeva, dobara, norama koji prikazuju osnov njihove egzistencije, plan socijalne aktivnosti nije nikada isti. Bilo da se radi o raznim vrednotama, bilo da su iste vrednote drugačije poredane, graduirane — najviše vrednote nisu iste. To je činjenica. Potankim ispitivanjem i tumačenjem uzroka ove činjenice ne možemo da se bavimo. Mogli bi navesti mnogo uzroka. U zadnjem redu radi se uvijek o naziranju na svijet. Razlike ovih naziranja uvjetovane su raznim podrijetlom, mješavinom rasa, historijskim i kulturnim razvojem, religijskim momentima itd. Redovno biće u osnovnom raspoloženju, u osnovnoj orijentaciji sadržani svi ovi momenti, ali u raznom razmjeru. Po tom razlikovaće se bitno i politički osnovi država, dosljedno razlikovaće se i države. Tako dugo dok ne bude osnovano posljednje, univerzalno carstvo — a jedva da će koji od nas ovo ugledati — postojaće razne državne koncepcije, postojaće razne države koje imadu svoju specifičnu, osobitu socijalnu stvarnost. Kako se raznolikost ove stvarnosti može svesti na specifičnu smjesu navedenih i drugih razloga, kako su

mediji po kojima se realizuju ovi razni momenti, sredstva, kojima ovi momenti dobivaju socijalnu važnost, samo ljudi, kako ovi razlozi imaju svojstvo da ljude spajaju — zajedničko naziranje na socijalni život važan je argumenat za organizaciju ljudi — to dolazimo ovim putem do pojma naroda. Narod su ljudi zajedničkog socijalnog zapravo političkog shvatanja, naziranja na život kojima je uspjelo da svom naziranju dadu stalnu socijalnu tj. pravnu formu. Narod su potom ljudi u državi. Sve su države narodne, u svakoj državi specifičnom političkom supstratu odgovara specifični pravni supstrat. Kako su države narodne tako je narodno i pravo. Stvaranje prava je po tom djelatnost koja stoji u tijesnoj vezi sa svojstvima svakog naroda, a ako je izjednačivanje prava stvaranje jednakog prava, to se i ova djelatnost u svemu poklapa sa pravom. Ali s jednom razlikom. Dok se kod stvaranja prava neposredno pretvaraju političke norme u pravne, to se kod izjednačivanja prava pravne norme koje odgovaraju raznim političkim koncepcijama pretvaraju u pravne norme jedne nove političke koncepcije. Politički momenat odlučan je u jednom i drugom slučaju. Ali dok on u prvom slučaju djeluje spontano kao jedini momenat, to u drugom ima više eklektičku i regulativnu ulogu. Politički momenat — da govorim slikovito — pobijedivši političke koncepcije koje su predstavljale osnove dosadanjim pravnim sistemima pridržaje one propise koji su u skladu s njime kao novom koncepcijom, a odbacuje propise, koji mu se protive. Velika važnost političke koncepcije pokazat će se napose u jednom pogledu. Da se njoj udovolji posegnuće se naime često kod izjednačivanja zakona za pravnim sistemima, koji u pojedinostima ne odgovaraju narodnom shvatanju ali u svojoj cjelini odgovaraju — već u svojstvu sistema — novoj političkoj situaciji.

Prije nego li predemo na pitanje stvaranja nacionalnog prava, zadržaćemo se na pitanju stvaranja prava uopće. Svaka unifikacija prava predstavlja naime bar u nekom pogledu nacionalizaciju prava. Kao faktore procesa stvaranja prava upoznali smo narod i državu odnosno sve one elemente koji ove stvaraju. Kao najvažniji elemenat označili smo zajedničko gledanje na život, političku koncepciju. Narod ostvarujući ovu koncepciju stvara državu i pravo. Pita se sada, da li je problem pretvaranja političkih zahtjeva u pravni red problem koji ljudi kao zakonodavci mogu riješiti već u prvom zamahu ili uopće bez ostatka? Da li ljudi kao zakonodavci mogu političke norme pretvoriti u pravne, političke vrednote u pravne, politička dobra u pravna tako, da od njihovog političkog karaktera ne preostaje ništa? Da li se političke ideje mogu realizovati u cijelosti, na koji način, u kojem vremenu?

II

Kako nastaje pravo? Da li je proces postajanja prava isti kao i proces postajanja zakona? Tu se u glavnom susrećemo sa dva mišljenja, koja se u nauci redovno isključuju. Radi se o stajalištu t. zv. pozitivizma i onome prirodnog prava ma u kojoj formi. Po prvom stajalištu biće jedino vrelo prava zakon, pravilo. Što nije zakon ili pravilo ne može da bude pravo. Prirodno pravo u najširem značenju pojma pretpostavlja neko vanzakonsko mjerilo pomoću kojega se ima utvrditi, da li je neki zakonski propis podjedno i pravni. Svaki zakonski propis ima se kritički ispitati i samo ako odgovara postavljenim zahtjevima biće pravni. Dok sa gledišta pozitivizma zakon predstavlja širi pojam utoliko, što prava van zakona nema, to su po drugom gledištu samo neki zakoni i pravo. Pozitivizam otklanja svaku kritiku zakona u pogledu njihove prirode, a prirodno pravo upravo po kritici zakona dobiva svoj smisao. Ono priznaje kao pravo samo one zakone koji su „prirodni“, postavljajući razna kriterija za ovu oznaku. Dok prirodno pravo sebi pridržaje konačni sud o radu zakonodavca, pozitivizam pretpostavlja njegovu nepogrešivost u pogledu pravnog značenja zakona. Ova nepogrešivost, ovaj infalibilitet zakonodavca ima za posljedicu strogi, dogmatski karakter pozitivizma. Svjetovni zakonodavac se uslijed toga približuje duhovnom, njegov odnos prema pravu odgovara nekako odnosu duhovnog zakonodavca prema vjerskim istinama. Možda bi se ovaj paralelizam mogao sprovesti još i dalje. Možda pozitivistički način shvatanja prava odgovara više katolički orijentisanom mišljenju, a prirodnopravni protestantsko-pravoslavnom. Ali svakako stoji, da je sa pozitivističkog stajališta isključena svaka kritika zakonodavca u pogledu pravnog svojstva po njemu donešenih zakona.

Ali i zakoni stvoreni po nepogrešivom zakonodavcu imaju svoj određen smisao. I nepogrešivi zakonodavac hoće da postigne neki socijalni cilj, hoće ponajmanje da po njemu stvoreni propisi budu pravni, da predočuju najbolje moguće rješenje zamišljene situacije. I on postupa po nekim socijalnim smjernicama, predstavlja svoje zakone kao najbolje sredstvo da se neki cilj postigne. Oriježiše se prema socijalnim vrednotama, priznaje neke kao glavne, ima svoje mišljenje o pravu i odlučuje se za ona rješenja, za one propise, koji ovom pojmu najviše odgovaraju. Prihvata neka rješenja kao „prirodna“, kao pravna, a druga zabacuje kao „neprirodna“, kao nepravna. A kao ishodna tačka služice mu njegova politička orijentacija. Po društvenoj vrednoti koju priznaje kao najvišu, razlikovaće se i njegovi propisi. Drugačije će propise obzirom na njihov zadnji cilj

stvoriti liberalni, drugačije opet konzervativni, autoritativni, demokratski, socijalno-demokratski ili komunistički zakonodavac. A svaki od ovih će nastojati, da sa svog stajališta ostvaruje propise što veće socijalne vrijednosti. Vrijednost ovih propisa biće nesumnjivo tim veća, čim će biti priznati sa stajališta što većeg broja socijalno-normativnih područja. Kada bi zakonodavcu uspjelo, da njegov konkretni propis priznaju kao ispravan ne samo politika, nego i etika, religija i pravo, to nema dvojbe, da bi postigao svoj cilj. Političko naziranje zakonodavca biće odlučno za osnovni smisao propisa, ono će odlučiti o načinu grupisanja ostalih socijalno-normativnih vrednota kao sastavnih dijelova u konkretnom propisu. Političko naziranje možemo predočiti kao pozadinu pravnog propisa, kao njegovu koncentracijonu tačku, kao nevidljivu silu privlačivosti koja iz njegovih elemenata stvara cjelinu. Ukoliko se radi o pravnom propisu moraju da prevladaju pravne vrednote, pravna kriterija. Stvarajući pravne propise, zakonodavac podređuje politička gledišta, kao i gledišta drugih socijalno-normativnih područja pravnome gledištu ali na specifičan način. Podređivanje može biti veće ili manje, razmjer između političkih i drugih, napose pravnih elemenata raznolik. O razmjeru u kojem su socijalno-normativni elementi u stvorenom propisu sadržani zavisice pravni uspjeh zakonodavčeva rada. Sa položajem zakonodavca nužno je spojena neka kritična djelatnost osnovana na njegovoj političkoj orijentaciji. Njegova nepogrešivost znači zapravo nepogrešivost njegove političke orijentacije, znači priznavanje jedne političke vrednote kao najbolje, kao najviše. Puštajući po strani pitanje, koga se zapravo ima smatrati zakonodavcem, toliko je nedvojbeno, da se zakoni — bar socijalni — ne stvaraju po inspiraciji, slučajno, nego na osnovu određene socijalno-političke orijentacije. To važi i za pozitivizam. Ni pozitivizam nije se nikada zadovoljio time, da proučava samo pozitivno pravo, nego je posvetio pažnju i procesu, koji vodi do zakona. I on zna, da postoji neki „temeljni zakon“, neka neophodno potrebna hipoteza iz koje onda izvada pravni sistem. Ovaj temeljni zakon kao ishodišna tačka pozitivnog prava ne može da bude drugo, nego li politička norma, politička orijentacija za koju se odlučio zakonodavac. Tako i sa stajališta pozitivizma zakonodavac na osnovu nekih dogma, nekih zasada koje drži nepogrešivima kritikuje propise koji ima da postanu pravo. Sa ovog stajališta zabacuje neke koncepcije kao neispravne, neostvarive odlučujući se za one, koje imaju najviše izgleda da se ostvaruju, da djeluju trajno kao socijalni regulativ. To će biti one, koje se mogu najlakše sliti u kalupe pravnih pojmova, Ovo mišljenje ne iznenađuje, jer je upravo svojstveno produktima ljudske kulture — među koje se

ubraja i pravo — da nastaju smišljeno i svijesno, a to znači da im je prethodio akt kritičkog uzimanja stava.

Tako bi se idejni razmak, koji dijeli pozitivizam od prirodnog prava mogao smanjiti. Pozitivizam kao i prirodno pravo kritikuje zakon u pogledu njegovog pravnog značenja. Pozitivizam izvršuje ovu kritiku prije i prigodom stvaranja zakona, a prirodno pravo to čini kasnije, kada je zakon već stupio na snagu. Po tom se stajališta pozitivizma i prirodnog prava ne prikazuju kao dva stajališta koja se isključuju, nego kao dva načina razmišljanja koja se nadopunjuju. Zakon sa stajališta pozitivizma jest najbolje moguće rješenje neke socijalne situacije. Same situacije međutim se mijenjaju, nisu vječne a i konstelacije socijalno-normativnih elemenata koje predstavljaju rješenje ovih situacija, način sastava ovih elemenata posmatran sa najvišeg gledišta je arbitran, u nekom značenju proizvoljan. Princip izbora situacija, koje se imaju rješiti kao i princip sastava elemenata njezina rješenja, pravnog pravila može da bude jedino osnovna politička norma zakonodavčeva. Metoda je stalna i nepromjenljiva, a svi ostali momenti se mijenjaju. Stalno je da kao polazna tačka služi politička orijentacija, ali koja će to orijentacija biti, kakove će ona situacije rješavati i kako će ih rješiti, zavisi od cjelokupnog kulturnog stanja. Vrsta političke orijentacije, zadata situacija kao i njezino rješenje jesu promjenljive, fungibilne veličine. Prva je funkcija ukupnog kulturnog stanja, situacija opet funkcija političke orijentacije itd. Ali put, kojim se ide, koji vodi od politike do prava je uvijek isti. Situacija i elementi njezinog rješenja se mijenjaju, a i sama osnovna orijentacija, politička norma se mijenja. Ovo mijenjanje osnovne političke orijentacije gledano obzirom na kulturuu cjelokupnost — čiju jedinicu predstavlja država — znači prevladavanje jedne orijentacije. Politički pogled nije nikada do kraja konzekventan, i krajnji konzervativac je u nekom pogledu liberalan, ali uvijek jedan pogled prevladava, daje značajnu notu čitavom sistemu. Mijenjanje političke orijentacije po tom ne znači, da je pristupio posve novi element, nego je promjena razmjera između dosadanjih elemenata.

Shvatljivo je, da je kod utvrđivanja pravnog značenja zakona potreban dvojaki stav. Stav zakonodavca koji je sadržan u zaključku, sve što je zakon, je pravo, i stav društva redovno njegovih organa, koji primjenjuju zakon. Ovaj se može označiti onamo, da je samo onaj zakon pravo, koji odgovara nekim najvišim principima koje društvo u nekom času priznaje kao ispravno.¹⁾ Svaka primjena

¹⁾ Redovno je stanje, da su najviši principi zakonodavca podjedno i najviši principi društva, jer je zakonodavac odličan član društva. Ali postoje i iznimke.

zakona bila bi tako i kritika zakona u pogledu njegovog pravnog značenja. Pravni smisao zakona imao bi se po tom nalaziti na liniji, koja vodi od osnovne orijentacije zakonodavca, do osnovne orijentacije lica, koje primjenjuje zakon. Ova spojna linija postoji uvijek, jer u svakom društvu, u svakoj državi postoji više orijentacija, koje se nikada posvema ne isključuju, ali uvijek jedna prevladava. Tako možemo da tumačimo činjenicu, da ni revolucije nisu posve revolucionarne. Nijedna revolucija nije još posvema prekinula sa svim postojećim političkim koncepcijama, niti, koje od revolucionarnih ideja vode do onih, koje su do tada vladale, vrlo su brojne. Zapravo se svaka revolucija sastoji u tom, da su neki elementi konkretne političke konstelacije zadobili jači socijalni intenzitet. Elementi konstelacije se nisu izmijenili, nego samo njihov razmjer.

Pojam politike bio bi most, koji bi spajao pozitivističko sa prirodno-pravnim stajalištem. Ali preko jednog momenta smo šutke prešli. Shvatili smo stajalište prirodnog prava zapravo kao stajalište prirodne politike, a ne prava. Po ovom shvatanju prirodnog prava uopće ne bi bilo. Ali uvijek se prirodno pravo i shvaćalo u ovom smislu. Kao neki principi, kao kriterija, koja mogu da posluže kod kritikovanja prava. Kao smjernica za zakonodavca kod stvaranja prava, kao sredstvo orijentacije za lica, koja primjenjuju pravo, kao sigurna nepromjenljiva baza za naučnu obradbu prava. Da bi se pozitivno pravo u svojoj cjelini imalo zamijeniti prirodnim pravom — dašto ukoliko se s ovim već a priori ne poklapa — nije zacijelo imao na umu nijedan od velikih učitelja ove škole. Platonovo „činiti svoje“, Grocijev socijalitet, Rusoov „ugovor“ itd. bili su sa svim njihovim posljedicama samo ideje o uređivanju društva, o pravednosti, predstavljali su ono, što danas označujemo kao političku orijentaciju, kao političke norme. Ove ideje imaju da budu temelj, na kojem će se sagraditi svijet prava. Prirodno pravo je po tom „političko“ pravo, ono je izravni put k pravu, politika koja vodi pravu. Prirodno pravo zamišljeno je kao ispravna politika. Svaka politika dašto nije ispravna, svaka ne vodi pravu, nego ostaje nepravu, zakoni stvoreni na osnovu neispravne politike ostaju zakoni i ne postaju pravo. Svaka politika ne vodi pravu, ali svako pravo je osnovano na politici. U socijalnom se svijetu naime pred vratima prava ne nalazi kaos, nego svijet političkih norama.

III

Kako po tom postupa zakonodavac kada izjednačuje pravne propise, zakone? Pretpostava jest, da u jednoj državi za istu struku postoje razni zakonski propisi. Materijal, kojemu pristupa zakonodavac

već je formiran, već ima određenu pravnu formu. Sa stajališta pozitivizma radi se o pravu, o različnom pravu, koje treba izjednačiti. Sa stajališta pozitivizma zadaća izjednačivanja naići će nedvojbeno na teškoće. Radi se naime o tom, da se izjednače propisi jednake pravne valentnosti, važnosti. Kako su sve te normativne tvorevine kvalitativno ravnopravne, to nema dvojbe, da će se svaka od njih sa svog stajališta posmatrati bar kao jednako važna, ako ne kao najvažnija. Drugim riječima nijedna neće htjeti da ustupa pred drugima. To slijedi već iz isključujuće i sveopće tendencije prava. Svi ovi zakoni su pravo, svaki od njih pretstavlja najbolje rješenje zadane situacije pomoću pravnih kategorija. Sa stajališta pozitivizma izjednačivanje zakona nije moguće. To bi slijedilo iz onoga, što smo označili kao jednu karakteristiku pozitivizma. Momenat ocjene, kritike, politike stoji kod pozitivizma u procesu donošenja zakona vremeo, a pogotovo stvarno na prvom mjestu. Svaki zakon odgovara političkoj koncepciji, koja je postojala u vrijeme njegova postanja. Stvaranjem zakona koji ovoj koncepciji odgovara nastoji joj se osigurati opstanak, učiniti je trajnom, vječnom. Sa stajališta čistog pozitivizma i nema novih zakona u pravnom značenju riječi. Temeljni zakon, polazna hipoteza je granica koju se ne smije prekoračiti. Novi zakon nastaje nutarnjom mehanikom postojećeg zakonskog sistema. Radi se o izgrađivanju sistema, o preciznijim formulacijama, a ne o novom idejnom sastavu, o novom smislu zakona. Moglo bi se kazati, da pozitivizam kao dovršena koncepcija dopušta samo noveliranje sistema i zakona, a ne dopušta i novih zakona. Svaki novi zakon pretpostavlja i novu političku koncepciju koja se od postojeće razlikuje bar u nekim bitnim momentima. Svaka nova i poznata politička koncepcija može ali da posluži kao podesan osnov za djelotvornu, zapravo zakonotvornu kritiku postojeće koncepcije. Neizbježiva posljedica bi bila da bi zatvoreni krug pozitivizma bio probijen.

Kao jedino moguće stajalište kod izjednačivanja zakona preostaje ono prirodnog prava. Ono obraća svoju pažnju materijalu, koji ima zakonsku formu ispitujući u nekom pogledu njegovu ispravnost. Ono kritički posmatra zakone, njihov smisao i cilj sa određenog osnova svoje političke orijentacije. Ova orijentacija će biti mjerilo, kojemu moraju da odgovaraju zakoni koji se imaju da izjednačuju. Izjednačenje biće postignuto onda, kada će svi zakoni o kojima se upravo radi po svojoj osnovnoj koncepciji odgovarati koncepciji zakonodavca. Pri tom se može postupiti i tako, da se izdvoji iz svakog zakona ono što odgovara stajalištu zakonodavca, a ostalo zabaci. Time bi se došlo do izjednačenog materijala i cilj bi bio postignut. Rekli smo naime, da je osnovna koncepcija ona, koja prevladava,

ali uz nju našle su u konkretnoj zakonskoj stilizaciji svoj izražaj u nekoj mjeri i druge političke koncepcije. Putem ovih bi se dala uspostaviti veza sa stajalištem zakonodavca koji izjednačuje, jer ni njegovo stajalište pobliže posmatrano nije strogo jedinstveno.

Kada je tako utvrđeno načelno stajalište zakonodavca, koji izjednačuje zakone, preostaje još da ogledamo uslove, pod kojima radi i ciljeve za kojima ide. Radi se o stvaranju države iz dijelova koji su pripadali drugim državama ili bile samostalne države. Stvaranje države je organizovanje države, a pravo je nedvojbeno najpodesnije sredstvo za ovu svrhu. Stvaranjem jednog prava garantuje se opstanak i razvoj države. Pri tom ne treba da organizacioni proces pretstavimo tako kao da država izjednačujući pravo hoće da poveže neke posve nepovezane razrožne dijelove. Ovakav posao bi bio uzaludan. Kazali smo, da prije prava ne postoji haos, nego svijet kojim upravljaju političke norme. Po tom ako ne postoji politička povezanost — povezanost ne kao činjenica, nego kao normativa ideja — bezizgledna je i pravna. Upravo ova politička povezanost značajna je za pojam naroda. Cilj zakonodavca koji izjednačuje biće po tom ostvarenje političke koncepcije naroda stvaranjem i jačanjem državne organizacije. Izjednačivanjem zakona svakako se pospješuje i jača organizovanje države koja je opet uslov za dalji razvoj naroda i njegove kulture. Stoga treba u prvom redu stvoriti državu kao najjaču moguću narodnu organizaciju, a ova će opet omogućiti narodu razvijanje kulturnih sposobnosti na sopstveni način. Dva cilja ima po tom zakonodavac koji izjednačujući zakone organizuje državu. Prvi bliži ide za tim, da stvori najbolju moguću organizaciju a drugi dalji ide za ostvarenjem narodno-kulturnih osebina. Stvarno prvi dolazi prije drugoga, ali vremenski može se zamisliti i obrnuti odnos, a svakako se ciljevi mogu ukrštavati. Može naime pitanje najbolje i najbrže organizacije, da se sukobljuje sa zahtjevom da se imadu ostvariti u prvom redu i isključivo narodno-kulturne osebine. Samo u vanredno povoljnim prilikama mogu se ova dva cilja ostvariti uporedo. Ukoliko bi nastao spor glede pitanja, koji se cilj ima realizovati prije, to nema dvojbe, kako će se ovaj spor riješiti. U prvom redu stoji interes, da se organizuje država, da se ona ojača, sve ostalo dolazi iza toga. To je uslov da se razviju narodno-kulturne osebine. Bez narodne države nema ni mogućnosti, da ove osebine nađu svoj adekvatni izražaj. Pri tom se dašto ne smije da pušta iz vida da ove osebine igraju odlučnu ulogu već kod samog organizovanja države. Izjednačivanje zakona posljedica je ovih osebina i zbiva se u skladu s ovima. Zapravo ova dva cilja koja hoće da ostvaruje zakonodavac kod izjednačivanja zakona predstavljaju njegovu primarnu političku organizaciju. Izjednačivanje

zakona samo je sredstvo narodne politike za stvaranje nacionalne države.

Za ispravnost ovog stajališta možemo da nađemo potvrdu i u historiji. Recepcija rimskoga prava u njemačko-rimskom carstvu bila bi posve neshvatljiv događaj, kada ne bi zadaća organizacije države bila za zakonodavca prva i najviša zapovijed. Kako bi se mogla opravdati činjenica da neka država odbacuje svoje narodno pravo ili ovo bar zapostavlja i uvada tuđe pravo, koje o narodnim osobinama ne vodi računa uopće ili bar ne u dostatnoj mjeri? Pretpostava za to jest da se tuđe pravo u svojoj cjelini prikazuje kao bolje sredstvo za organizaciju i stabilizaciju države, nego li narodno. Historijska situacija bila je takova, da se nije moglo sačekati da narodno pravo postigne onaj stepen socijalne egzaktnosti, da bi garantovalo egzistenciju i razvijanje države. Prijetilo je raspadanje carstva, političko-pravna invencija naroda je zatajila, trebalo je naći sredstvo koje će momentano kočiti raspadanje. Osim toga politička koncepcija rimskoga prava, kao prava imperije bila je — bar kao ideal — najbliža koncepciji njemačko-rimskoga carstva. To su bili vjerovatno najvažniji razlozi recepcije rimskoga prava, događaja nedogledne važnosti. Recepcija tuđega prava imala je da izliječi bolesno carstvo. Ona je imala da posluži kao zaštitni povoj ispod kojega će bolesno narodno tijelo imati vremena da ozdravi. Pod zaštitom rimskoga prava, služeći se njegovom nedvoumnom političkom koncepcijom, njegovim egzaktnim pravnim pojmovima razviće se moćna država. Ova će opet biti uslov i garancija, stvoriće mogućnost da se slobodno razviju narodno-kulturne osebine napose u pravnom pogledu. Narodno pravo zapostavljeno je tuđemu pravu, ali sa ciljem da se narodnom pravu u budućnosti zajamči nesmetano razvijanje.

Ovaj primjer olakšava odgovor na pitanje, kakav stav treba da zauzme zakonodavac prema t. zv. narodnom pravu? Da li on izjednačujući zakone mora pod svaku cijenu da uvažuje elemente narodnog pravnog shvatanja? Da li je čas unificiranja zakona podesan čas za stvaranje narodnog prava? Na prvi pogled se čini da bi to odista bio najkraći, najbrži i najsvrsishodniji postupak. Zakonodavac u novoj — ili obnovljenoj — državi upotrebljuje prvu priliku da narodnom pravu osigura pobjedu. Čini se da bi to bez dvojbe bila njegova dužnost. Ali kad pobliže promislimo stvar, javljaju se protivrazlozi. Egzistencija naroda vezana je uz egzistenciju države. Prva je narodna potreba organizovanja države. Izjednačivanje zakona služi ovoj potrebi. Unifikacijom se naime razni zakoni jedne struke dovajaju u sklad sa političkom koncepcijom narodne države. Cilj je ove djelatnosti brže organizovanje snažne države. Izjednačivanjem ne radi

se još na stvaranju narodnog prava nego na stvaranju narodne države. Pravo stvoreno putem izjednačenja nacionalno je samo u toliko, koliko služeći kao uspješno sredstvo narodne politike za organizovanje nacionalne države pretstavlja neophodni uslov za stvaranje nacionalnog prava.

Zašto je zadaća stvaranja nacionalnog prava u času osnivanja države spojena sa teškoćama? Zato jer ovakovo nacionalno pravo u času stvaranja nove države još ne postoji, jer bi stvaranje nacionalnog prava u ovom času moglo kočiti stvaranje nacionalne države i konačno jer se nacionalno pravo ne stvara proizvoljno. Ovo pravo stvara narod organizovan u narodnoj državi, organizacija države je uslov za stvaranje narodnog prava. Kako bi se uopće moglo izjednačiti pravo nacionalizovanjem? Svako od zatečenih prava toliko je obzirom na novu državu nacionalno, koliko i nenacionalno. Do nekog stepena udovoljilo je ono narodnim potrebama pojedinog dijela nove države, do nekog stepena udovoljuje i potrebama naše države. Nikako međutim ne udovoljuje organizacionim potrebama nove države. I kada bi uzeli da u jednom dijelu nove države postoji čisto nacionalno, samoniklo pravo, bilo bi još pitanje, da li se ono može prihvatiti kao nacionalno pravo nove države, koja pretstavlja novu nacionalnu kulturnu jedinicu. Radi toga je razumljivo, da je recepcija tuđega prava prihvaćena kao najuspješnije sredstvo za unifikaciju prava i organizaciju države. Pod tuđim pravom razumijemo i ono pravo, koje je možda važno u jednom dijelu nove države. Ali tuđe pravo ne preuzima se u ulozi gospodara, nego u ulozi sluga. Ono ima da služi potrebama nove države. Ono ima da posluži kao sredstvo za organizaciju nove države i samo koliko je podesno za ovu svrhu ima se preuzeti. To je važan uslov na koji treba dobro pripaziti, jer tu postoji neka opasnost. Putem tuđega prava mogle bi se naime ušuljati i tuđe političke koncepcije. Treba biti na oprezu da tuđe pravo ne dođe u novu državu u ulozi vladara. Preuzimajući tuđe pravo ne smije se preuzeti i njegova politička koncepcija ukoliko je ona državna, koja preuzima strana. Jer uslijed političke dinamike prava preuzimanje tuđeg prava, kao sredstva za izjednačavanje znači uvijek u nekom pogledu i izjednačavanje sa pravom države — moglo bi se kazati sa onom državom — od koje je pravo preuzeto. Preuzimanje moglo bi tako da znači u zadnjem redu promicanje ciljeva države od koje se preuzima, koji opet mogu da budu opasni po državu koja recipira na pr. imperijalistički. Zato se smije recipovati — kako smo već naglasili — samo ono pravo, koje se tačno pokriva sa političkim osnovima države, koja preuzima ili pravo, koje je uspjelo posvema depolitizovati i preložiti na osnov nove države ili konačno pravo

mrtve države. Ne smijemo da zaboravimo, da je njemačko-rimsko carstvo preuzelo rimsko pravo kao pravo države, koja nije više postojala. Pitamo li se na pr. da li bi bilo uputno kada bi neka država u cilju da izjednači pravo preuzela možda u cijelosti pravo, koje je važno u Njemačkoj 30 januara god. 1933 i onda, kada bi ova država bila na dohvatu egzpanzije njemačke republike? Mislim, da opasnost ne bi bila suviše velika. Politički osnov njemačke države nakon ovog datuma posve je izmijenjen, u tečaju je proces transponovanja čitavog pravnog sistema na novu političku bazu, zabacuje se rimsko pravo i naglašuje, da je došlo vrijeme stvaranja novog gotsko-germanskog prava. Utoliko bi se o prijašnjem pravnom sistemu moglo govoriti kao o pravu sa mrtvom političkom bazom.

Ali izjednačavanje prava preuzimanjem tuđeg prava ne znači internacionalizovanje prava. Nasuprot ovo je stvaranje uslova za novo nacionalno pravo. Dašto da je svako pravo u nekom pogledu internacionalno, jer rješava situacije, probleme, koji su socijalni, koji postoje u svim državama. Ali unatoč tome pokazuje ipak specifične nacionalno-kulturne osobine. Većina pravnih pojmova ima internacionalno značenje modificirano ipak posebnim nacionalnim shvatanjem. Ali za nacionalnu državu kao kulturnu jedinicu upravo je ovo posebno shvatanje odlučno. I čovjek — pogotovu kao pravni subjekt — je „intersocijalni“ pojam. Ljudski interesi se velikim dijelom poklapaju. Ali zato i u društvu postoji pojam ličnosti, individua, a znamo da čovjek kao ličnost postoji samo jedanput i nijedno još toliko normativno shvatanje ne može da posvema mimoide ovu činjenicu. I država kao socijalno-pravna pojava je internacionalni pojam, ali zato postoje ipak fašistička, nacionalno-socijalistička, socijalno-demokratska, demokratska, komunistička itd. koncepcija države koje se bitno razlikuju. Pravo kao zasebno normativno područje, shvatano kao apstraktna forma socijalnog ponašanja moglo bi se zamisliti kao internacionalno, prosto od svake nacionalne note. Vidjeli smo međutim da je svako pravo uvjetovano političkom koncepcijom, političkim normama koje su očito vezane na nacionalnu državu koja pretstavlja posebnu kulturno-političku, a potom i pravnu koncepciju. Morala bi po tom da postoji i univerzalna politička koncepcija, internacionalni narod sa narodnom politikom izrađenom u pojedinostima po uzoru nacionalne politike. Onda bi zadaća internacionalizovanja svih grana prava postala hitnom. Ali ovaj čas još nije došao. Univerzalno, sveopće pravo još je daleko od svog ostvarenja, radilo se pri tom i samo o jednoj grani prava. Uostalom nikome nije kod izjednačavanja prava ni lebdio pred očima kao konačni cilj internacionalizovanje prava. Išlo se za tim, da se izjednači pravo unutar države. Pri tom se pošlo putem najmanjeg otpora to jest

odluka je padala u korist onog prava koje je — ma i ne bilo nacionalno — na današnjem teritoriju države pretežno vladalo. Kao drugi kriterij služio je stepen kulturnog razvoja prava a kao opći sposobnost odnosnog prava kao organizacionog sredstva. Stvaranje i jačanje organizacije podjedno je i posljednji cilj svakoj unifikaciji prava. Radi se o tom, da se oslobode socijalne i narodne energije u cilju stvaranja nacionalnog prava, koje će uvijek biti i socijalno i u nekom pogledu internacionalno. Naglašavanje nacionalne note svakog prava ne stoji ni u kakvoj opreci sa pojmom internacionalnog prava koje uređuje odnose između nacionalnih država. Ono već po svom nazivu pretpostavlja nacionalno pravo.

Dašto ne smije biti ni govora o tom da bi se unifikacijom zakona stvorilo a nacionalno pravo. Unifikacijom stvoreno pravo bilo bi anacionalno kada bi se ono protivilo političkoj koncepciji države i kada bi ono bilo smetnja za razvijanje novog nacionalnog prava. Svakako se mora kod unifikacije prava paziti da se preuzimanjem tuđeg prava ne udaljimo suviše od nacionalnih pravnih zametaka, koji postoje. Recipovano tuđe pravo mora da odgovara nacionalnim pravnim interesima. Moraju se ponajmanje ispraviti pogriješke i ispuniti praznine sadržane u pojedinim partikularnim pravima koje su nastale uslijed toga, što se kod stvaranja ovih stranih zakona nije u prvom redu gledalo na posebne potrebe našeg naroda. Stari zakoni imali su naime često u prvom redu pred očima interese, koji su se od narodnih odnosnih područja znatno razlikovali. Interesi naših narodnih područja bili su sa gledišta ovih zakona često periferni a ne centralni. S njima se računalo tek mimogred. Mnogi od ovih nedostaka otpašće već uslijed okolnosti, što su nacionalni interesi sada došli u središte, što je izmijenjena osnovna politička koncepcija. Periferni interesi postali su centralni. U slučaju dakle, kad su dosadanjim zakonima iste prilike uređene na razne načine, postoji mogućnost, da se izabere razmjerno najadekvatniji način, odnosno da se urede zakonski i one situacije koje je strani zakonodavac iz nepoznavanja prilika ili namjerice ostavio nesređene. Tako se i kod izjednačivanja zakona preuzimanjem tuđih prava može da pazi na pojedine narodne interese. Granica za ova nastojanja biće smisao i sistem zakona, koji se prihvaća. Preuzeti zakon smije se — uvažujući pojedine narodno-pravne momente — mijenjati samo do te mjere, da promjene ne ugroze misaonu cjelinu novog zakona. Ako uslijed novih umetaka — izvršenih i u najboljoj namjeri — preuzeti zakon gubi svoju jedinstvenost i sljedstveno svoju organizacionu moć — onda bi se doista moglo da govori o anacionalnom pravu. Ovakovo naime pravo ne odgovara više ni interesima države ni interesima naroda.

Pri tom treba imati uvijek na umu, da se nijedna politička koncepcija ne može do kraja pretvoriti u pravo. To se uostalom razumije po sebi, jer su to dva različna socijalno-normativna područja, koja do neke granice teku uporedo. Izravni odnosi stoje između prava i politike tek toliko, što pravo preuzima svoj materijal od politike do nekog stepena već obraden, oblikovan. Ciljevi politike idu dalje od ciljeva prava. Politika nikada ne miruje, ona je bujnija, manje racionalna od prava. Pravo je opet stalnije, racionalnije, ono svojim trijeznim, svagdanjim mišljenjem predstavlja granicu za političke fantazije. Politici kojoj nije uspjelo da se ma i jednim dijelom pretvori u pravo oduzeta je mogućnost, da se ostvaruje, politika, koja se u cijelosti pretvorila u pravo — pretpostavivši to kao moguće — osuđena je da umre. Između ovih suprotnosti kreće se svijet prava i politike. Mogli bi se pitati, koja je sudbina politike koja ne ulazi u pravo? Jedan njezin dio ulazi u zakone pridržajući svoju političku prirodu. Zato možemo da razlikujemo pravne i političke elemente zakona. To su podjedno statički i dinamički elementi prava ukoliko su sadržani u pravom razmjeru. Ovaj razmjer je važan i kod izjednačivanja zakona. Statički elemenat služi za osiguranje države, a dinamički za osiguranje razvoja narodne kulture.

О заблуди, превари, принуди
и менталној резервацији по
Српском грађанском закону

од

д-ра Нинка Перића,

бившег професора београдског Универзитета и Министра правде,
Народног посланика и претседника финансијског одбора Народне скупштине

Београд

Позиву другова д-ра Ивана Мауровића, професора права на загребачком Универзитету, тим се радије одазивам, што сам, још одавна као професор београдског Универзитета предавао грађанско право, био сам му, дакле, друг по струци. А и доцније као Министар правде са њиме сам сарађивао, јер је био члан Сталног законодавног савета у Министарству правде. И на крају, као први референт господина Претседника Министарског савета у Врховном законодавном савету имао сам част опет са њиме да сарађујем јер је и он био члан тога Савета.

Мислим да су ови изводи из мојих „Основа грађанског права“ још и данас од интереса, јер је ту говор о најоскуднијим и уједно најспорнијим одредбама, рекао бих, Српског грађанског законика.

І Зablуда.

Грађански закон у § 537 вели: „При уговору страшење, лаж, превара и обмана употребљена никоме не помаже, но шта више одмаже. Такав уговор не само не постоји, но и накнада оштећеном тим начином припада“! Сем тога у § 937 вели: „Ко мисли да има право:... захтевати уништење уговора плашњом или пометњом закљученога, где с противне стране није било лукавства, тај мора за три године то код суда захтевати, иначе ће му право застарети“.

Као што се види § 537 помиње „обману“ као узрок са којег се уговор и уопште правни посао може поништити. Ту реч „обмана“ треба разумети као заблуда тј. несвесно неслагање воље и изјаве поводом једног правног посла, али које није изазвано с планом од друге стране, с којом се правни посао закључује („где с противне стране није било лукавства“), јер ако је то несвесно неслагање изјаве и воље једног лица изазвано намерно од друге стране, онда имамо превару, а њу помиње засебно исти § 537 Гр. зак. Закон би боље урадио да је поменуо заблуду а не обману, јер обмана може да значи исто што и превара; само би реч „самообмана“, где нема лукавства с друге стране могла бити

исто што и заблуда. Али да је закон овде мислио на заблуду, говорећи о обмани, види се и по томе што превару помиње напосе, а сем тога што § 937 тачно дефинише заблуду (називајући је „пометњом“).

Грађански закон помиње заблуду још на два места. У § 93 т. 6 вели: „Узроци због којих се брак уништава... Ако је друго лице подметнуто, и невина страна докаже да знати није могла, и да је одмах, како је дознала тужила се“; а у § 858 вели се: „Ако би се стране при поравнању превариле у лицу, или у самом предмету, ни онда поравнање не стоји“.

Као што се види у својим општим прописима закон није тачно дефинисао заблуду, њен се појам види тек из § 937, али, што је још важније, он није предвидео која ће заблуда имати утицаја на уништај правног посла.

Заблуде могу да буду разне врсте. Она може бити у погледу, природе правног посла. Такав је случај када некоме дам књигу на послугу или оставу, а он схвати да му је поклањам. Ту не постоји сагласност воље у погледу природе правног посла и прималац је у заблуди схватајући да му се књига поклања. Заблуда се може односити на идентитет ствари, која је предмет правног посла (*error in corpore*). Један тестватор има намеру да остави некоме у наслеђе једну ствар, па се покаже да се преварио и оставио му другу ствар, купац и продавац се не споразуму тачно о предмету куповине и продаје итд. Заблуде даље може бити у погледу супстанције самог предмета правног посла (*error in substantia*). Купим на пр. један суд мислећи да је сребрн а он је у ствари само посребрен. Заблуда може постојати и у мотиву правног посла. Купим на пр. коња мислећи да је мој угинуо, па се покаже да ми је коњ жив. Заблуда се може односити на један правни пропис (правна заблуда, *error iuris*). Тако на пр. ја извршујем тестаменат једног лица које има свега 14 година не знајући да лице од 14 година не може правити тестаменат (§ 427 Гр. зак.). Најзад заблуде може бити и у погледу лица (*error in persona*). Ја продајем једну ствар Петру мислећи да је то Павле. У свима овим случајевима заблуда нема исто дејство, и закон је требао да определи које ће заблуде изазвати уништење правног посла. Код закључења брака види се да се брак ништи ако постоји заблуда у личности, код поравнања, ако се заблуда односи на лице или предмет (§§ 93 и 858), али опште одредбе — §§ 537 и 937 не говоре ништа о томе. Према томе би изгледало, као да се, по нашем закону, сваки правни посао може поништити ако је закључен у заблуди ма о којем делу правног посла али у ствари

није тако. Има заблуда споредних које не могу никако утицати на важност правног посла. Ако ја као књиџар продам књигу Петру мислећи да је то Павле, то нема никаква значаја за постојање дотичног правног посла продаје и куповине.

Отуда страна законодавства класификују заблуде, и једнима дају то дејство да се може правни посао поништити, а другима не. Најобичнија је та класификација на битне и небитне заблуде. Битне би заблуде имале дејство на важност правног посла, а небитне не.¹⁾ Тако би битне биле заблуде о природи правног посла, о идентитету ствари и др. док би заблуде о личности биле само изузетно битне, и то само онда ако се дотични посао не би закључио да се није имало у виду одређено лице (послови *intuitu personae*). Заблуда у мотиву би била небитна и без утицаја на правни посао. Заблуде би требао и наш законодавац овако да класификује те само да извесне заблуде могу утицати на важност правног посла. Ми морамо у пракси, у суду, о тој класификацији водити рачуна иако закон о томе не говори, јер апсурдно би било и по нашем закону тражити поништај уговора о куповини коња стога што је купац мислио да је његов коњ угинуо, а то није било у ствари.

Према наведеном § 937 сваки правни посао, закључен у заблуди, може се поништити. Он дакле није ништав по себи, већ је само рушљив или оборљив. Зависи од лица, које би било у заблуди да тражи уништење тога посла, а уништај се може тражити у току од три године рачунајући од дана закљученог правног посла, а не од дана кад лице сазна да је било у заблуди, што није правилно.²⁾ Накнаду за штету то лице, које је било у заблуди, не може тражити, јер се други део § 537 односи само

¹⁾ Црногорски законик у чл. 911 вели: „Заблуда је или погрешка о суштини, кад се уговорник превари о ствари, која дубоко засијеца у природу уговора или какве чињенице (ствари) без које не може да буде, кад пак тога нема заблуда је о узгредници. По томе заблуда је о самој суштини кад је на пр. било различна мишљења и воље у уговорника о врсти уговора (један мислио да купује, а други да у најам даје); али заблуда није о суштини кад се уговорник превари само о томе, како се уговор називље. У опште о суштини је заблуда, кад се она тиче саме ствари о којој је уговор, или о каквој њезиној особини која јој мијења природу; напротив није о суштини кад је заблуда само о каквој случајној особини омањег замашаја“. Аустриски грађ. закон такође дели заблуде на битне и небитне (§§ 870—873 и §§ 570—571) као и Немачки (§§ 119—122).

²⁾ Нем. грађ. закон дозвољава тужбу за поништај посла у заблуди у року од 30 година од дана изјаве воље у заблуди, али се поништај мора тражити одмах чим дотично лице сазна да је било у заблуди.

на принуду и превару, али би оно по општим принципима морало накнадити другој страни штету, коју би ова раскидом уговора претрпела без икакве своје кривике (§ 800 Грађ. зак.).

II Превара.

Превара (*dolus*) се битно разликује тиме од заблуде што је изјавилац воље намерно наведен да учини једну изјаву, коју он иначе не би хтео. Ту је изјава воље произведена недопуштеном радњом једног лица. Иначе и то је несвесно неслагање воље и изјаве. Превара претпоставља дакле намерно изазивање погрешне преставе код једног лица у погледу садржине или мотива изјаве воље.

Грађански закон у § 537 само помиње превару, али не даје њену дефиницију. Остаје тумачима закона да тај појам тумаче онако како нас на то упућује сам смисао дотичне речи и како сама наука даје дефиницију преваре. Углавном по § 537 правни посао преваром закључен не важи и штавише преварено лице може не само тражити поништај тога посла већ и евентуално претрпљену штету. Закон није предвидео рок, у којем се може тражити поништај тога посла, као што је учинио за заблуду и по § 930а. Значи да право ово застарјева тек после 24 године. То се уосталом може назрети и из § 937 где се помињу за краћу застарелост од три године само послови у заблуди закључени, у којима „с противне стране није било лукавства“. Код преваре пак обратно с противне стране има лукавства и потребан је дужи рок за застарелост овога права.³⁾ Посао је, дакле, овај, у превари закључен, само рушљив или оборљив.

Спорно би било питање: да ли је рушљив посао, ако превару није изазвала друга уговарајућа страна, већ неко треће лице Ђорђе Павловић пристајући уз Потје-а изгледа да сматра да се тад не може тражити поништај правног посла;⁴⁾ Лазар Марковић мисли да је боље узети, да се и тада посао може поништити, а да друга страна, која није знала за превару може тражити накнаду штете.⁵⁾ Ми мислимо да се уопште у овом случају погрешно говори о превари, јер њу ни једна ни друга страна није изазвала. То што је неко трећи једну странку пре-

³⁾ Нем. грађ. закон захтева да се тужба за поништај правног посла мора подићи у року од године дана од кад лице сазна да је преварено, али ако је прошло 30 година од дана изјаве воље тужба застарјева — § 124.

⁴⁾ О обвезностима и уговорима уопште, 2 издање, Београд 1892, стр. 304.

⁵⁾ Грађанско право, прва књига, 2 издање, Београд 1927, стр. 235.

варом навео да закључи један правни посао може само довести дотле да се говори о заблуди, у коју је једна странка пала услед махинација неког трећег лица, али не о превари, јер појам преваре обухвата неопходно то да је противна уговарајућа странка обманула и довела у заблуду свога уговорача. Према томе то би се питање решавало по принципима који важе за заблуду. Обавезе трећег лица које је превару учинило на накнаду штете остале би у важности. Али се не може тражити накнада од уговорача.

Превара, да би имала утицаја на важност правног посла, треба такође да је такве природе да се иначе, без ње, дотични правни посао не би закључио. Она треба да је имала одлучујуће дејство на изјаву воље. Према томе и превара би могла бити класификована, ма да о томе наш закон не говори ништа. У теорији се прави разлика у томе: да ли је превара такве природе да се правни посао не би закључио (*dolus causam dans*), или кад су преваром ушли у правни посао само неки модалитети (*dolus incidens*) па се мисли да се у првом случају може тражити поништај целог правног посла а у другом пак само накнада диференције вредности истинитог и обманутог посла.⁶⁾ Превара сама по себи има јаче дејство на уништење правног посла од просте заблуде. Превара је квалификована заблуда утолико што је код преваре заблуду изазвала друга уговарајућа страна. Према томе и заблуда у мотиву, кад је она резултат недозвољених махинација друге стране, повлачила би рушљивост правног посла.

III Принуда.

Принуда (*vis*) је такође један случај где се воља једног лица не слаже са изјавом истог лица у погледу закључења једног правног посла; и то је свесно неслагање воље и изјаве. Изјава воље је код принуде учињена уопште под притиском физичке (*vis absoluta*) или моралне (*vis compulsiva*) силе. Такав је случај кад се са оружјем у руци неко принуди да потпише извршан акт, као и кад то исто постигне претећи му каквим озбиљним злом. О принуди говоре исти поменути §§-и 537 и 937 Грађ. зак. под именом „страшења“ и „плашње“. Према тим одредбама и правни послови закључени под принудом рушљиви су; принуђена страна може тражити уништај посла у року од три године.⁷⁾

⁶⁾ А. Ђорђевић, Систем приватног права, прва књига, друга половина, стр. 91. Ту разлику прави и црногорски законик (чл. 518).

⁷⁾ Црногорски закон у чл. 907 вели: „Уједињена, слободна и истинита воља свијех уговорника, прави је и главни темељ сваког уговора“. — Чл. 908

Закон нема ближних одредаба о томе: шта је то принуда, на који се начин она чини и под којим се условом она карактерише као принуда. Али сам појам принуде изискује два главна услова да би она могла бити узрок за поништај правног посла. На првом месту зло, којим се принуђени изазива на посао треба да је такве природе да се може рећи да је озбиљно, или бар да је за дотично лице било озбиљно; да је непријатност која се принуђеном намеће неизвршењем акта, толика да се он под тим утицајем само и решио да посао изврши. Неозбиљне, шаљиве и безначајне претње не могу се узимати у рачун. При томе се имају у виду личне особине принуђеног лица. Римско је право било у том погледу строжије. Оно је тражило да је принуда била такве природе да је могла и најкуражнијег човека поколебати. Под принудом не треба разумети само пресију вршену директно на принуђено лице, већ и ону, која се на њ врши индиректно претњом према његовој породици и др. Да ли је пак страх основан или не, то је једно фактично питање, које суд има да реши. Црногорски закон даје судији у том погледу извесна упутства.⁸⁾ Претња може бити основ поништаја правног посла и кад се односи на част и достојанство људско, а не само на живот, здравље, слободу и имање.⁹⁾ На другом месту радња, којом се неко принуђава на извешан правни посао, треба да је противправна, забрањена. Ако поверилац прети забраном дужнику то не би била принуда.

гласи: „Ништа није тако противно и убитачно вољи, као што је насиље и озбиљно плашење. По томе, уговор на који је неко насиљем или озбиљним плашењем нагнан да пристане, нема никакве снаге ни вриједности“. — Чл. 518 вели: „Кад би ко му драго једну страну насиљем или озбиљним плашењем (чл. 908—909) на уговор нагнао, таки уговор ту страну никако не везује. Ако би пак само за какав узредни углавак или одредбу уговора било насиља или плашења, тада страну која је против воље пристала, не везује таки углавак, али уговор у главном остаје тврд“. Даље чл. 523 предвиђа да се тужба за поништај уговора због принуде, преваре, заблуде и др. има тражити у року од 6 месеци у случају насиља од дана насиља, а у случају преваре и заблуде од дана кад дозна ова страна да је преварена или да је била у заблуди. — Видети поменути § 124 Нем. грађ. зак. који даје исти рок као и код преваре.

⁸⁾ Чл. 909 (друга ал.) гласи: „Разбирајући да ли је пријетња озбиљна треба гледати, ко је онај ко пријети, ко ли је онај коме се пријети; је ли мушко или женско, којих је година, које је снаге и моћи; као и све друге прилике, особито прилике мјеста и времена, величине и близине зла којим се пријети“.

⁹⁾ Црногорски закон то изрично вели у чл. 909 (прва ал.): „Пријетња која задаје озбиљан страх, бива кад је зло којим се пријети право и замашно зло, и кад се онај кога плаше може, према приликама, разложито бојати, да ће се зло скоро догодити, њему самоме или коме његову. Тако је зло не само оно које пријети људскоме животу или здрављу, него и оно које се тиче људске части и имовине“.

Код питања принуде не прави се разлика да ли она долази од друге уговарајуће стране или од неког трећег лица, као што се то чини код преваре. Разлог је тај што се од принуде теже брани, но од преваре. Жртва принуде не може да се друкчије зла спасе до да учини извесну изјаву воље, жртва преваре је то могла, само са мало више пажње и обазривости.

Послови закључени под принудом су рушљиви или оборљиви, то се види из §§-а 537 и 937 Грађ. зак. Сматрамо да је неумесно разликовање, које се појавило у теорији,¹⁰⁾ а по коме да су они послови, код којих је употребљено физичко насиље, ништавни, а не рушљиви, а да само су они рушљиви, који су изазвани страхом од неког зла. Наш закон не зна за ову деобу, а мислимо да ни *de lege ferenda* не треба да се прави то разликовање.¹¹⁾

IV Ментална резервација.

Нарочити случај свеснога неслагање воље и изјаве је ментална резервација. Код менталне резервације изјавилац воље намерно чини једну изјаву да нешто хоће, а у ствари он то неће. Грађански законик нема о томе одредаба, али је јасно да једна изјава воље не може бити ништавна зато што је изјавилац у себи мислио и говорио, да он неће оно, што изјављује да хоће. То изрично предвиђа Нем. грађ. закон (§ 116), а из § 537 Грађ. зак. могло би се то тумачење посредно добити. Менталном резервацијом изјавилац иде на неку врсту преваре а превара „никоме не помаже“ (§ 537). Ментална резервација нема дакле никаквог утицаја на важност правног посла, који се изјавом закључује.

Законодавство би ипак морало водити рачуна о тим случајевима где се изјава воље чини у шали, поуци и др. када и прималац изјаве може лако видети неозбиљност изјаве воље.¹²⁾ Па кад законодавац о томе није водио рачуна, морамо ми у пракси, у суду, о томе, а придржавајући се општих начела о правним пословима и о неслагању воље и изјаве, водити рачуна.

¹⁰⁾ Лазар Марковић, I. с., стр. 215.

¹¹⁾ О заблуди, превари и принуди види §§ 869—877 Аустр. грађ. зак. Ове ће одредбе корисно послужити допуњавању одредаба нашег Грађ. закона о заблуди, превари и принуди, разуме се у границама правила о тумачењу закона.

¹²⁾ Немачки грађ. закон изрично вели: „Ништава је изјава воље која није учињена озбиљно ако се да познати да она има карактер неозбиљан“ — § 118.

Iz Strossmayerove korespondencije
1862

od

d-ra Ferde Šišića,
profesora Universiteta
Zagreb

U Strossmayerovoj korespondenciji iz godine 1862, a koju spremam za štampu među edicijama Jugoslovenske akademije, ističu se dva osobita biskupova pisma. Jedno je odgovor županiji riječkoj na njenu molbu, da joj Strossmayer bude kum kod posvećenja nove županijske zastave i grba, a drugo je pismo što ga je sam biskup poslao iz vlastite inicijative odboru tada novoosnovane „Matice Dalmatinske“ u Zadar. Molbu riječke županije čitavu je od početka do kraja sastavio tadašnji njezin „nadbilježnik“ (veliki bilježnik) d-r Ante Starčević, što tome dokumentu daje naročit historijski značaj. Tako su isto i oba Strossmayerova pisma od historijskoga značaja; u njima se ispoljava sva ljubav biskupova za Rijeku i Dalmaciju, a naročito ističe želja i nada, da se Dalmacija sjedini s ostalim čestima našega naroda u jednu cjelinu.

Baš ovaj historijski značaj ove prepiske razlog je, što je iznosim već sada u ovom zborniku, posvećenom milom mome kolegi, zaslužnome prof. Ivanu Mauroviću, čiji su patriotski osjećaji vazda bili onakovi, kakovi izlaze pred nas iz ovih pisama još iz godine 1862.

1 Riječka županija biskupu Strossmayeru.¹⁾

Na čl. 42.

Na Rijeci 19 febr. 1862.

Preuzvišeni gospodine,

Čime su težje okolnosti u kojih narodi živu, time su redji, pa i s toga svesrdnie štovani otačbenici. Višnji, prepustjajući na hervatski narod pasti nevoljah, daje ovome narodu takoder muževah, kojih znanjem i pomnjom olakšivaju se nesgode vremena, te se u supor svim čovečjim zaprekam, razvija razuman napredak u našem narodu, kog bog drugda oštro pedepsivajuć, itako vazda svojim blagoslovom prati, vazda svojim desnicom zaštitjuje.

¹⁾ Poznato je, da je Ante Starčević imao svoj osobiti pravopis i način pisanja. Zato sam — izuzetno — i jedno i drugo ostavio onako, kako je sam autor pisao.

Vašemu, preuzvišeni gospodine, otačbeničtvu zahvaljuje naš narod ponajviše i današnju polakšicu u obćenju i sastajanju municipalnu, polakšicu, koja je narodu ono, što suza razcviljeniku, polakšicu, koja danas samo kao vrutak romoni, nu iz koje se — nada nam je, ako bog dađe i narodna snaga — bude velika reka slobode, sreće, ustavnosti razliti.

Po otačbeničkom zatočničtvu Vaše preuzvišenosti ponovljene su županie u našoj kraljevini, te na mesto nekadašnje županie Severinske uzkersnula je naša župania Rečka. Ona župania, buduć ju tudjinstvo zaverglo i odgojivalo, za zlu kob imadiaše i gerb i zastavu više tudju negoli narodnu. S toga mi uz privoljenje najviše domaće oblasti, preuredismo ona oba znaka naše županie tako, da oni buduć u njih spojena uspomena slavne prošlosti sa sadašnjostju, pod upravom duha narodnoga, naše obstojateljstvo i našu zadaću najjasnije predočivaju.

I jer želimo deržati se sveta nam običaja otacah naših, koji k svakomu na dobro domovine smerajućemu poduzetju zazivahu pomoć i blagoslov božji, odlučismo našu zastavu, ako bude moguće, svibnja, na Grobničkom polju posvetiti.

Nu neznajući kako bi drugačie u sej doba našu najtopliu harnost, naše najiskrenie pouzdanje prama Vašoj preuzvišenosti dostojnie pokazali, kako li bi sigurnie učverstili budućnost naše zastave, uslobodismo se jednoglasno Vašu preuzvišenost za kuma, a presvetlu gospoju suprugu našega verhovnoga župana²⁾ za kumu našoj zastavi nameniti te ovime prositi, da nam Vaša preuzvišenost tu sniženu molbu i taj jednodušni izbor nebi od svoje strane odbila.

Uzdostojte se, molimo Vas preuzvišeni gospodine, tu našu smionost jedino za znak naše sveserdne ljubavi uzeti, odobriti izraz našega najdublješa štovanja i primiti naš najsmerniji poklon, s kojime smo

u našoj velikoj skupštini, deržanoj na Reki, 19 i sledećih danah meseca veljače 1862

Preuzvišenosti Vaše najpokornii sluge Obćinstvo županie Rečke
Izdao Dr. Starčević, nadbiležnik.

²⁾ Bartol Smaić.

2 Odgovor Strossmayerov riječkoj županiji.

Đakovo 6 marta 1862.

Slavna skupštino!

Na velecijenjeni dopis od 19 i slijed. dana veljače g. t. na član 42, odgovoram: da sa zahvalnošću primam časni poziv, da kumujem pri posvećenju zastave županijske.

Lijepa je misao posvećenje ovo obaviti na Grobničkom polju. Postojanost i hrabrost slavni naših pradjedova porazi tuj divjač azijatsku i spasi prosvjetu kršćansku.³⁾ Postojanost i muževnost njihovih unuka nadvladat će pod zastavom vjernosti prama Bogu i vladaru, a goruće ljubavi prama domovini sve tegote, koje nestašna zavist današnjih vremena rađa, ter pribaviti narodu ono mjesto, koje mu po Bogu i pravu pristoji. Ako igdje, a ono na Grobničkom polju, živo će nam osjećati svijest dužnost stare primjere slijediti, a duša će nam se nadom slavne pobjede i sretnije budućnosti pitati.⁴⁾

S odličnim štovanjem ostajem slavnoj skupštini

u Đakovu 6 ožujka 1862

na službi

Strossmayer
biskup.

3 Biskup Strossmayer „Matici Dalmatinskoj“.

Đakovo 5 nov. 1862.

Slavna gospodo!

„Matici Dalmatinskoj“, koju dično Vaše rodoljublje onomad stvorilo, sveta je svrha: puk naš po Dalmaciji iz sna i mrtvila buditi, naravne njegove sposobnosti i kreposti putem prosvjete razvijati, da čim prije uspozna, što je negda bio, a što mu danas biti ima.

Mi s ovu stran Velebita narodnom Vašem napretku iz svega se srca radujemo. Svi smo mi u ovih strana, zvali se imenom ovim ili

³⁾ Tada se vjerovalo, na osnovu nekih falsifikovanih isprava XVI st., da su Hrvati 1242 na Grobničkom polju (nedaleko od Rijeke) porazili Tatare i tom pobjedom spasli Hrvatsku i Ugarsku.

⁴⁾ Posveta županijskoga barjaka zaista je održana na Grobničkom polju, dana 2 juna 1862, a kumovao je lično biskup Strossmayer. Veliko je ogorčenje izazvalo u sabranom nebrojenom narodu, što nisu na slavu došli hrvatski kancelar Ivan Mažuranić (iz Beča) i hrvatski ban general Josip Šokčević (iz Zagreba).

onim, jedno samo tijelo, ter nam je živo osjećati, da je cijelom tijelu šteta ako ikoje udo boluje, korist pako i napredak, ako ozdravljuje i čilije biva. Sve što je narodu svjesnu i pošteni sveto, nuka nas, da jednu kob kobujemo, jednu bol bolujemo, jedan pir pirujemo. To je ono jedinstvo, u kom snaga i sila, slava i budućnost svakog naroda leži. Nas jugoviće⁵⁾ nesloga u dugovječnu raku strmoglavi, a sloga i jedinstvo nam slavno uskrsnuće proriče. Tomu nam jedinstvu zalog je jedna krv, jedan jezik, jedna narodnost. To jedinstvo ljubav je ona bratska, o kojoj se veli, da je bezazlena i ustrpljiva; da zavisti ne poznaje, a o sebi samoj ništa ne snuje; sebe samu dragovoljno troši, samo bratu i susjedu da koristi; da rado u pomoć pritiče i svaku žrtvu za opće dobro podnaša; da danju i noću za narod bdije i od opasnih ga stranputina odbija; da sve može i sve predobiva; da sved traje, nigda ne prestaje. To je ljubav ona, koja danju poput sunca sjaji, da se traci prosvjete posvuda u narodu šire, a noću poput mjeseca svijetli, da tmine neznanstva i pretsuda u ponore vječne odagna; to je ona ljubav, kojoj se narod i u sivoj surini rado do crne zemlje klanja, dočim omrzljelu dušu i pod grimizom punim pravom prezire.

U Dalmaciji, staroj posestrimi našoj, još i danas zenici očiju naših, najprvo nam na Jugu luč prosvjete obilnije prosinu. Na stari Dubrovnik, Aten(u) naš(u) i sjedište doskora muza naših, i dandanas svi se s ponosom obaziremo. Njemu mi i Dalmaciji véli dug dugujemo. Tkogod se je igda Gundulićem, Đorđićem, Palmotićem, Kanavelićem itd. naslađivao, priznati mu je, da skoro sve, što je il u jeziku našem čista i jezgrovita, il u misli zdrava i uznosita, da je iz tih prebogatih rudina ponajviše iskopano. Sada dakle, kad se o tom radi, da se potamnjelom licu Dubrovnika i Dalmacije stara slika u svoj svojoj sjajnosti povratl, svima nam je po mogućnosti u pomoć priteći, da barem neki dio starog duga našeg iscijelimo i harnost našu ponešto dokažemo.

To su čuti, slavna gospodo, koji me oduševljuju, dočim Vam 300 for. a. vr. šaljem. Uvjereni ostanite, da ću „Matici“ Vašoj i otsele prijateljem i po mogućnosti podupirateljem ostati, dočim joj 700 for. jošte dugujem.⁶⁾

U Đakovu 5 studenoga 1862.

Strossmayer
biskup.

⁵⁾ To jest: Jugoslavene.

⁶⁾ Pismu (vlastoručnom konceptu biskupovu od početka do kraja) priložena je poštanska potvrda na 300 for. s datumom 6 nov. 1862, a onda i druga potvrda na 700 for. s datumom 10 dec. 1862.

4 „Matica Dalmatinska“ Strossmayeru.

U Zadru 8 nov. 1862.

Vaša Preuzvišenost, Presvijetli gospodine!

Što su dalmatinski domorodci odavna vatreno želili, to se, Presvijetli gospodine, ispunilo dne 2 kolovoza o. g. U taj dan otvorila se svečano „Matica Dalmatinska“ u Zadru. Pored toga što će društvo ovo na probuđenje uspavanoga duha narodnoga u Dalmaciji revno djelovati, ono je i u tom obziru prekorisno, što će se odsada dalmatinski rodoljubi u njemu kao na zakonitom od presjajne Krune potvrđenom temelju sastajati, o duševnom blagu svoje čudoredno i umno zapuštene niže braće seljaka raditi ter i savez s posestrimom Hrvatskom i Slavonijom zasada bar u književnom pogledu još tvrde spojiti.

Na poziv pretsjedništva Matičina odazvali su se mnogi rodoljubni Dalmatinci s novčanim priložima, ali potpora ova smatrajući na pretežniju inteligencijom i bogatstvom protinarodnu talijansku stranku nije takova, da bi se opstanak „Matice“ naše obezbijediti mogao. Radi toga usuđuje se pretsjedništvo ovo obratiti se s nastojećim pismom na opće poznato rodoljublje Presvijetlosti Vaše s preponiznom molbom, da biste se dostojali i mladanu našu „Maticu“, poput drugih zavoda, koje darežljivost Vaša bogato obdari, u visoko pokroviteljstvo Vaše uzeti.

Prilog što bi Vaše preuzvišeno i presvijetlo gospodstvo na tu domorodnu svrhu opredijelilo, izvolite na nižepotpisano pretsjedništvo otproviti.

Prilažući pravilnik društva,⁷⁾ ima čast pretsjedništvo „Matice“ s najdubljim poštovanjem nazvati se

U Zadru dne 8 studenoga 1862

Vaše Preuzvišenosti i Presvijetlosti pokorni sluga

Antun Šimonić
začasni tajnik.

Dr. Božidar Petranović
pretsjednik „Matice Dalmatinske“⁸⁾

⁷⁾ „Pravila društva Matice Dalmatinske“ prileže (štampana) pismu.

⁸⁾ Na hrptu je ovoga pisma biskupov sekretar d-r Franja Mihelčić dopisao: primljeno 17/XI (u Đakovu).

5 „Matica Dalmatinska“ Strossmayeru.

U Zadru 14 dec. 1862.

Preuzvišeni gospodine!

Iz onako veledušnih i najrodoljubivijih čuti, izraženih u pismu Vaše Preuzvišenosti od 5 studenog t. g. upravljenom na odbor „Matice Dalmatinske“, kojano je istom kao stručak bilja na božije svijetlo svoju prvu klicu pomiljila, morala je zaista poteći toli blagodatna rosa, da nam nju preobilno orosi i zalije.

Vaš je dar isto tako velik, kao što je velika i misao Vaša o nevoljama ukupnog naroda našega, i o ponajspasonosnijim sredstvama, kako da im se jednoć doskočiti i odoljati uzmogne. Samo onakova bratska sloga i jedinstvo, samo onakova preuzorita kršćanska ljubav, koju izmrvičanim jugovićima Vaša zlatna usta propovijedaju, mogu nas iz dugovječne rake podignuti, u koju nas je naša nesloga strmoglavila, a naša predrasuda još i dublje rinula; mogu nas prije ili kašnje uzvesti do onog slavnog uskrsnuća, koje sveblaga Providnost nije zaufano ni našem narodu izbrisala iz knjige narodnih udesa i sudbina. „Sloga, jedinstvo, ljubav“, budi nam daklen svagdašnji izraz, koji nam se najradije od srca otiskuje, koji nas na svako plemenito, uzvišeno i domoljubno djelo nuka i podjaruje. Pod stijegom na kom se ovakovi dični iz Vaše iste grudi pronicavajući znakovi zrcaju, možemo sa pouzdanim tokom teći k našoj boljoj budućnosti, možemo stanovito biti uvjereni, da će naš narod mnogo prije dočekati Uskrs svog vilovitog Marka, koji mu još neprestano u tmastoj guduri mrtvi sanak boravi.

Činom i istim čutima Vaše Preuzvišenosti, bivši ovaj odbor na takove misli potaknut i priveden, najdužnijim se osjeća, da izrazi svu svoju harnost prama tolikom dobrotvoru naše „Matice“, dočim nema ni ciglog našeg narodnog zavoda, kojem Vaša toli darežljiva ruka nije u pomoć pohrlila. Srećan narod, koji takovog muža ima, s kojim se ne samo sa potpunim pravom dičiti i ponositi može, nego uz kojeg se još vrlo spješnije primicati može k vrhu svoje prave sreće, slave i veličine! Sjajni Vaš primjer obodravao nam, da Bog da, svakog domorodca, kojigod može da rodu pomaže, dok raskopani oltar opet podignemo i za vječita vremena učvrstimo!

A međutim preporučujući ovaj odbor i nadalje svoju „Maticu“ prijateljstvu i moćnoj zaštiti Vaše Preuzvišenosti, pored svojeg predubokog štovanja pozdravlja Vas jednodušnim i najsrdačnijim uskli-

kom: Živio dobrotvor svega slavenskoga Juga, dika svega naroda našeg. Živio!

Iz odborske sjednice društva „Matice Dalmatinske“
U Zadru na 14 prosinca 1862.

Pop Ivan Danilo
potpretsjednik.

Antun Šimonić
tajnik.⁹⁾

⁹⁾ Na hrptu pisma biskupov sekretar pripisao: primljeno 11 I 1863.

Privatno-pravni položaj žene
po današnjem pravu Jugoslavije
i njegovo uređenje u jedinstvenom
Građanskom zakoniku za Jugoslaviju

od

d-ra Bertolda Eisnera,
profesora Univerziteta
Zagreb

***) I Skraćenja koja se upotrebljavaju u ovom radu:** a. OGH. = austrijski vrhovni sud (Oberster Gerichtshof); Ciz. = crnogorski opšti imovinski zakon od 1888 god.; Code c. = francuski Code civil od 1804 god.; Codice c. = talijanski Codice civile od 1865 god.; Čslpr. = drugi projekat čehoslovačkog građanskog zakonika (objavljen 1931 god.); čsl. Vs. = čehoslovački vrhovni sud; JGS. = Justizgesetzsammlung (zbirka austrijskih zakona i dvorskih dekreta itd. iz apsolutističkog doba); K. = mađarska kurija; Ks. = kasacioni sud u Beogradu; Ks. B = odjeljenje B kasacionog suda u Novom Sadu; LDZ. = list državnih zakona, u kojem su objavljeni zakoni i naredbe ranije Austrije (Reichsgesetzblatt); Mpr. = treći projekat mađarskog građanskog zakonika (1928 god.); Njgz. = njemački građanski zakonik od 1896 god.; Nov. = novele austr. općeg građanskog zakonika (I od 1914, II od 1915 i III od 1916 god.); Ogz. = Austrijski opći građanski zakonik od 1811 god.; Sgz. = srpski građanski zakonik od 1844 god.; Sts. = stol sedmorice; Sts. B = stol sedmorice, odjeljenje B; Šgz. = švicarski građanski zakonik od 1907 god.

II Slijedeća djela citiraju se samo sa imenom autora (izdavača): Komentari i sistemi austrijskog općeg građ. prava (građ. zakonika): Krainz-Pfaff-Ehrenzweig (4 izdanje 1904); Ehrenzweig (6 izdanje Krainzovog djela, II sv. 1 polovica: Familien- u. Erbrecht, 1926); Stubenrauch (8 izdanje 1902); Krasnopolski i Klang, zatim: Almási, Ungarisches Privatrecht (I sv. 1922, II sv. 1923); Anders, Grundriss des Familienrechts (1911; cit.: Anders Fam.); isti, Grundriss des Erbrechts (1910, cit.: Anders Erb.); Bogdanfi-Nikolić, Opšte privatno pravo Vojvodine (2 sveska 1925); Dernburg-Sokolowski, System des röm. Rechts (8 izdanje, 1911 i 1912); Curti, Englands Privat-und Handelsrecht (1927); Girard, Manuel élémentaire de Droit Romain (5 izd. 1911, Girard-Mayr, prijevod istoga djela na njemačkom jeziku 1908); Eneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts (II/2 Familienrecht, 12—14 izd. 1923, II/3 Erbrecht 14—16 izd. 1923); Gmür, Kommentar zum schweiz. Zivilgesetz (I sv. 2 izd. 1919, II sv. 2 izd. 1923, III sv. 1929); Heinsheimer, Die Zivilgesetze der

Gegenwart (I sv. „Frankreich“ 1 pol. 1928, 2 pol. 1932; II sv. „England“, 1 dio 1931); Leske-Löwenfeld, Rechtsverfolgung im intern. Verkehr, IV sv. „Das Eherecht der europ. Staaten u. ihrer Kolonien“ (I dio, 2 izd. 1932, 1933); Marković Lazar, Građansko pravo (I Opći dio i stvarno pravo 1913, II Porodično pravo 1920, III Nasljedno pravo 1930); Maurović I., Nacrt predavanja o općem privatnom pravu (V Nasljedno pravo, 1927); Perić Živojin M., Predavanja, Specialni dio (III Porodično pravo; IV Nasljedno pravo, 1923); Planiol-Ripert, Traité pratique de droit civil français (II sv. 1926, IV sv. 1928, VIII sv. 1925, IX sv. 1927); Schlegelberger, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch (I 1929, III 1931); Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts (9 izd. 1906).

III Odluke naših sudova citiraju se gdje nije naveden drugi izvor, po zbirkama sudskih odluka od Čimića, Ignjatovića, Kovačevića, Milanović-Strassera i Vragovića, a odluke stranih, gdje nije naveden drugi izvor, po zvaničnim zbirkama.

I Uvod.

Prema zvaničnim izjavama je komisijski projekat jedinstvenog građanskog zakonika za Jugoslaviju već konačno redigovan i može se nadati, da će u najskorije vrijeme biti predan javnosti.

Već danas pokazuje se veliki interes za ovaj projekat ne samo u pravničkim nego i u širim krugovima. To je i razumljivo, jer ni jednoj kodifikaciji ne pripada takva važnost za cijeli pravni život, kakva pripada kodifikaciji općeg građanskog prava.

Od pitanja, koja se pojavljuju pri izjednačenju građanskog prava u našoj državi, je bez sumnje pitanje pravnog položaja žene ne samo jedno od najvažnijih nego i jedno od onih, za koja je najteže naći rješenje, koje bi moglo dobiti opće odobravanje.

Poteškoće, na koje u nas nailazi rješenje ovog pitanja imaju svoj razlog ne samo u tome, što baš glede pravnog položaja žene postoji u pravu, koje danas važi u pojedinim područjima, veliko razmimoilaženje, nego i u tome, što postoje i znatne razlike glede socijalne strukture i kulturnog nivoa naroda pojedinih dijelova naše države.

Naši su pravници dovoljno svjesni važnosti ovog pitanja. To dokazuje činjenica, što je pitanje uređenja položaja žene u našem budućem zajedničkom građanskom zakoniku stavljeno na dnevni red trećeg kongresa pravnika održanog 1927 godine.

Da bi se uređenje, koje je komisijski projekat dao ovom pitanju, moglo pravilno ocijeniti, potrebno je prema spomenutom, da se u prvom redu dobro upoznamo sa današnjim pravnim stanjem u tom pogledu.

Dobro poznavanje dosadašnjeg pravnog stanja je, po mome mišljenju, uopće jedna od glavnih pretpostavaka za uspješno provodjenje izjednačenja građanskog prava, jer bez toga neće se moći dobiti zakonik, koji će odgovarati pravnoj svijesti naroda.

O takvoj potrebi vodilo se je računa pri izjednačenju građanskog prava u Švicarskoj. Tamo je prije nego što se je pristupilo izradi projekta povjerenom profesoru univerziteta u Bernu d-ru Eugenu

Huber u, kasnijem redaktoru švicarskog građanskog zakonika, da izradi uspoređujući prikaz važećeg kantonalnog privatnog prava. Te zadaće riješio se je Huber svojim poznatim djelom „System und Geschichte des schweiz. Privatrechts“, koje je u četiri sveske izašlo u vrijeme od 1886 do 1893 godine.

Tako smišljenoj pripremi ima se zahvaliti, da je Švicarska dobila jedan građanski zakonik, koji, iako je potpuno moderan, ipak nije došao u protivnost sa dosadašnjim pravnim razvitkom. Njegov sadržaj crpljen je u glavnom iz kantonalnih prava, iz kojih je preuzeto sve ono što se je pokazalo dobrim.

Međutim u nas ne samo što nema djela sličnog Huberovom, nego uopće ima vrlo malo radova, koji se obaziru na prava svih današnjih pravnih područja. Tako nema do danas ni prikaza o pravnom položaju žene prema pravu svih današnjih pravnih područja. Referati podnešeni za spomenuti treći kongres pravnika o pitanju uređenja pravnog položaja žene u našem budućem jedinstvenom građanskom zakoniku osvrću se doduše i na današnje pravno stanje, ali to više manje samo općenito.¹⁾ Osim toga nisu u njima sva pravna područja uvažena.

Obzirom na sve to odlučio sam se da ovom prilikom dam takav prikaz. Mislim, da to nije prekasno i suvišno, iako se već nalazimo u oči objavljenja komisijskog projekta. Taj prikaz može vrijediti kao podloga za davanje mišljenja o projektu i za dalji rad na njemu. Smatrao sam da neće biti na odmet, ako tome prikazu dodam još i osvrt na strano zakonodavstvo i na najnovije strane projekte građanskih zakonika, ukoliko se odnose na naše pitanje, kao i na odnosne odredbe našeg komisijskog projekta, s kojim sam se upoznao. Poznavanje stranog zakonodavstva i stranih projekata može našim pravicima koristiti pri ispitivanju odredaba našeg projekta. Naročito će se iz stranih zakona i stranih projekata vidjeti, ukoliko su nova shvaćanja i nove ideje dobile ulaz u novije zakonodavstvo. Saopćenje odnosnih odredaba našeg projekta opet omogućice, da se već sada otvori diskusija o ovom našem pitanju. Na kraju dodajem nekoliko svojih primjedaba na odredbe našeg komisijskog projekta.

¹⁾ Te referate izradili su: Mihajlo Jovanović, predsjednik kasacionog suda u Beogradu u penziji i predsjednik bivšeg Vrhovnog zakonodavnog savjeta, dr Stanko Lapajne, profesor univerziteta u Ljubljani, dr Ivo Milić, profesor pravnog fakulteta u Subotici i Hafiz Bušatlić, sudija vrhovnog šerijatskog suda u Sarajevu. Ovi referati objavljeni su u „Spomenici trećeg kongresa pravnika 1927“ (Zagreb 1927), str. 153 i sl. Na njih ću se na odgovarajućim mjestima osvrnuti.

II Današnja područja općeg građanskog prava u Jugoslaviji.

Što se tiče općeg građanskog prava, postoje danas u Jugoslaviji šest pravnih područja, i to:

1) Područje, na kojem važi austrijski opći građanski zakonik po stanju prije t. zv. novela od 1914, 1915 i 1916 godine.

Ovo područje obuhvata raniju Hrvatsku-Slavoniju i jedan dio ranije Vojvodine, tj. bivšu vojnu granicu, koja opet obuhvata područja sreskih sudova u Žablju i Titelu (dio područja okružnog suda u Novom Sadu), zatim područje sreskih sudova u Bijeloj Crkvi, Kovinu i Uljmi (dio okružnog suda u Bijeloj Crkvi) i najzad cijelo područje okružnog suda u Pančevu.

Prema današnjoj sudskoadministrativnoj podjeli područje stola sedmorice A u Zagrebu, odnosno apelacionog suda u Zagrebu, obuhvata područje ranije Hrvatske i Slavonije a osim toga još i područje sreskih sudova u Kastvu, Krku, Rabu i Pagu, koje spada u pravno područje spomenuto pod br. 2) kao i područje sreskih sudova u Čakovcu i Prelogu, koje spada pod pravno područje spomenuto pod br. 3). Bivša vojna granica opet sačinjava dio kasacionog suda, odjeljenje B u Novom Sadu, odnosno apelacionog suda u Novom Sadu. Ovdje valja napomenuti, da na području bivše vojne granice važi i nekoliko mađarskih zakona. Ali za naš prikaz dolazi to područje ipak u obzir poglavito kao dio područja važenja austr. opć. građ. zakonika. Ukoliko na njemu obzirom na te mađarske zakone nešto posebnoga vrijedi, biće na odnosnom mjestu spomenuto.

2) Područje važenja austrijskog općeg građanskog zakonika po stanju navela iz god. 1914, 1915 i 1916.

Ovo područje obuhvata raniju Sloveniju i Dalmaciju i dio ranije Istre, koji je pripao Jugoslaviji kao i ranije Prekomurje,²⁾ a prema sudskoadministrativnoj podjeli područje stola sedmorice, odjeljenje B, u Zagrebu, odnosno apelacionih sudova u Ljubljani i Splitu kao i pod br. 1) spomenuto područje sreskih sudova u Kastavu, Krku, Pagu i Rabu, koje, kao što je već spomenuto, sada sudskoadministrativno potpada pod područje stola sedmorice A u Zagrebu, odnosno apelacionog suda u Zagrebu.

3) Područje mađarskog prava.

Ovo područje obuhvata raniju Vojvodinu, osim spomenute

²⁾ Na ovo područje protegnuto je pravo Slovenije, odnosno austrijsko pravo naredbom komesara za pravosuđe za Sloveniju od 18 IX 1919 br. 3784; v. Krek-Škerlj, Die österr. Zivilprozessgesetze im Kgr. der Serben, Kroaten und Slovenen (Dodatak III k 4-om izdanju Neumann-ova komentara Grpp-a, Wien 1928), strana 21.

bivše vojne granice i Prekomurja, a sačinjava, uključivši bivšu vojnu granicu, područje kasacionog suda, odjeljenje B u Novom Sadu, odnosno apelacionog suda u Novom Sadu, osim područja sreskih sudova u Čakovcu i Prelogu, koje sada sudskoadministrativno potpada, kao što je to već spomenuto, pod područje stola sedmorice, odjeljenje A u Zagrebu, odnosno apelacionog suda u Zagrebu.

4) Područje ranije Kraljevine Srbije,³⁾ koje sudskoadministrativno odgovara području kasacionog suda u Beogradu, odnosno apelacionih sudova u Beogradu i Skoplju.

5) Područje ranije Kraljevine Crne Gore, koje sudskoadministrativno odgovara području velikog suda u Podgorici.

6) Područje ranije Bosne i Hercegovine, koje sudskoadministrativno odgovara području vrhovnog suda u Sarajevu, odnosno apelacionog suda u Sarajevu.

Na svakom od ovih pravnih područja je pravni položaj žene drukčije uređen. Obzirom na to preporučuje se prikazati ga napose za svako od tih područja.

III Pravni položaj žene po današnjem pravu.

1) Na području važenja austrijskog općeg građanskog prava po stanju prije t. zv. novela.

A) Općenito.

Iako Ogz. u bračnom i nasljednom pravu znatno odstupa od rimskog prava, pravni položaj žene po njemu ipak u glavnom odgovara položaju, koji joj je dalo rimsko pravo po Justinijanovoj kodifikaciji, odnosno opće pravo (*gemeines Recht*).

Da se to vidi, preporučuje se razmatrati odnosne propise Ogz-a uspoređujući ih sa rimskim pravom, i to napose glede općeg pravnog položaja žene, zatim glede njezinog položaja u braku i najzad glede njezinog položaja u nasljednom pravu.

B) Opći pravni položaj.

Što se tiče općeg pravnog položaja žene, Ogz. jednako kao i Justinijanovo pravo ne čini glede djelatne sposobnosti nikakve razlike između muških i ženskih osoba, ne razlikuje ni to da li je žena neudata ili udata,⁴⁾ a ostavlja nesposobnost žena da budu tutori i kuratori,

³⁾ U to područje ušao je i t. zv. Sandžak, na koje je područje uredbom od 30 VI 1919, Sl. N. 68, protegnuto zakonodavstvo ranije Kraljevine Srbije.

⁴⁾ O razvitku općeg pravnog položaja žene u rimskom pravu, v. Girard str. 221 i sl. (Girard-Mayr str. 243 i sl.) i Dernburg-Sokolowski I, § 43.

dopuštajući jednako kao i Justinijanovo pravo⁵⁾ jedino majci i baki da budu tutori za svoju djecu odnosno unuke (§§ 192, 198), kao i nesposobnost da budu svjedoci testamenta (§§ 591, 597).⁶⁾ Jedino što je Ogz. ukinuo zabranu intercesije (§ 1349), koju je bilo propisalo Sc. Vellejanum, a još više pooštrilo Justinijanovo zakonodavstvo.⁷⁾ Ali ova je zabrana već u praksi općeg prava izgubila karakter prave zabrane i pretvorila se u poseban oblik za intercesije žena.⁸⁾

Propis o nesposobnosti žene biti svjedokom testamenta izgubio je međutim svoju važnost obzirom na § 62 zakona o javnim bilježnicima od 11 septembra 1930, Sl. N. br. 220-LXXVII, koji važi na ovom području. Isto tako je obzirom na §§ 36 i 38 zakona o zemljišnim knjigama od 18 maja 1930, Sl. N. br. 146-LIII izgubio svoju važnost § 434 Ogz-a, po kojem žene ne mogu biti ni svjedoci tabularnih inprava.^{8a)}

C) Položaj u braku.

a) što se tiče ličnog položaja

1) U Justinijanovom zakonodavstvu nema pobližih propisa o ličnim odnosima između bračnih drugova. Ali iz ovih nekoliko mjesta, koja o tome govore, vidi se, da i Justinijanovo pravo, iako je dalo ženi potpunu samostalnost, priznaje mužu, ako ne pravu muževljevu vlast, to ipak izvjesnu superiornost u braku. Muž daje ženi ime, čin, stalež i domicil. Uvreda žene smatra se kao uvreda muževljeva. Postoji dužnost žene na izvjesnu poslušnost prema mužu, a s druge strane dužnost muža dati ženi zaštitu.⁹⁾

Mužu se daje *interdictum de uxore exhibenda et ducenda* protiv

⁵⁾ I 16, I 18 D. de tutelis 26, 1; I 2, I 3 C. quando mulier tutelae officio fungi potest 5, 35; Nov. 94 cap. 2 i Nov. 118 cap. 5.

⁶⁾ § 6 I. de test. ord. 2, 10; I 20 § 6 D. de hered. inst. 28, 1.

⁷⁾ Tit. Dig. ad Sc. Vellejanum 16, 1; ist. tit. Cod. 4, 29.

⁸⁾ Girtanner, Bürgschaft (1850, 1851), str. 268, 315; Dernburg-Sokolowski II, § 341 pod. br. 3.

^{8a)} Što se tiče općeg pravnog položaja žena na području bivše vojne granice (vidi dio II br. 1), dolaze još u obzir mađarski zakoni spomenuti u odsj. 3 ovog dijela pod sl. B.

⁹⁾ I 13 C. de dignit. 12, 1; I 65 D. de iudicio 5, 1; I 38 § 3 D. ad munic. 50, 1; I 1 §§ 3 i 9, I 2, I 18 § 2 D. de injur. 47, 10; I 14 i. f. D. sol. matr. 24, 3. vidi i Windscheid-Kipp III, § 490 i Dernburg-Sokolowski II, § 406. Iz I. 48 pr. D. de operis libertorum 38, 1 izvodi se da je žena po rimskom pravu dužna raditi u kući i inače vršiti obični rad. To je doduše sporno (vidi Dernburg-Sokolowski II, § 406 pod 3, a s druge strane Windscheid-Kipp § 490 op. 10).

onih, koji bi je zadržali. Ali se tužba na uspostavu zajedničkog života ne daje.¹⁰⁾

I o etičkom momentu u braku vodi rimsko pravo računa. To dolazi do izražaja u propisima, da ne može jedan bračni drug protiv drugoga podnositi kaznene tužbe, da jedan bračni drug ima prema drugome beneficium competentiae i da žena ne može tražiti od muža osiguranje dos-a.¹¹⁾

Ogz. daje, pod uplivom kanonskog i germanskog prava, etičkom momentu u braku i superiornosti muža jači izražaj nego rimsko pravo.

Da brak bude zaista „consortium omnis vitae,“ Ogz. nalaže supruzima t. zv. ženidbenu dužnost (debitum conjugale), koja se negativno pokazuje kao dužnost vjernosti, zatim dužnost zajedničkog življenja, što obuhvata dužnost zajedničkog stanovanja i zajedničkog domaćinstva, zatim dužnost međusobnog pomaganja i dužnost uzajamnog pristojnog ponašanja (§§ 44, 90).

Istina, od ovih dužnosti može se samo dužnost zajedničkog življenja sudbeno ostvarivati.¹²⁾ Ali povreda ostalih dužnosti može jednako kao i povrede ove dužnosti dati razloga za rastavu od stola i postelje ili za razvod braka (§§ 109, 115, 116, 135, 136), a s time u vezi za imovinske pravne štete za onoga, koji je dao takav razlog (§§ 108, 117, 1264, 1266).

Muž je po Ogz. glava porodice. Kao takvom pripada mu naročito pravo upravljati kućanstvom (§ 91). On daje ženi ime,¹³⁾ stalež i domicil (§ 92). Njemu pripada i dužnost zastupati ženu u svim prilikama (§ 91).

Ženi se dosljedno tome nalaže u dužnost, da mora za mužem ići u njegov domicil, da ga mora po mogućnosti u kući i u privredivanju pomagati i da, ukoliko to ište domaći red, izvršuje dane po njemu naloge pa čak da se skrbi da ih drugi izvršuju (§ 92).

Sporno je, da li Ogz. naprijed navedenim propisima priznaje mužu pravu muževljevu vlast. Novija teorija odbija ovo shvaćanje

¹⁰⁾ l. 2 D. de lib. exhibendis 43, 30; l. 11 C. de nuptiis 5, 4, v. i Windscheid-Kipp III, § 490 op. 2 i Dernburg-Sokolowski II, § 406 op. 6.

¹¹⁾ l. 2 D. de art. rer. amot. 25, 2; l. 2 C. rer. amot. 5, 21; l. 20 D. de re iudicata 42, 1, tit. Cod. ne fidejussores dotium dentur 5, 20.

¹²⁾ Anders Fam. § 21 pod A-3; Krasnopolski str. 83; Ehrenzweig II/2 str. 434; Neumann-Ettenreich i Satter u Leske-Löwenfeld IV-1 str. 164, 165. Po stalnoj sudskoj praksi ima se uspostava bračne zajednice ostvarivati u vanparničnom postupku (vidi odluke a. OGH. kod Schey-a (izdanje Ogz-a) pod br. 7 uz § 92 i pod br. 3 i 6 uz § 93).

¹³⁾ Po vladajućem mišljenju zadrži žena muževljevo ime i nakon razvoda braka, vidi Ehrenzweig II/2 str. 109; Lenhoff u Klang I, str. 619.

smatrajući, da Ogz. prema stanovištu zastupnika u ono doba vladajuće teorije naravnog prava vidi u braku samo societas aequalis, u kojim bračni drugovi imaju uzajamna prava i dužnosti.¹⁴⁾ Isto tako odbijaju novija teorija i praksa shvaćanje, da je muž zakonski zastupnik ženin, iako ga Ogz. sam kao takvog označuje (§§ 1034, 1238), već smatraju, da mu pripada pravo zastupanja samo, ukoliko ga na to žena ovlašćuje ili ukoliko po zakonu, — do njezinog opoziva — upravlja njezinom imovinom (§ 1238).¹⁵⁾

Teorija i praksa priznaju ženi pravo u poslovima zajedničkog kućanstva svojim pravnim poslovima muža kao njegov zastupnik obvezivati (t. zv. Schlüsselgewalt).¹⁶⁾

Iz poslovne sposobnosti udete žene izvodi se i to, da ona može bez muževljevog odobrenja valjano sklapati i takve pravne poslove, koji nju obvezuju na lične činidbe.¹⁷⁾

Jednako kao i po rimskom pravu¹⁸⁾ vrijedi i po Ogz-u, da imovinski tereti braka leže na mužu, koji je naročito dužan dati ženi pristojno izdržavanje prema svojoj imovini (§§ 91 i 191),¹⁹⁾ a da žena ili drugi za nju može, bez da bi prema mužu postojala obaveza na to (§ 1225), dati prinos za olakšanje troškova skopčanih sa brakom, koji se zove miraz (dos) (§ 1218).²⁰⁾ Ogz. slijedi rimsko pravo²¹⁾ i u

¹⁴⁾ Ehrenzweig II/2 str. 111 i sl.; Lenhoff u Klang I str. 569 i sl.

Da Ogz. priznaje mužu pravu muževljevu vlast zastupaju među ostalim: Krainz (Krainz-Pfaff-Ehrenzweig II § 434), Anders § 21 A/4 i Krasnopolski IV str. 82. Zastupnici ovog shvaćanja pozivaju se na redakcione protokole, gdje se, upućivajući na § 91, veli, da žena dolazi „u pogledu osobe i kućnih stvari pod upravu muža“ (Ofner, Urentwurf II str. 356 i 357) kao i na § 175 Ogz., gdje se veli, da malodobna kći ako se udaje dolazi glede svoje osobe pod vlast muža.

¹⁵⁾ Ehrenzweig II/2 str. 114 i sl.; Lenhoff u Klang I str. 569 i sl. Naprotiv smatra Krasnopolski IV str. 86 i sl., da mužu na osnovi njegove muževljeve vlasti pripada i pravo da zastupa svoju ženu.

¹⁶⁾ Krasnopolski IV str. 97; Ehrenzweig II/2; Lenhoff u Klang I, str. 602 i sl.; Neumann-Ettenreich i Satter u Leske-Löwenfeld IV/1 str. 166 i kod njih navedene odluke a. OGH.

¹⁷⁾ Ehrenzweig II/2 str. 112; Lenhoff u Klang str. 573.

¹⁸⁾ l. 20 § 2, l. 46 D. fam. erc. 10, 2; l. 56 §§ 1 i 2 D. de par. dol. 23, 3; l. 22 D. de solut. matr. 24, 3; l. 21 § 1 D. de donat. int. vir. et unx. 24, 1.

¹⁹⁾ Najnovija austrijska praksa priznaje i dužnost žene da mužu u slučaju nužde da izdržavanje, izvodeći to iz dužnosti međusobnog pomaganja (§ 44), vidi Lenhoff u Klang I str. 578 op. 63, zatim Neumann-Ettenreich i Satter u Leske-Löwenfeld IV/1 str. 166 i na istim mjestima navedene odluke a. OGH.

²⁰⁾ l. 19 D. de rit. nupt. 23, 2; l. 76 D. de jur. dot. 23, 3; l. 16 pr. D. de castr. pec. 49, 7; l. 7 C. de dol. prom. 5, 11.

²¹⁾ l. 5 § 12, l. 19 D. de rit. nupt. 23, 2; l. 7 C. de dot. prom. 5, 11; l. 14 C. de jur. dot. 5, 12.

tome, što nalaže ascendentima u dužnost dati kćeri (unuci), koja nema svoga imetka, dos (§ 1220).

Uostalom vrijedi po Ogz. jednako kao i po rimskom pravu²²⁾ sistem razlučenih dobara bračnih drugova. U koliko nije ugovorom što drugo određeno, svaki je bračni drug slobodan vlasnik svoje dosadašnje imovine, a nema nikakvog prava na ono, što druga strana za vrijeme braka steče ili na koji drugi način dobije (§ 1237).

Ali dok po rimskom pravu mužu pripada na parafernim dobrima (tj. na imovini extra dotem) samo toliko prava koliko mu žena daje, a pozvan je na upravu te imovine samo, ako mu je tu upravu žena izričito povjerila, imajući pri tome položaj običnog mandatara sa jedinom razlikom, da ne odgovara kao drugi mandatara za svaku laku kulpu nego samo za kulpu in concreto,²³⁾ dotle je u Ogz. kao odjek germanskog bračnoimovinskog sistema, tj. zakonskog prava upravljanja i uživanja ženine imovine ušlo pravo muževljevo upravljati i uživati ženinu imovinu kao ćutke od žene odobreno. Ovo pravo stoga u svako doba na opoziv žene prestaje (§ 1238).

Praesumptio Muciana rimskog prava, da se naime imovinski objekti koji se nađu u rukama jednog od supružnika imadu smatrati kao mužu pripadajući, dok žena ne dokaže svoje vlasništvo,²⁴⁾ ušla je i u Ogz. kao propis da se za sve što je za trajanja braka pridošlo imovini jednog ili drugog bračnog druga smatra da potiče od muža (§ 1237, reč. 2).

2) Što se tiče samog miraza, po Justinijanovom pravu za pravne odnošaje glede dos-a mjerodavno je, da dos ima za trajanja braka da služi za podmirenje troškova braka, a poslije braka da se glavica ima da vrati, i to po pravilu ženi ili njezinim nasljednicima²⁵⁾.

Ovu misao ostvaruje Justinijanovo pravo na ovaj način, što mužu formalno daje vlasništvo, ali to s takvim ograničenjima, da njegova prava faktično ne idu dalje od prava usufruktuaara. Dotalna zemljišta nije muž uopće mogao prodati ili na njima osnivati kakvo stvarno

²²⁾ l. 8 C. de pact. conv. 5, 14.

²³⁾ l. 8, l. 11 C. de pact. conv. 5, 14; l. 17 C. de donat. int. ux. et vir. 5, 16; l. 9 § 3 D. de pur. dot. 23, 3; v. i Windscheid-Kipp III, S. 507 i Dernburg-Sokolowski II, S. 412.

²⁴⁾ l. 51 D. de donat. int. vir. et ux. 24, 1; v. Windscheid-Kipp III, § 509 kod op. 36 i Dernburg-Sokolowski cit. mj.

²⁵⁾ Tit. Dig. soluto matrimonio dos quemadmodum petetur 24, 3; ist. tit. Cod. 5, 18; l. un. C. de rei un. ast. 5, 13; v. i Windscheid-Kipp III, §§ 496—499; Dernburg-Sokolowski II, §§ 416 i 417.

pravo.²⁶⁾ Pokretne stvari mogao je doduše načelno otuđivati, ali žena mogla je takve stvari, ukoliko se nije radilo o fungibilijama, poslije prestanka braka kao pripadajuće njezinom dos-u vindicirati.²⁷⁾ Radi osiguranja povratka dos-a dalo je Justinijanovo pravo ženi ne samo zakonsku generalnu hipoteku na imovini muževljevoj sa prednošću pred starijim hipotekama, nego i prednost u stečaju.²⁸⁾

Ogz. provada spomenutu misao još dosljednije propisujući, da je muž i formalno samo uživatelj miraza, a vlasnik da ostane žena, odnosno kad je u pitanju dos receptitia onaj koji je dos dao. U potpuno vlasništvo dobiva muž dotalne stvari samo: a) ako se dos sastoji od gotovog novca, tražbina ili potrošnih stvari ili b) ako je dotalne stvari primio aestimatione venditionis gratia, dakle s obvezom da vrati samo procijenjenu vrijednost stvari (§§ 1227 do 1229).

Ogz. ne daje ženi zakonskog zaloga na imovini muževljevoj radi osiguranja njezine tražbine na povratak miraza niti uopće kakvu prednost pred drugim vjerovnicima muža, nego samo pravo tražiti primjereno osiguranje, i to ili prilikom predaje miraza ili ako kasnije nastupi opasnost (§ 1245).

Rimsko pravo dalo je ženi u slučaju, ako je muž svojom imovinom propao, pravo tražiti još za trajanja braka predaju dotalnih dobara da s njima raspolaže jednako kao i muž.²⁹⁾ Tako pravo ne daje Ogz., nego samo pravo, da u slučaju stečaja nad muževljevom imovinom traži osiguranje za slučaj razvrgnuća, odnosno prestanka braka i pravo na ugovoreno udovičko izdržavanje, a ako takvo nije ugovoreno na uživanje miraza, ali i to samo, ako žena nije sama uzrok imovinskoj propasti muža (§ 1260).

Najzad, dok rimsko pravo dosta ograničava pravo stranaka dotalnim ugovorima otstupiti od zakonskog uređenja odnošaja glede dos-a,³⁰⁾ Ogz. ne stavlja granica slobodi ugovaranja glede toga kao i uopće glede uređenja imovinskih odnošaja među supružnicima (§ 1217).

3) Takođe iz rimskoga prava preuzeta je u Ogz. ustanova uz-

²⁶⁾ lex Julia de fundo dotali; tit. Dig. de fundo dotali 23, 5; ist. tit. Cod. 5, 23; v. i Windscheid-Kipp III, § 497 kod op. 4 i Dernburg-Sokolowski II, § 416 pod br. 2 sl. a.

²⁷⁾ sa utilis rei vindicatio. To se izvodi iz l. 30 pr. C. de jur. dot. 5, 12. To je doduše sporno, vidi Windscheid-Kipp III, § 503 op. 4.

²⁸⁾ l. 17 § 1, l. 19 pr. D. de rebus auct. judic. 425; l. un. § 1 C. de rei un. act. 5, 13; l. 12 C. qui potiores 8, 17.

²⁹⁾ l. 17; § 1, l. 19. D. de rebus auct. judic. 42, 5.

³⁰⁾ Tit. Dig. de pactis dotalibus 23, 4; tit. Cod. de pactis conventis 5, 15; v. Windscheid-Kipp III, § 506 i Dernburg-Sokolowski II, § 415.

mirazja (contrados). Ona odgovara donaciji propter nuptias rimskoga prava, što se već vidi iz definicije, koju daje § 1230, naime da je uzmirazje ono što mladoženja ili treći za njega određuje za povećanje miraza.³¹⁾ Ali dok Justinijanovo pravo propisuje analogno dužnosti ascendenata dati kćeri dos i njihovu dužnost dati sinu donaciju propter nuptias,³²⁾ ne priznaje Ogz. takvu dužnost, nego dužnost dati sinu (mladoženji) opremu, tj. prvi namještaj, haljine i slično (§ 1231). Ova oprema postaje potpuno vlasništvo muža, a ženi ne pripada na nju nikakvo pravo.³⁴⁾ Jednako kao i za dos može se i za uzmirazje tražiti osiguranje u slučaju opasnosti i kad muž dođe pod stečaj (§§ 1245, 1260).

4) Ogz. predviđa osim ustanova miraza i uzmirazja uzetih iz rimskoga prava još i ustanove preuzete iz germanskog bračnog imovinskog prava, naime zajednicu dobara, koja može biti inter vivos ili mortis causa, a u slučaju sumnje uzimlje se da je mortis causa (§§ 1233 do 1236), jutarnji dar (Morgengabe), tj. dar koji muž obećava ženi prvo jutro (§ 1232), udovičku plaću, tj. što se određuje ženi radi izdržavanja za vrijeme dok bude udovica (§§ 1242 do 1244), i iz poljskog prava preuzeto uživanje za slučaj smrti (jus advitalitium), tj. uživanje cijele imovine ili jednog dijela, koje pripada jednom od bračnih drugova za slučaj, kada preživi drugoga (§§ 1255 do 1258). Ni jedan od ovih imovinskobračnih sistema nije predviđen kao zakonski, tj. koji bi imao da vrijedi po samom zakonu, bilo makar supsidiarno, tj. ako nisu bračni drugovi što drugoga odredili, nego se samo njima prepušta, da bračnim ugovorom svoje odnošaje prema jednom ili više ovih sistema urede (§ 1217).

Najzad predviđa Ogz. još i ugovore o nasljeđivanju među supruzima (§§ 1249 do 1255), što nije poznavalo rimsko pravo.

5) Po rimskom pravu ima za slučaj prestanka braka da služe za opskrbu žene poglavito dos i donatio propter nuptias.

³¹⁾ Tit. Cod. de donationibus ante nuptias vel propter nuptias 5, 3; 1. 7 C. de dotis promissione 5, 11; Nov. 61; Nov. 96 cap. 1; Nov. 97 cap. 1; v. i Windscheid-Kipp III § 508 i Dernburg-Sokolowski II, § 419.

³²⁾ Iako uzmirazje po svome pojmu i po tekstu § 1230 pretpostavlja jednako kao i donatio propter nuptias da je dat dos, austr. teorija i praksa ipak ne smatraju kao uvjet za određivanje uzmirazja da je dos dat nego se zadovoljavaju time da je dos dat ili obećan V. Anders § 41; Ehrenzweig II/2 str. 149; Krasnopolski IV str. 179; Lenhoff u Klang I str. 644 i odluku a.OGH. od 4. XI. 1902, GIUNF. V 2085.

³³⁾ Vid. cit. l. 7 C. 5, 11. Po Nov. 97 cap. 12 mora donatio propter nuptias biti jednaka visini dos-a.

³⁴⁾ Anders § 42; Krasnopolski IV str. 183; Lenhoff u Klang I str. 653.

Žena ima da dobije dos i ono što joj je određeno kao donatio propter nuptias ne samo za slučaj smrti muža, nego i za slučaj razvoda braka, ako ona nije kriva razvodu. Ako nije određena donatio propter nuptias, gubi muž koji je kriv razvodu braka jednu četvrtinu svoje imovine (ali najviše 100 funti u zlatu), koja se kazna u slučaju preljuba povisuje sa jednom trećinom.³⁵⁾

Za slučaj smrti ima siromašna udovica, tj. udovica koja nije opskrbljena dotalnim dobrima koja se imaju vratiti (indotata mulier), ako je živila s umrlim do smrti u valjanom braku, a muž je bio imućan, uz nasljednike, koji nisu bili djeca ostaviteljeva, jednu četvrtinu ostavine, ali ne više od 100 funti u zlatu, uz djecu umrlog jedan dio po glavi, a ako su to bila djeca iz njezinog braka sa ostaviocem samo pravo uživanja ovog dijela.³⁶⁾ Isti dio ostavine priznat je udovici i kao nužni dio.³⁷⁾

Po Ogz. igra za razliku od rimskoga prava pravo ženino na izdržavanje ne samo za trajanja braka nego i poslije prestanka braka najveću ulogu. To pravo konkurira za slučaj prestanka braka sa pravom na opskrbu, koje se osniva na bračnom ugovoru.

Glede uređenja Ogz-a valja razlikovati:

α) Slučaj rastave od stola i postelje, koja pretstavlja, ako ne formalni prestanak braka, to ipak faktični prestanak bračne zajednice.

Ako rastava uslijedi sporazumno, stvar je toga sporazuma da uredi i imovinske odnošaje među supruzima, odnosno pitanja izdržavanja (§§ 103 do 105, 1263).

Ako je rastava izrečena sudskom presudom, a rastavi nije ni jedna strana kriva ili su joj krive obje strane, može po § 1264 svaka strana tražiti ukidanje bračnog imovinskog ugovora, a žena ne može tražiti izdržavanje.³⁸⁾ Ali sud može u takvom slučaju prema dvorskom dekretu od 4 maja 1841, IGS. No. 531, na ženinu molbu od slučaja

³⁵⁾ Windscheid-Kipp III, § 510.

³⁶⁾ Nov. 53 cap. 6 i Nov. 117 cap. 5. Iz izraza „indotata mulier“ u Nov. 53 zaključuju neki, da je zahtjev udovicena dio ostavštine bio isključen, ako je imala ma kakav dos. Većina pisaca stoji na stanovištu, da joj je pripao takav dio ostavine, ako je dos neznan, v. Windscheid-Kipp III, § 574 op. 5 i Dernburg-Sokolowski II, § 518 pod 1 sl. b. Kvart udovice smatra se kao zakonski legat, a ne kao nasljedni dos, v. Windscheid-Kipp, cit. mj. op. 10.

³⁷⁾ Windscheid-Kipp III, § 593; Dernburg-Sokolowski II, § 518 pod 1 sl. c.

³⁸⁾ Lenhoff u Klang III, str. 869 i sl.; a.OGH. GIUNF. 4167 (17 III 1908) i čl. Vs. br. 5719 (3 II 1926). Neki daju ženi i u slučaju, ako obje strane nisu krive rastavi pravo na izdržavanje; tako Anders Fam. § 49 (str. 57); Krasnopolski IV, str. 82, a kako se čini i Ehrenzweig II/2, str. 129 Tako i čl. Vs. br. 9759 (21 III 1930).

do slučaja, uvažeci prilike pojedinog slučaja i razloge pravičnosti, nalagati mužu da joj dade pristojno izdržavanje.

Ako je rastava izrečena sudskom presudom, a žena nije kriva rastavi nego je tome kriv samo muž, može ona po § 1264 zahtijevati ili održavanje bračnog ugovora ili njegovo ukidanje, a osim toga prema prilikama i primjerno izdržavanje.³⁹⁾

β) Slučaj razvoda braka.

Ako je razvod braka uslijedio na traženje obaju supruga zbog nesavladive mržnje, odnosno kod židova sporazumno (§§ 115, 133), utrnjuje po § 1266 bračni imovinski ugovor, ako supruzi nisu sporazumno šta drugo odredili. Prema tome se miraz ima vratiti, a zahtjev na eventualno uzmirazje ili na kakvu opskrbu za slučaj prestanka braka utrnjuje. Žena nema u takvom slučaju ni prava na izdržavanje.⁴⁰⁾

Ako je pak razvod izrečen sudskom presudom, a žena nije ona koja je kriva razvodu braka, već je tome kriv muž,⁴¹⁾ može ona po § 1266 tražiti sve ono, što je bračnim imovinskim ugovorom u njezinu korist ugovoreno, a osim toga ima još pravo na potpunu zadovoljštinu. Pravo na izdržavanje na osnovi § 91 doduše prestaje, ali žena može pod naslovom zadovoljštine tražiti i izdržavanje, dakako ne u naravi nego u novcu.⁴²⁾

³⁹⁾ To je doduše sporno. Nejasan tekst § 1264 dao je povoda raznim shvaćanjima u teoriji i praksi. Dok Krainz misli, da žena može tražiti izdržavanje, ako nije bračnim ugovorom predviđeno izdržavanje, a ona nema ni inače dovoljnih prihoda (Krainz-Pfaff-Ehrenzweig II § 440 kod op. 8), smatra Anders (§ 49 pod A 1), da žena, kad postoji bračni ugovor ima birati između održanja bračnog ugovora i zahtjeva na izdržavanje. Kao u tekstu Ehrenzweig IV/2, str. 129; Lenhoff u Klang III, str. 872 i 873, i novija praksa koja stoji na stanovištu, da žena može tražiti izdržavanje, sve da imade svoga imetka, v. odluke a.OGH. navedene u Klang III, str. 873 op. 72.

⁴⁰⁾ Krasnopolski IV, str. 142; Ehrenzweig II/2, str. 128 i a. OGH. od 3 I 1928, X No. 64, i od 4 IX 1928, X No. 176. Jednako Sts., Vragović III. No. 1039. Protiv toga Lenhoff u Klang III, str. 891.

⁴¹⁾ To je vladajuće mišljenje, v. Anders Fam. 352 str. 63; Krasnopolski IV, str. 142; Ehrenzweig II/2, str. 128; Lenhoff u Klang III, str. 888 i sl.; a.OGH. od 18 I 1927, Zentralblatt 1927 No. 175 smatra da to vrijedi bez obzira na to, da li je muž lično kriv, dakle i onda kada na njegovoj strani nema subjektivne krivnje, nego da su u njegovoj osobi nastali objektivni razlozi za razvod.

⁴²⁾ Anders cit. mj.; Krasnopolski cit. mj.; Ehrenzweig cit. mj.; Neumann-Ettenreich i Satter u Leske-Löwenfeld str. 187.; a. OGH. od 7 I 1926, VIII No. 218, zauzimalje stanovište, da visina priznate naknade kako je utvrđena prema prilikama za vrijeme razvoda braka ostaje nepromijenjena tj. ne nju ne upliviše ni kasnije poboljšanje ni pogoršanje imovinskih prilika muža. To nije ispravno. Ovdje se radi, kako Lenhoff na cit. mj. ispravno ističe, o naknadi onoga, što bi žena kao izdržavanje primila, da nije brak prije vremena razvrgnut, dakle o činidbi, koja prema imovini obvezanog (§ 91) podleži promjenama. Tako i Krasnopolski IV, str. 192. op. 3.

U slučaju ugovorene zajednice, dijeli se imovina, a nasljedno pravo iz ugovora o nasljeđivanju ostaje ženi pridržano za slučaj smrti muža (§ 1266 reč. 3 i 4). Propisi §§ 1364 i 1366 vrijede dakako samo, ukoliko nisu bračni drugovi za te slučajeve što drugo ugovorili jer se ovdje radi o dispozitivnim propisima.

γ) Slučaj smrti.

U slučaju smrti muža pripada udovici:

αα) obična opskrba za vrijeme od šest nedjelja poslije muževljeve smrti, a ako je u stanju trudnoće sve dotle dok ne prođe šest nedjelja iza njezinog porođaja (§ 1243).

Pod običnom opskrbom razumijeva se ona opskrba, uključivo stan, kako ju je udovica uživala za vrijeme zajedničkog života.⁴³⁾

ββ) stalno pristojno izdržavanje za sve vrijeme, dok ne stupi u drugi brak (§ 796).

Pretpostavke za pravo na izdržavanje po § 796, koji daje jednako pravo i preživjelom mužu, jesu: da nije za slučaj preživljenja ugovoreno koje opskrbljenje bračnim ugovorom, da udovica nije po svojoj krivnji rastavljena i da nema vlastite imovine, koja bi joj osigurala pristojno izdržavanje. Ako ima vlastitu imovinu, može izdržavanje po § 796 tražiti utoliko, ukoliko vlastita imovina nije dovoljna da joj osigura pristojno izdržavanje.

Glede odnosa ovoga zahtjeva na izdržavanje prema intestatskom nasljednom pravu razilaze se mišljenja u teoriji i judikaturi. Dok jedni zastupaju mišljenje da intestatni nasljedni dio ima da vrijedi kao maksimum onoga, što bi preživjeli bračni drug mogao dobiti na osnovi § 796 i da se to izdržavanje nema odmjeriti sa više od rente, koju bi odbacivao pripadajući mu zakonski dio,⁴⁴⁾ stoje drugi na stanovištu da taj zahtjev doduše otpada, ako je bračnim ugovorom ma koja opskrba predviđena, ali da zakonski nasljedni dio ne isključuje taj zahtjev, ukoliko nije dovoljan da podmiri pristojno izdržavanje.⁴⁵⁾

6) Po rimskom pravu nastupa za bračnog druga koji stupa u drugi brak (conjux binnubus) kao imovinska kazna (poenae secundarum nuptiarum) gubitak t. zv. lucra nuptialia (tj. donacije mortis

⁴³⁾ Hofmann u Grünhuts Ztschr. I, str. 569; Krainz-Pfaff-Ehrenzweig II, § 442 kod op. 3.; Anders § 51 str. 63; Krasnopolski IV, str. 98.

⁴⁴⁾ Tako Winiwarter, Komentar III, str. 40; Kirchstetter, Kommentar str. 389; Stubenrauch II, str. 758, 758; odluka a. OGH. od 30 V 1894, GIU 15131. Jednako Sts. A od 7 VIII 1912, Čimić zb. I, str. 69.

⁴⁵⁾ Hofmann o § 796 u Grünhuts-Ztschr I, str. 546 i sl.; Schiffner I, str. 85; Krainz-Pfaff-Ehrenzweig II, § 442 kod op. 8; Krasnopolski IV, str. 126, a.OGH. od 5 XI 1901, GIUNF. IV 1614, i od 13 IX 1906, GIUNF. IX 3521.

causa i svega drugoga, što je conjux binnubus po zakonu ili po naredbi posljednje volje dobio iza prvog supruga) u korist djece iz prvog braka zadržavajući upravu i uživanje tih dobara.⁴⁶⁾ Rimsko pravo je osim toga za ženu, koja bi se prerano, tj. prije isteka jedne godine od dana prestanka braka preudala, predvidilo još strože kazne, naime osim toga što bi gubila pravo na lucra nuptialia još i neke druge imovinske pravne posljedice kao i infamiju.⁴⁷⁾ Ove kazne proširilo je Justinijanovo zakonodavstvo i na ženu, koja je u toj godini rodila vanbračno dijete.⁴⁸⁾ Ali kanonsko pravo je kaznu infamije zbog povrede godine žalosti ukinulo,⁴⁹⁾ a na osnovi toga je praksa općeg prava sve te kazne ukinula ostavljajući samo kaznu gubitka prava na lucra nuptialia zbog nemoralnog ponašanja unutar te godine.⁵⁰⁾

Ogz. ne predviđa naročite poenae secundarum nuptiarum. Prirodna je posljedica stupanja u drugi brak da prestaju sve koristi namijenjene udovici odnosno razvedenoj ženi za vrijeme dok ne stupi u drugi brak, dakle pravo na izdržavanje, pripadalo joj to na osnovi bračnog ugovora ili na osnovi zakona ili sudske odluke, zatim i udovičko uživanje na osnovi bračnog ugovora. Druga lucra nuptialia joj ostaju. Nasuprot predviđa i Ogz. imovinsko pravne posljedice kao kazne za ženu, koja bi se prije isteka t. zv. roka čekanja, koji je u § 121 određen sa 180 dana, preudala. Ona po propisu istog §-a u takvom slučaju gubi sve koristi, koje je od prijašnjeg muža dobila bračnim ugovorom, nasljednim ugovorom, naredbom posljednje volje ili ugovorom povodom razvoda braka.

7) Po rimskom pravu su darivanja među supruzima ništetna.⁵¹⁾ Ogz. nije ovaj propis preuzeo. U § 1246 ističe se izričito, da se darivanja među supruzima imaju presuđivati po propisima koji uopće vrijede za darivanja. Po § 52 zakona o javnim bilježnicima od 14 IX 1930, koji važi na ovom području, treba za ugovore o darivanju bez prave predaje, bilo među supruzima bilo među drugim javnobilježnički akt. § 1247 sadrži jednu presumpciju u korist supruga, naime da se ono što muž daje ženi za ukras u nakitu, draguljima i drugim

⁴⁶⁾ Nov. 22, koja je zamijenila tit. Cod. de secundis nuptiis 5, 9 i tit. Cod. si secundo nupserit 5, 10; v. Windscheid-Kipp III, § 511 i Dernburg-Sokolowski II, § 421.

⁴⁷⁾ Pojedine pravne posljedice v. kod Windscheid-Kipp III, § 511.

⁴⁸⁾ Nov. 39 cap. 2.

⁴⁹⁾ Cod. 4, 5 X de sec. nupt. 4, 21.

⁵⁰⁾ Windscheid-Kipp III § 412 op. 2.

⁵¹⁾ Tit. Dig. de donationibus inter virum et uxorem 24, 1; eod. Cod. 5, 16. Ali je i takvo darivanje postalo valjanim, ako je suprug-darovatelj umro u braku prije supruga-obdarenika, bez da bi opozvao darivanje, l. 32 D. 24. 1; v. i Windscheid-Kipp III, § 509; Dernburg-Sokolowski II, § 418.

dragocjenostima u sumnji smatra da nije samo posuđeno nego poklonjeno.

D) Položaj u nasljednom pravu.

Starije rimsko intestatsko nasljedno pravo osnivalo se je na agnaciji, a uz to davalo je prednost muškim rođacima pred ženskim. Razvitak išao je za što većim priznavanjem kognata, a naročito i ženskih rođaka.⁵²⁾ Svršetak toga razvitka je Justinijanovo zakonodavstvo, koje je ukinulo agnaciju kao osnovu intestatskog nasljednog prava, osnivajući ga isključivo na kognaciji, zatim izjednačilo nasljedno pravo ženskih sa pravom muških rođaka i proširilo intestatsko nasljedno pravo na sve stepene rodbinstva.⁵³⁾

Ogz. usvojio je sistem Justinijanovog prava, dajući jednako kao i rimsko pravo zakonsko pravo nasljeđivanja rođacima po krvi prema blizini rodbinstva, bez razlikovanja između muških i ženskih rođaka i bez obzira na porijeklo imovine ostaviteljeve. ne usvajajući dakle germansko jus recadentiae (Fallrecht: patria paternis, materna maternis) (§§ 731 do 751). Inače se intestatsko nasljedno pravo Ogz-a znatno razlikuje od intestatskog nasljednog prava po Justinijanovom zakonodavstvu, a naročito u tome, što mu je osnova germanski linearno-parantelni sistem mjesto rimskoga gradualnog sistema.

Za naše pitanje dolaze u obzir dvije razlike intestatskog nasljednog prava Ogz-a od intestatskog prava po Justinijanovom zakonodavstvu.

Prva je od tih razlika, što Ogz. zakonsko pravo nasljeđivanja ograničuje na šest linija, tj. do uključivo trećeg pradjeda (pračukundjeda) i treće prababe (pračukunbabe) i njihovih descendenata (§§ 748, 751). Time je supsidijarno zakonsko pravo nasljeđivanja udovice, odnosno supruga u opće, iako još u dosta velikoj daljini, ali ipak bliže nego po Justinijanovom pravu.

Druga i važnija razlika sastoji se u tome, što Ogz. daje preživjelom bračnom drugu ne samo supsidijarno nasljedno pravo tj. kad nema krvnih rođaka, odnosno vanbračnih i adoptiranih nego i uz njih. Dok se po rimskom pravu uz rođake uvažuje samo još i siromašna udovica, priznaje Ogz. svakom preživjelom bračnom drugu, dakle ne samo udovici, zakonsko pravo nasljeđivanja i kad ima krvnih rođaka, odnosno vanbračnih i adoptiranih. Bračni drug dobiva, kad konkuriра

⁵²⁾ O razvitku rimskog intestatskog nasljednog prava do Justiniana, v. Girard str. 843 do 850 (Girard-Mayr i Dernburg-Sokolowski II, §§ 510 i 511.

⁵³⁾ Nov. 118 i 127. V. o tome poblize Girard str. 851 i sl. (Girard-Mayr), Windscheid-Kipp III, §§ 570 do 574 i Dernburg-Sokolowski II, §§ 512 do 518.

sa djecom odnosno ascendentima ostavitelja, jednu četvrtinu ostavine, kad ih ima najviše četiri, a kad ih ima više, jednaki dio sa svakim od njih na uživanje (§ 757),⁵⁴⁾ a kad konkurira sa ascendentima ili kolateralima, jednu četvrtinu u vlasništvo. U taj dio ima se pak uračunati sve ono, što je suprug dobio na osnovi bračnog ugovora, nasljednog ugovora ili naredbe posljednje volje (§ 758). Supsidijarno, tj. kad nema rodaka, koji bi mogli doći u obzir kao zakonski nasljednici, odnosno nema legitimirane, vanbračne i adoptirane djece i njihovih descendenata,⁵⁵⁾ ima preživjeli suprug jednako kao i po Justianijanovom pravu, zakonsko pravo nasljeđivanja na cijelu ostavinu (§ 759).

Ogz. ne priznaje siromašnoj udovici dio, koji joj pripada kao zakonski uz rođake, i kao nužni dio, ali zato joj priznaje, kao uopće preživjelom suprugu, pravo na pristojno izdržavanje (§ 796). O tome je već prije bilo govora (v. gore pod C 5).

E) Položaj u porodičnoj (kućnoj) zadruzi.

§ 761 Ogz. izuzimlje od općeg zakonskog reda nasljeđivanja seljačka dobra. Time su ostavljeni na snazi posebni propisi o nasljednom pravu glede seljačkih dobara, koje je važno na jednom dijelu bivše Austrije (tako naročito patent od 24 X 1790, JGS. No. 72), a po kojem seljačko dobro ima da pripadne samo jednom nasljedniku t. zv. Anerben (Stammerben).

Međutim ovi posebni propisi o nasljeđivanju glede seljačkih dobara, koje ima u vidu § 761 Ogz., ne dolaze u obzir na području ranije Hrvatske-Slavonije i bivše vojne granice, jer takvo posebno nasljedno pravo na tome području nije važno.

Ali zato dolazi ovdje u obzir ustanova porodične (kućne) zadruge, koja po svom uređenju takođe isključuje primjenu nasljednog prava Ogz-a. Posebni propisi o zadrugama održani su na snazi čl. VII br. 2 patenta od 29 XI 1852, kojim je austr. opći građ. zakonik proširen na Ugarsku, Hrvatsku-Slavoniju, Vojvodinu i tamiški Banat. I ministarska naredba od 7 IV 1857, br. 22856, upućuje na to, da propisi Ogz-a o nasljednom pravu ne vrijede za porodične (kućne) zadruge.

⁵⁴⁾ I ovdje vrijedi princip diobe po lozama, ako je jedno od djece umrlo, a ostavilo ascendentu, v. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig II, § 489 kod op. 2; Anders Erb. § 41, 2; Krasnopoljski V, str. 190; Maurović § 30.

O naravi ovog prava na uživanje razilaze se mišljenja. Vladajuće mišljenje smatra ga kao ususfructus, v. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig II, § 489 kod op. 10 a; Anders Erb. § 41, 2 (str. 49); Krasnopoljski V, str. 191; Maurović cit. mj.

⁵⁵⁾ Zadržni zakon sa novelom i svim propisima o njihovom provođenju izdali su Milan Smrekar (Zagreb, naklada knjižare St. Kugli) i d-r Dragutin Tončić (Zagreb 1902).

Porodične zadruge su danas zakonom priznate samo na području ranije Hrvatske-Slavonije. One su postojale i u bivšoj vojnoj granici (vojnoj Krajini). Ali na onom dijelu bivše vojne granice, koji je inkorporiran Vojvodini (ostali dio inkorporiran je Hrvatskoj-Slavoniji) ukinuta je ova ustanova mađarskim zak. člankom XXIV: 1885.

Za porodičnu zadrugu u Hrvatskoj-Slavoniji vrijedi danas zakon od 9 V 1889 (Zakon o zadrugi od 9 svibnja 1889), koji je noveliran zakonom od 30 IV 1902.

Zadržna imovina je kolektivno vlasništvo. Za trajanja zadruge ne mogu pojedini zadržari sa dijelom, koji bi im imao pripasti u slučaju diobe, ni inter vivos ni mortis causa raspolagati (§ 5 Zoz.). Smrt kućegospodara (starješine kuće) ili kojeg drugog člana zadruge nema nikakvog upliva na imovinu zadruge ni na odnose članova zadruge.

Žene, dok su u zadruzi, uživaju uglavnom jednaka prava sa muškim članovima. One mogu biti i kućegospodari, kad nema muškarca sposobnog za to (§§ 1, 6, 8 Zoz.). I pri diobi imaju ženski članovi jednaka prava sa muškim. Ali zadrugi ostaje na volju dio pripadajući ženskom članu namiriti u novcu (§§ 29, 30, 32 do 34 Zoz.).

Ženski član, kada se uda iz zadruge, gubi članstvo. Ali mu pripada oprema (miraz) po običaju (§§ 50 sl. d i 54 Zoz.).

Ženska koja se uda za zadržara gubi, gdje se deli po lozama (na nekadašnjem građanskom području) pravo, koje bi joj inače pripalo kao pretstavnici loze (§ 30 stav 2 Zoz.).

Udovica bez djece, koja je preudajom došla u zadrugu, ima, dok je u zadruzi, pravo na uživanje zadržne imovine jednako kao i ostali članovi zadruge, a kad se zadržuga podijeli, dobiva jednu četvrtinu dijela pokojnog muža (§ 31 Zoz.).

Kod t. zv. plemićkih zadržuga tj. zadržuga nekadašnjih seoskih plemića vrijede slijedeća otstupanja od naprijed navedenih odredaba.

Ženska ne gubi pri diobi pravo, koje joj pripada kao pretstavnici loze (kod ovih zadržuga dijeli se zadržna imovina po lozama), ni kada se uda bilo u zadruzi za zadržara bilo izvan zadruge (§ 54 stav. 5 i 6 Zoz.).

Djevojci, koja se udaje, daje pir cijela zadržuga, a opremu (miraz) u prvom redu roditelji, a ako ovih nema bliža rodbina, a tek kad nema ni takve zadržuga (§ 59 stav 10 Zoz.).⁵⁶⁾

⁵⁶⁾ Ova posebna odredba ima očito u vidu, da pojedini zadržari mogu imati posebnu imovinu. Naime kod takvih zadržuga razlikuje se između starinske zadržne nepokretne imovine, pokretne imovine, prikupljene i nasljeđene zemlje. Samo prve dvije vrste imovine sačinjavaju zadržuu imovinu, dočim se prikupljena zemlja dijeli onako kako glasi isprava o kupnji, a nasljeđena po pravu nasljedstva (§ 59 st. 3 i 4 Zoz.).

Udovici bez djece pripada uživanje dijela umrlog bračnog druga, a iza njezine smrti odnosi dio priraste zadrugi. Ako se pak zadruga međutim razdijeli, pripada taj dio u vlasništvo onome zadrugaru, koji bi po nasljednom pravu općeg građanskog zakonika došao u obzir kao nasljednik pok. muža te udovice (§ 59 stav 8 Zoz.).⁵⁷⁾

2) Na području važenja austrijskog općeg građanskog zakonika po stanju novela.

T. zv. prva djelomična novela austrijskog općeg građanskog zakonika od 12 oktobra 1914 donijela je, što se tiče pravnog položaja žene, slijedeće izmjene stanja izloženog u prednjem otkretu:

a) Ukinuta je nesposobnost žene biti tutorom ili kuratorom.

Po izmijenjenom § 192 (Nov. I § 21) mogu i žene biti tutorice, odnosno po § 281 i kuratori. Ali udata žena mora za preuzimanje tutorstva (kuratorstva) imati pristanak muža, osim ako se radi o njezinom vlastitom djetetu ili ako je muž proglašen umobolnim ili je nepoznatog boravišta ili ako je od muža rastavljena (§ 193 po tekstu Nov. I § 22).

Ako otac nije odredio tutora može to učiniti mati (§ 196 po tekstu Nov. I § 25), a mati može jednako kao i otac nekoga isključiti od tutorstva (§ 194 po tekstu Nov. I § 23).

Žene za zazliku od muškaraca mogu bez daljega odbiti da se prime tutorstva, osim matere i bake glede tutorstva nad djetetom, odnosno unukom (§ 195 po tekstu Nov. I § 24).

Dok se je po ranijem §-u 211 materi i babi kao tutoricama morao u svakom slučaju pridodati sututor, ima se po novom §-u 211 (Nov. I § 27) ženi kao tutorici dodati sututor samo u slijedećim slučajevima:

α) majci kao tutorici, ako je otac naredbom posljednje volje za taj slučaj naredio postavljenje sututora;

β) vanbračnoj majci kao tutorici, ako je to potrebno radi čuvanja interesa vanbračnog djeteta;

γ) u ostalim slučajevima, ako žena kao tutorica to izričito zahtijeva.

Ovdje valja još spomenuti, da se po § 7 stav 2 carske naredbe o oduzimanju svoje vlasti (Entmündigungsordnung) od 28 jula 1914, LDZ. br. 207, koja takođe važi na ovome području, majka koja je tutorica svoga djeteta ima postati mu i kuratorom, ako mu se oduzme svojevlast.

⁵⁷⁾ O hrvatskom združnom pravu v. V. Krišković, Hrvatsko pravo kućnih zadruga (Zagreb 1925) i Dragutin Tončić, Vrhovne upravne i sudske rješidbe k zakonu o zadrugama (Zagreb 1925), u kojima djelima se upućuje na daljnu literaturu.

b) Ukinuta je nesposobnost žena biti svjedokom testamenta (§ 591 po tekstu Nov. I § 56).

Spomenuto je već prije (vidi odjelj. 1 pod B), da to danas vrijedi i na području, na kojem važi Ogz. po stanju prije novela s obzirom na § 62 stav 4 zakona o javnim bilježnicima od 11 IX 1930.⁵⁸⁾

c) Znatno je poboljšana položaj preživjelog bračnog druga (muža ili žene) kao zakonskog nasljednika.

Uz descendentne ostaviteljeve (bez obzira na njihov broj) dobiva jednu četvrtinu, uz roditelje i njihove descendentne, a isto tako uz djedove i babe dobiva jednu polovicu ostavine u vlasništvo, a ako nisu oba djeda ili obje babe na životu, dobiva osim toga dio koji bi pripao umrlom djedu ili umrloj babi.⁵⁹⁾ Kad nema rodaka prve i druge linije ni djedova ni baba, dobiva preživjeli suprug cijelu ostavinu (§ 757 po tekstu Nov. I § 68).

Osim toga priznate su preživjelom suprugu kao prelegat pokretne stvari koje su pripadale bračnom kućanstvu. Ali ako su ostala djeca ostaviteljeva, dobiva preživjeli suprug kao prelegat samo ono, što mu je nužno za vlastitu potrebu (§ 758 po tekstu Nov. I § 69).

d) Najzad je prvom novelom § 696 koji određuje pravo preživjelog bračnog druga na pristojno izdržavanje data nova stilizacija, kojom je spomenuti spor koji se pojavio s obzirom na stari tekst glede odnosa prava na izdržavanje prema zakonskom pravu nasljeđivanja (vidi gore odsj. 1 pod C b 5 pri kraju) riješen u smislu shvaćanja povoljnog za položaj supruga. Naime po novom tekstu pripada preživjelom bračnom drugu manjkajuće mu pristojno izdržavanje, ukoliko mu to nije osigurano zakonskim nasljednim dijelom ili ugovorenim ili naredbom posljednje volje određenom opskrbom (§ 796 po tekstu Nov I § 71).^{60) 61)}

⁵⁸⁾ § 434 Ogz. koji govori o tome, da samo muške osobe mogu biti svjedoci tabularnih isprava, zamijenjen je Nov. III novim tekstom § 432, koji propisuje u saglasnosti sa propisima zakona o zemljišnim knjigama, da tabularna isprava, ako je privatna mora biti ovjerovljena.

⁵⁹⁾ Po §§ 738 i 739 Ogz. dijeli se u trećoj liniji, tj. kada djedovi i babe ostaviteljeve dođu na red kao zak. nasljednici, ostavina među njih u četiri dijela.

⁶⁰⁾ E h r e n z w e i g II/2, str. 154 i sl. Ali je ostalo otvoreno pitanje, šta ima da vrijedi, ako se zahtjev na izdržavanje preživjelog supruga sukobi sa drugim zahtjevima na izdržavanje koji se osnivaju na zakonu, kao što vanbračnog djeteta (§ 271), isključenog nužnog nasljednika (§ 745) ili inače sa zahtjevima roditelja i djece, v. E h r e n z w e i g II/2, str. 155, 156 pod II 2.

⁶¹⁾ Spomenuti §§ 761 Ogz. koji ostavlja na snazi posebne propise o nasljeđivanju u seljačka dobra (vidi gore odsj. 1 pod E) nema na ovome području nikakvog značaja. T. zv. A n e r b e n r e c h t važio je doduše i na jednom dijelu područja apelacionog suda u Ljubljani, tj. na onome dijelu koji je ranije pripadao Štajerskoj. Ali je na

3) Na području važenja mađarskog prava.

A) Općenito.

Mađarsko opće privatno pravo je običajno pravo protkano sa nekoliko specijalnih zakona, od kojih su najvažniji zakonski članak XXXI: 1894 o bračnom pravu i zakonski članak XX: 1877 (sa izmjenama zak. članka VI: 1885) o tutorstvu i starateljstvu.

Glavnu podlogu mađarskog običajnog prava sačinjavaju tripartitum Stjepana Verbötzy-ja, kojim je na sistematski način utvrđeno običajno mađarsko pravo („Tripartitum opus juris consuetudinarii incluti regni Hungariae, izdano 1517 god.⁶²⁾ i zaključci Judex-kurijalne konferencije od 1861 god. tj. komisije, koja je nakon uspostave ustavnog stanja u Mađarskoj bila sazvana da pripremi ponovno uvođenje u život ranijih mađarskih zakona, jer je za apsolutističko doba bio, kako je već spomenuto, cesarskim patentom od 29 XI 1852 austr. opći građ. zakon protegnut ne samo na Hrvatsku-Slavoniju nego i na Mađarsku.⁶³⁾ Ovi zaključci judex-kurijalne konferencije sadrže norme o tome, na koji se način imaju raniji mađarski zakoni (odnosno ranije mađarsko pravo) ponovno uvesti u život i u kojem pravcu se oni imaju dopuniti, odnosno ukoliko se imaju ostaviti na snazi austrijski zakoni, koji su za apsolutističko doba bili uvedeni. (t. zv. privremena zakonska pravila).⁶⁴⁾

Tih djela drži se praksa jednako kao i jednog zakona. Na njihovoj podlozi izrgadila se je stalna sudska praksa, o tome, što se ima smatrati kao važeće pravo.

Pri tome su od naročite važnosti odluke vrhovnog sudišta, tj. kurije u Budimpešti, odnosno sada u našoj državi kasacijskog suda odjeljenje B u Novom Sadu za održanje jednolikosti pravosuđa i njegove plenarne odluke, pošto po § 75 uvodnog zakona za mađarski građanski parnični postupak (zakonski članak LIV: 1912) ove odluke vežu sudove sve dotle, dok ne budu izmjenjene drugim plenarnim odlukama.

osnovi austr. zakona od 27 VI 1868 LDZ. br. 79, kojim je pokrajinsko zakonodavstvo ovlašteno ukinuti ograničenja glede dijelivosti seljačkih dobara i nasljeđivanja u njih, pokrajinskim zakonom Štajerske od iste godine to posebno nasljedno pravo ukinuto. Austr. zakonom od 1 IV 1889, LDZ. 52, je doduše pokrajinsko zakonodavstvo ovlašćeno izdati posebne propise o diobi nasljedstva na poljoprivrednim posjedima srednje veličine, da bi se spriječila takva dioba. Ali se Štajerska nije koristila ovim ovlašćenjem.

⁶²⁾ O ovome djelu v. naročito Lanović, Privatno pravo tripartita (Zagreb 1929); Almási I str. 16 i sl.

⁶³⁾ Almási str. 5 i sl.; v. i Bogdanfi-Nikolić str. 8.

⁶⁴⁾ Vidi поближе Almási str. 19 i sl.

Prema naprijed izloženom drži se i slijedeći prikaz onoga, što je u stalnoj sudskoj praksi prihvaćeno.

B) Opći pravni položaj žene.

Što se tiče općeg pravnog položaja žene, mađarsko pravo jednako kao i austrijsko pravo ne čini glede djelatne sposobnosti nikakve razlike između ženskih i muških osoba. I za udatu ženu ne postoje nikakva ograničenja.⁶⁵⁾

Takođe jednako kao i austr. opći građanski zak. po stanju prije novela isključuje ono mađarske žene od tutorstva i skrbništva, osim što pripušta majku kao tutoricu svoje djece, ženu kao skrbnika za svoga muža i ženu, koja je adoptirala koje dijete kao tutoricu takvoga djeteta (zak. član. XX: 1877, § 33 sl. a).

Kao osobina mađarskog prava vrijedi, da malodobna ženska udajom postaje punodobnom (zak. član. XXIII: 1874, § 2).⁶⁶⁾

C) Položaj žene u braku.

a) Što se tiče bračnih odnosa.

Što se tiče bračnih odnosa supruge, zastupaju se za mađarsko pravo u teoriji i praksi u glavnom načela, koja odgovaraju prije izloženim propisima austr. općeg građ. zakonika.

Tako se i za mađarsko pravo zastupa, da je svaki bračni drug obvezan na vršenje bračne dužnosti, na bračnu vjernost, na zajednički život i na uzajamno poštovanje i pomaganje,⁶⁷⁾ ali se smatra da se prava koja izviru za svakog od bračnih drugova iz tih dužnosti ne mogu ostvarivati sudskim putem, nego da povrede ovih dužnosti mogu samo dati razloga za razvod braka.⁶⁸⁾

Zatim se i za mađarsko pravo smatra, da je pravo muža odrediti mjesto zajedničkog stanovanja i uopće odlučiti u svim važnijim stvarima porodice, a naročito odrediti visinu troškova zajedničkog

⁶⁵⁾ Po mađarskom pravu ne treba žena za vođenje trgovine odobrenja muža. Glede toga se razlikuje, kako je to već spomenuto, trgovački zakon, koji važi za Mađarsku odnosno Vojvodinu i Hrvatsku-Slavoniju od austr. i bos. trgovačkog zak.

⁶⁶⁾ Bogdanfi-Nikolić I, str. 25; Almási I, str. 54. To se priznaje i ženi, koja se je udala za pripadnika države, čiji zakoni ne priznaju braku takav učinak, v. K. 108/1909. Ali time žena ne dobiva i mjeničnu sposobnost. Tu sposobnost stiče i udata žena tek kad navrší godine, kojim po općim propisima postaje punodobnom. Tako § 1 mađ. mjen. zakona (zak. član. XXVII: 1876). Taj se propis ima smatrati da je ostao na snazi obzirom na § 97 sadašnjeg mjen. zakona od 29 XI 1928.

⁶⁷⁾ Bogdanfi-Nikolić I, str. 183; Almási I, str. 186.

⁶⁸⁾ Almási cit. mj.; isti, u Leske-Löwenfeld str. 265, K 6464/1926.

kućanstva.⁶⁹⁾ Isto tako se uzimlje i za mađarsko pravo, da je žena dužna pomagati muža ne samo u kućanstvu nego i u njegovom zanimanju. Ali se uzimlje, da je žena u spomenutim pravcima podvrgnuta muža samo utoliko, ukoliko se ne bi pokazala zloupotreba muževljeve vlasti.⁷⁰⁾

Iz dužnosti žene da vodi kućanstvo izvodi se i za mađarsko pravo da žena može za zajedničko kućanstvo svojim pravnim poslovima obvezati muža kao njegov zastupnik (Schlüsselgewalt).⁷¹⁾

I po mađarskom pravu dobiva žena udajom ime i stalež muža. To proizlazi iz § 94 bračnog zakona.⁷²⁾

Što se tiče pitanja, da li žena može imati vlastito zanimanje, priznaje joj se takvo pravo, ali sa ograničenjem, da vršenje takvog zanimanja ne može doći u sukob sa dužnostima bračne životne zajednice i s pravom muža da odluči u stvarima porodice.⁷³⁾

b) Što se tiče imovinsko pravnih odnošaja.

1) Što se tiče imovinsko pravnih posljedica braka prima se i za mađarsko pravo da je na mužu da snosi terete braka, a naročito da je dužan dati ženi izdržavanje, i to prema svojoj imovini, svojim prihodima i svome staležu.⁷⁴⁾ Vlastita imovina ženina i njezini vlastiti prihodi ne dolaze pri tome u obzir.⁷⁵⁾

Ženi priznaje se pravo na izdržavanje prema staležu muža i u slučaju raskidanja bračne zajednice, ako je raskidanje uslijedilo bez njezine krivnje, ali samo utoliko, ukoliko njezina privatna imovina, odnosno njezini prihodi nisu dovoljni za podmirenje ovog izdržavanja (§ 90 bračnog zakona).⁷⁶⁾

2) I po mađarskom pravu vrijedi sistem razlučenih dobara

⁶⁹⁾ Bogdanfi-Nikolić I, str. 183; Almási I, str. 187; isti, u Leske-Löwenfeld cit. mj., v. i odluke kurije navedene u Almási I, str. 187 op. 9 i 10.

⁷⁰⁾ K 2884/1914.

⁷¹⁾ Bogdanfi-Nikolić I, str. 184; Almási I, str. 187; isti, u Leske-Löwenfeld cit. mj.; K 1937/1917.

⁷²⁾ Bogdanfi-Nikolić I, str. 182; Almási I, str. 187.

⁷³⁾ Almási I, str. 188. Po zakon. član. XIII: 1876 treba odobrenje muža za stupanje u službeni odnošaj.

⁷⁴⁾ Bogdanfi-Nikolić I, str. 184; Almási I, str. 187 i 195; isti, u Leske-Löwenfeld str. 259 i na istim mjestima navedene odluke kurije.

⁷⁵⁾ Almási I, str. 196, isti, u Leske-Löwenfeld str. 257 i 258 i odluke kurije navedene na istim mjestima.

⁷⁶⁾ Bogdanfi-Nikolić str. 189 i 190; Almási I, str. 196, 197; isti, u Leske-Löwenfeld str. 258 i 259, kao i odluke kurije navedene kod Almási-ja na istim mjestima.

bračnih drugova, kao zakonski sistem. Svaki od njih ostaje samostalni vlasnik svoje dosadašnje imovine i bračni drugovi mogu kao i po austr. pravu među sobom sklapati pravne poslove jednako kao i sa trećim osobama.⁷⁷⁾

Muž dobiva na ženinu imovinu vlast, tj. upravu i uživanje samo utoliko, ukoliko mu je žena takvu vlast pravnim poslom ili mučke dala. Ali ako je muž dobio ženinu imovinu na upravu bilo izričitim ugovorom bilo mučkim pristankom i dok ona traje, nije u nedostatku drugog utanačenja po stanovištu prakse dužan polagati račun o prihodima, dakle pripada mu mučke i uživanje.⁷⁸⁾

I praesumptio Muciana priznaje se u izvjesnim granicama. Naime za trajanja bračne zajednice smatra se glede pokretnih stvari, koje se nađu u posjedu kojeg od supružnika da pripadaju mužu. Ali to ne vrijedi za zlatne i srebrene predmete, dragocjenosti i komade odijela, na kojima se nalazi ime ženino (makar samo sa početnim slovima) i za one pokretne stvari, koje su po svome očitom opredjeljenju namijenjene ženi. To je doduše propisano samo za slučaj izvršenja protiv muža, i to propisom § 49 mađ. zakona o isvršenju (zak. član. LX: 1881). Ali se to zastupa kao opće pravilo.⁷⁹⁾

3) Iz germanskog prava prešla je u mađarsko pravo zajednica tekovine (Errungenschaftsgemeinschaft).

Zajednička tekovina je ona imovina, koju bračni drugovi za vrijeme zajedničkog života stiču bilo zajednički bilo zasebno. Po tome pripada svakom bračnom drugu pravo na polovicu onoga, za što se je imovina drugog bračnog druga za trajanja braka povećala.⁸⁰⁾ Da li je bračni drug zaista učestvovao u tecivu nije od važnosti: Jedina je pretpostavka da je postojao valjan ili barem putativan brak.⁸¹⁾

Ali zajednica tekovine ne važi po samom zakonu za plemiće i

⁷⁷⁾ Bogdanfi-Nikolić I, str. 191 i sl.; Almási u Leske-Löwenfeld str. 261. Pošto zakon o javnim bilježnicima od 11 IX 1930 važi i na ovome području, treba i ovdje za poslove navedene u §-u 52 toga zakona javnobilježnički akt v. gore isti dio odsj. 1 pod C/b/7.

⁷⁸⁾ Bogdanfi-Nikolić I, str. 192; Almási cit. mj.

⁷⁹⁾ Almási u Leske-Löwenfeld str. 261.

⁸⁰⁾ Bogdanfi-Nikolić I, str. 198 i sl.; Almási I, str. 198; isti, u Leske-Löwenfeld str. 262 i sl. Po odluci Ks. B 533 1930 (Ignjatović XIII br. 144) nekretnine kupljene za vrijeme braka imaju se smatrati kao zajednički stečen imetak i onda, kada je kupovninu isplatio jedan bračni drug tek poslije smrti drugog bračnog druga.

⁸¹⁾ U teoriji i praksi razilaze se mišljenja, da li povreda bračnih dužnosti ima za posljedicu gubitak prava na zajedničku tekovinu. Zato Almási I, str. 199, K 4090 1913, 4447 1914. Protivno Bogdanfi-Nikolić I, str. 202 (br. 734 načelnih odluka i odluka Ks B 565/1928, Ignjatović X br.1 7).

za t. zv. honorarios. U potonje ubraja praksa sva akademska zvanja, oficire, umjetnike i sl.⁸²⁾ Za pripadnike ovih društvenih klasa može se zajednica tekovine osnivati na bračnom ugovoru.⁸³⁾

Za pitanje postojanja prava na zajedničku tekovinu mjerodavan je stalež muža, odnosno njegovo zanimanje u vrijeme sklapanja braka.

Pravo iz zajednice tekovine dopijeva prestankom braka uslijed smrti jednog od bračnih drugova ili uslijed razvoda braka. Jednako se tretiraju po zakonskom propisu (§ 105 brač. zak.) rastava od stola i postelje, a po sudskoj praksi i proglašenje jednog bračnog druga umrlim.⁸⁴⁾

4) Druga je osobina mađarskog bračnog imovinskog prava bračna nagrada (nagrada vjernosti, Treulohn).

Bračna nagrada, koja se osniva na tripartitum-u (I § 3 § 2), pretpostavlja konzumirani brak, a gubi se u slučaju povrede bračnih dužnosti.⁸⁵⁾

Po zak. članku XXII: 1840 bračna nagrada iznosi kod magnatskog staleža 400 forinata, kod nižih plemića i građana 200 for., a kod ostalih 40 for. Ona se smanjuje kod drugog braka na 1/2, kod trećeg na 1/4 itd.

Bračna nagrada dopijeva prestankom braka. Zakonska se bračna nagrada ne može tražiti ako je žena iza muža više dobila.⁸⁶⁾

Bračna nagrada može se i ugovoriti: Ugovorena bračna nagrada isključuje zakonsku bračnu nagradu.⁸⁷⁾

5) I za mađarsko pravo se priznaju bračni ugovori u svrhu uređenja imovinsko-pravnih odnošaja među bračnim drugovima.⁸⁸⁾ Slobodi ugovaranja nisu stavljene nikakve granice. Prema tome mogu

⁸²⁾ Bogdanfi-Nikolić I, str. 201; Almási I, str. 197, 198; isti u Leske-Löwenfeld, str. 262 kao i odluke kurije navedene kod Almási-ja na istim mjestima.

⁸³⁾ Bogdanfi-Nikolić I, str. 201; Almási I, str. 198; isti u Leske-Löwenfeld str. 262, kao i odluke knrije navedene kod Almási-ja na istim mjestima.

⁸⁴⁾ Bogdanfi-Nikolić I, str. 200; Almási I, str. 199 (odluke kurije na istoj strani op. 5); isti u Leske-Löwenfeld str. 263; odluka Ks. B u Ignjatović XIII br. 103.

⁸⁵⁾ Bogdanfi-Nikolić I, str. 202, 203 prema stalnoj praksi u Vojvodini. Naprotiv Almási I, str. 202, i u Leske-Löwenfeld str. 265 veli da konzumpcija braka nije prema današnjem shvaćanju više pretpostavka, nego da pravo na zakonsku nagradu nastaje samo sklapanjem braka.

⁸⁶⁾ Bogdanfi-Nikolić str. 203.

⁸⁷⁾ Bogdanfi-Nikolić cit. mj.; Almási I, str. isti, u Leske-Löwenfeld str. 265.

⁸⁸⁾ Bogdanfi-Nikolić str. 203, 204; Almási I, str. 205 i sl.; isti, u Leske-Löwenfeld str. 165 i sl.

se bračnim ugovorom i spomenute zakonske imovinsko-pravne posljedice braka preinačiti.⁸⁹⁾

Mađarsko pravo poznaje i miraz kao ustanovu, koja se osniva na pravnom poslu tj. bračnom ugovoru među bračnim drugovima ili na ugovoru s trećom osobom, koja daje miraz. Glede miraza priznaju se i za mađarsko pravo uglavnom ona ista načela, koja glede toga vrijede po prije izloženim propisima austrijskog općeg građanskog zakonika, a naročito da mužu za trajanja braka glede miraznih dobara pripada samo položaj uzufruktua.⁹⁰⁾ Za razliku od austrijskog prava ne priznaje se po mađarskom pravu zakonska dužnost roditelja (ascendenata) da dadu kćeri miraz.⁹¹⁾

D) Položaj žene u nasljednom pravu.

I mađarsko nasljedno pravo ne čini glede intestatskog nasljeđivanja razlike između ženskih i muških nasljednika. Naprotiv može se reći, da je žena po mađarskom nasljednom pravu povlašćena, jer se udovici priznaju prava prema ostavini muževljevoj, koja nisu priznata preživjelom mužu prema ostavini umrle žene.

Za mađarsko nasljedno pravo je karakteristično: 1) dioba ostavine u stečenu imovinu i imovinu od grane (porodična imovina); 2) prednost supruga pred rođacima ostavitelja, osim njegovih descendenata, glede nasljeđivanja u stečenu imovinu i 3) posebna udovička prava na ostavinu muževljevu.

Porodična imovina, odnosno imovina od grane je ona imovina, koja je ostavitelju došla od koga predaka ili njegovih descendenata na osnovu porodične veze i na besplatni način.⁹²⁾

Glede imovine od grane vrijedi jus recadentiae (Fallrecht) germanskoga prava: paterna paternis, materna maternis.⁹³⁾

U praksi prima se prezumpcija za stečenu imovinu, tj. smatra se, da je ostavina stečena imovina, dok se za nju ili za jedan njezin dio ne dokaže da je porodična.⁹⁴⁾

⁸⁹⁾ Almási I str. 206 i odluke kurije navedene na istoj strani pod op. 4, 5 i 6.

⁹⁰⁾ Bogdanfi-Nikolić I str. 194 i sl.; Almási I str. 207 i sl.; isti u Leske-Löwenfeld str. 266 i sl.

⁹¹⁾ Almási u Leske-Löwenfeld str. 266.

⁹²⁾ Bogdanfi-Nikolić II str. 199, 203 i sl.; Almási I str. 255, odluke kurije navedene kod istog i odluke Ks. B u Ignjatović X br. 17, XII br. 115, 116.

⁹³⁾ Bogdanfi-Nikolić II str. 204; Almási cit. mj. Imovinu od grane ima univerzalni nasljednik izdati u naturi, ako je ima, i to sa prirastom, inače u novcu prema vrijednosti u vrijeme, kada ju je ostavitelj stekao, v. odluku Ks. B u Ignjatović XI br. 74.

⁹⁴⁾ Bogdanfi-Nikolić II str. 203; Almási I str. 254 i odluke kurije navedene kod istog u op. 11 i 12 cit. mj.



Na gornjoj podlozi postoji slijedeće intestatsko nasljeđivanje:

1) Descendenti nasljeđuju cijelu ostavinu, bez razlike da li je stečena ili porodična.⁹⁵⁾

2) Kad nema descendenata, preživjeli bračni drug nasljeđuje cijelu stečenu imovinu, dočim porodična imovina spada natrag na onu granu porodice, od koje je došla, i to pojedinim precima i njihovim descendentima prema njihovoj blizini ostavitelju, tj. najprije ocu, odnosno materi ili njihovim descendentima, kad takvih nema djedovima i babama s očeve, odnosno s materine strane ili njihovim descendentima itd.⁹⁶⁾

3) Kad nema bračnog druga, stečena imovina prelazi na rođake ostaviteljeve po linearnom (parentelnom) sistemu jednako kao i po austr. općem građ. zakoniku, ali bez ograničenja na izvjestan krug rođaka.⁹⁷⁾

Kad opet nema ovlašćenika glede porodične imovine, nasljeđuje se cijela ostavina po načelima koja vrijede za stečenu imovinu.⁹⁸⁾

Nasljeđivanje stečene imovine ima karakter univerzalne sukcesije; ono je dakle jedino pravo nasljeđivanja, dočim stupanje u porodičnu imovinu ima karakter singularne sukcesije za slučaj smrti, dakle slično legatu.⁹⁹⁾

4) Udovici pripadaju osim prava nasljeđivanja u stečenu imovinu spomenutog pod br. 2 koje pripada svakom bračnom drugu, još i posebna udovička prava, naime udovičko pravo uživanja (jus viduale) i udovičko nasljeđivanje (successio vidualis).

Opseg udovičkog uživanja zavisi od toga, s kojim nasljednicima konkurira. Ako su nasljednici udovici i ostavitelju zajednički descendenti, udovičko uživanje obuhvata cijelu ostavinu, dakle kako stečenu tako i porodičnu imovinu. Ako su pak nasljednici descendenti samog ostavitelja, a ostavitelj nije plemić ili honoratior udovici pripada samo uživanje jednog dijela po glavi (in loco pueri).¹⁰⁰⁾ Ako nema descendenata udovičko uživanje obuhvata samo porodičnu imovinu, jer u takvom slučaju glede stečene imovine dolazi u obzir kao jedini nasljednik.¹⁰¹⁾

⁹⁵⁾ Bogdanfi-Nikolić II str. 197 i sl.; Almási I str. 251 i sl.

⁹⁶⁾ Bogdanfi-Nikolić II str. 199 i sl., 201 i sl.; Almási I str. 255, 258 i sl.

⁹⁷⁾ Bogdanfi-Nikolić II str. 202 i sl.; Almási I str. 255.

⁹⁸⁾ Bogdanfi-Nikolić III str. 196 i Almási I str. 256 kod op. 3.

⁹⁹⁾ Bogdanfi-Nikolić II str. 199; Almási I str. 254, 256.

¹⁰⁰⁾ Bogdanfi-Nikolić II str. 208, 210, 212; Almási I str. 260; v. i odluke kurije navedene kod Almási-ja na istoj strani op. 5. i Ks. B 44/1924.

¹⁰¹⁾ Bogdanfi-Nikolić II str. 208; Almási I str. 260.

Sudskom odlukom može se udovičko uživanje proširiti ili ograničiti. Proširenje može biti, ako je to opravdano uslijed povećanja vrijednosti ostavine ili njezinog prihoda koje je nastalo bez djelanja nasljednika.¹⁰²⁾ Ograničenje može biti na zahtjev descendenata-nasljednika ili njihovih pravnih nasljednika i to do izdržavanja primjerenog staležu udovice i odgovarajućeg aktivnom stanju ostavine, ako su ostala samo djeca iz braka udovice sa umrlim mužem ili ako je umrli muž bio plemić ili honoratior, ali ako su ostala i djeca iz ranijeg muževljevog braka, a muž nije bio plemić ili honoratior, udovičko uživanje se ima ograničiti na plodouživanje jednog dječijeg dijela, računavši pri tome i udovicu kao dijete.¹⁰³⁾

Pretpostavka je udovičkog uživanja da brak u vrijeme smrti ostaviteljeve još postoji. Nedostojnost udovice, makar naknadna, isključuje ovo pravo.^{103a)}

Udovičko uživanje može se naredbom posljednje volje ograničiti, ali ne ispod minimuma tj. pristojnog izdržavanja.¹⁰⁴⁾ Ovo udovičko uživanje zamjenjuje dakle nužni dio. Udovičko nasljeđivanje (izričito održano na snazi u § 15 privr. zakonskih pravila judex-kurijalne konferencije) ima da zamijeni zajednica tekovine gdje ona ne važi. Njemu ima dakle mjesta samo kod onih društvenih klasa kod kojih ne postoji zakonska zajednica tekovine, tj. kod plemića i honoratiores.¹⁰⁵⁾

Za udovičko nasljeđivanje je pretpostavka postojanje braka u vrijeme smrti ostaviteljeve i dostojnost udovice za nasljeđivanje.¹⁰⁶⁾

Udovičko nasljeđivanje odnosi se: a) na pokretne stvari, koje su služile neposrednoj potrebi ostavitelja i uopće supružnika, kao što su: bračni prsten, svečano odijelo muža, kola sa konjima, polovica ergele, ako nema više od 50 konja, i slično, i b) jedan dio jednaki sa dječijim u pokretnim stvarima stečenim za trajanja braka, razumijevajući ovdje i tražbine kao i druga prava.¹⁰⁷⁾

¹⁰²⁾ Almási I str. 260 i odluke kurije navedene na istoj strani op. 10; Bogdanfi-Nikolić o tome ne govori.

¹⁰³⁾ Bogdanfi-Nikolić II str. 211 i sl.; Almási I str. 260, 261 i odluke kurije kod istog op. 13 na str. 260 i op. 1 na str. 261, odluka Ks. B 44/1924.

^{103a)} Bogdanfi-Nikolić II str. 218; Almási I str. 260, 261; odluke Ks-B: G 221/1922, G 99/1923 (i jedna i druga navedene kod Bogdanfi-Nikolić str. 213 i 214) i Ignjatović X br. 66, XII br. 120.

¹⁰⁴⁾ Bogdanfi-Nikolić II str. 209; Almási I str. 263; odluka Ks. B: Ignjatović XII br. 120.

¹⁰⁵⁾ Bogdanfi-Nikolić II str. 206; Almási cit. mj.

¹⁰⁶⁾ Bogdanfi-Nikolić i Almási cit., mj.

¹⁰⁷⁾ Bogdanfi-Nikolić cit. mj.; Almási I str. 264.

4) Na području ranije Srbije

A) Općenito.

Iako je Srpski građanski zakonik od 1844 god. uglavnom skraćen prijevod austr. općeg građ. zakonika,¹⁰⁸⁾ on u porodičnom i nasljednom pravu znatno odstupa od svoga uzora. U ovim materijama je srpski zakonodavac dobrim dijelom zadržao nacionalno pravo. Iz nacionalnog prava preuzeta je i ustanova porodičnih zadruga, kojoj srp. građ. zak. posvećuje jedan niz posebnih propisa (§§ 42, 57, 58, 111, 507 do 529 i 534).

Iz toga nacionalnoga prava prešao je u Sgz. i inferiorni položaj žena prema muškarcima, a naročito u braku i u nasljednom pravu.

Uređenje, koje je dao pravnom položaju žene Sgz., ostalo je, sa neznatnim izmjenama, sve do danas.

B) Opći pravni položaj žene.

Što se tiče općeg pravnog položaja žene, treba po Sgz. razlikovati između žene, koja se nalazi u braku, i žene, koja nije u braku.

Žena, koja nije u braku, tj. koja je neudata ili udovica ili razvedena, je kao i po austr. pravu glede poslovne sposobnosti potpuno izjednačena sa muškarcima. Ako je punodobna, a nije zbog duševne bolesti ili rasipništva njezina poslovna sposobnost ograničena, onda je potpuno poslovno sposobna jednako kao i punodobna muška osoba.¹⁰⁹⁾¹¹⁰⁾

¹⁰⁸⁾ L. Marković I str. 3; Živ. M. Perić, L'évolution du droit civil en Serbie depuis 1869 jusqu' à nos jours (separatni otisak iz Livre du cinquantenaire de la Société de législation comparée de France, Paris 1922), str. 4.

¹⁰⁹⁾ Ž. M. Perić, Žena u Srpskom građanskom zakoniku, Arhiv XVI (XXXIII) (1928) str. 13 i sl.; L. Marković II str. 120 smatra, da i osuda na odvojeni život, i ako ne daje ženi razrješenje od braka, ima ipak isti učinak kao i razvod braka, tj. vraća joj poslovnu sposobnost.

¹¹⁰⁾ po zakonu o starateljstvu od 25 X 1872, kojim je zamijenjena odnosna partija Sgz-a (§§ 156 do 181), bilo je kao i po Ogz-u. određeno, da su žene, osim matere, nesposobne da budu staratelji (čl. 21). Ova je odredba ukinuta članom 43 uredbe o ubrzanju rada kod sudova i isljednih vlasti od 22 VII 1921, koji propisuje, da i žene mogu biti staratelji jednako kao i muškarci sa jedinim ograničenjem, da udata žena mora zato imati odobrenje muža.

Propis § 446 Sgz. opet, po kome žene ne mogu biti svjedoci testamenta, osim u slučajevima osobite nužde (tako na brodu gdje postoji opasnost potopljenja ili na mjestu gdje vlada kuga ili koja druga zaraza) izgubio je svoju praktičnu važnost obzirom na to, što su zakonom od 24 V 1911 ukinuti usmeni i alografni testamenti, osim u spomenutim slučajevima osobite nužde, za koje postoji ta sposobnost.

Naprotiv se žena u braku propisom § 920 Sgz. izjednačuje s malodobnicima.

Ovaj propis shvaća se tako da udata žena, ako je punodobna i duševno zdrava sama zaključuje svoje pravne poslove, ali ti pravni poslovi da nisu pravnovajjani dok ih ne odobri muž. Muž se dakle ne smatra ovlašćenim da sam kao zakonski zastupnik sklapa za ženu pravne poslove. Njegov je položaj dakle jednak nadtutorstvenoj (starateljskoj) vlasti.¹¹¹⁾

Ograničenje poslovne sposobnosti udete žene ide još dalje nego ograničenje poslovne sposobnosti malodobnika. Jer dok malodobnik koji je navršio 7 godinu, može po § 533 Sgz. sam zaključivati pravne poslove koji mu idu samo na korist, kojim se dakle ne obavezuje, ne može žena ni takve poslove bez odobrenja muža zaključivati.

Dosljedno tome žena ne može bez odobrenja muža voditi trgovinu ni baviti se kakvim drugim samostalnim zanimanjem¹¹²⁾ ni stupiti u kakvu službu ni voditi parnicu.¹¹³⁾

Ali ona može i bez muževljevog odobrenja načiniti testament ili koju drugu naredbu posljednje volje.¹¹⁴⁾

Razumije se, da ovo ograničenje ne utiče na t. zv. deliktну sposobnost žene, tj. na njezinu odgovornost za štete iz delikata.¹¹⁵⁾

Zaštitu protiv zloupotrebe muževljeve vlasti daje srpsko zakonodavstvo propisom čl. 146a pravila o postupanju u nespornim djelima (vanparničnog postupka). Po ovome propisu može se žena obratiti sudiji za nesporna djela kada joj muž bez opravdanog razloga uskrati odobrenje za kakav pravni posao. Ako sudija utvrdi da je uskrata odobrenja neopravdana, naime da pravni posao nije na štetu bračnoj zajednici, on sam daje ženi odobrenje kojim se zamjenjuje muževljevo odobrenje.¹¹⁶⁾

¹¹¹⁾ Ž. M. Perić cit. članak str. 16; L. Marković II str. 114.

¹¹²⁾ Tako izričito §§ 3 i 4 Srp. trgovačkog zakona. Sadašnji zakon o radnjama (od 5 XI 1931) ne propisuje doduše takvo odobrenje. Ali pošto § 5 toga zakona pretpostavlja za vođenje kakve radnje slobodno raspolaganje imovinom, može se iz toga zaključiti potreba odobrenja glede srpske žene.

¹¹³⁾ v. § 59 srp. građ. parnični postupak; Ž. M. Perić cit. članak str. 16, 17; L. Marković II str. 116 i sl. To dakako vrijedi i za novi građ. parn. post. s obzirom na § 102 stav 2 Grpp.

¹¹⁴⁾ razlog ovom izuzetku vidi se u tome, što naredba posljednje volje ima svoj učinak tek poslije smrti ženine, kada više ne postoji muževljeva vlast, v. Ž. M. Perić cit. članak str. 117 op. 14; L. Marković II str. 116; d-r. Aranđelović, Nasljedno pravo (Beograd 1925) str. 53 op. 2.

¹¹⁵⁾ L. Marković II str. 117.

¹¹⁶⁾ L. Marković II str. 118.

C) Položaj žene u braku.

a) Što se tiče ličnih odnošaja

Što se tiče ličnih odnošaja bračnih drugova vrijedi, osim spomenutog ograničenja udate žene u njezinoj poslovnoj sposobnosti, po propisima Srp. građ. zak. (§§ 108 do 110) uglavnom ono isto što vrijedi po prije izloženim propisima austr. općeg građ. zak. (v. gore pod I B a). Ali za Sgz. ne može biti sumnje, da priznaje mužu muževljevu vlast i nad osobom žene („Supruga pak dužna je muža svoga slušati“ veli se u § 110 Sgz.).¹¹⁷⁾

I za srpsko pravo zastupa se mišljenje, da ženi pripada t. zv. Schlüsselgewalt, tj. da žena u okviru svoga domaćeg kruga, odnosno kućnih potreba svojim pravnim poslovima obvezuje muža.¹¹⁸⁾

Obzirom na § 110 Sgz. (§ 92 Ogz.), koji određuje, da je žena dužna potpomagati muža i u pribavljanju, pojavilo se je pitanje, da li za nju postoji dužnost privređivanja za kućnu zajednicu. Mišljenja o tome se razilaze.¹¹⁹⁾

b) Što se tiče imovinsko-pravnih odnošaja

I imovinsko pravne posljedice su po Srp. građ. zakoniku, sa malim izuzecima, jednako uređene kao i po austr. općem građ. zakoniku.

Pod jednakim uslovima kao po Ogz-u prizna se i po Sgz-u ženi prema mužu pravo na održavanje za vrijeme braka i u slučaju razvoda braka, odnosno na privremeno održavanje za trajanja rastave od zajedničkog življenja (§§ 101, 102, 109 i zakonod. rješenje od 21 XII 1851 br. 1102 uz § 92 Sgz.).¹²⁰⁾

Jednako kao po Ogz-u vrijede i po Sgz-u načela razlučenih dobara bračnih drugova (§ 771) i slobode ugovaranja glede međusobnih imovinskih odnošaja (§ 759).

Prema tome i po Sgz-u ostaje žena i nakon stupanja u brak samostalni vlasnik svoje imovine i s njom slobodno upravlja i raspolaže. Što žena za ovo raspolaganje treba odobrenje muža, ima svoj razlog u spomenutom uređenju muževljeve vlasti, a ne u kakvom pravu muža na toj imovini.¹²¹⁾

¹¹⁷⁾ L. Marković II str. 107 i sl.

¹¹⁸⁾ L. Marković II str. 124 i sl.

¹¹⁹⁾ Tako L. Marković II str. 123 smatra da postoji takva dužnost, gdje je to uobičajeno (kao na pr. kod radničke, dočim ne kod činovničke žene), dočim Ž. Perić cit. članak op. 15 ne prizna takvu dužnost.

¹²⁰⁾ v. o tome pobježe L. Marković II str. 123 i sl., zatim str. 103, 109 i sl.

¹²¹⁾ L. Marković II str. 160, 165; Ž. M. Perić, Predavanja III str. 18 i sl.

Isto tako i po Sgz-u vrijedi jednako kao po Ogz-u da mužu pripada pravo upravljati ženinom imovinom, a da ne treba o prihodima polagati računa, što znači i uživati tu imovinu, dok žena tome ne prigovori. Naprotiv se u § 771 Sgz. (§§ 1237, 1238 Ogz.) ne spominje praesumptio Muciana.¹²²⁾ Prezumpciju u korist žene, da se za ono što muž daje ženi u nakitu ili u drugim dragocjenostima za ukras u sumnji uzima da je ženi poklonjeno poznaje i Sgz. (§ 777 Sgz. i § 1247 Ogz.)

Po Ogz-u (§ 1237) svaki bračni drug ostaje, ukoliko nije bračnim ugovorom što drugo određeno, samostalni gospodar ne samo imovine, koju je donio u brak, nego i one imovine koju bi za trajanja braka stekao. Pošto § 771 Sgz. ne spominje imovine koja bi se stekla za trajanja braka, nastaje za Sgz. pitanje da li žena ostaje samostalni gospodar i onoga što za trajanja braka stiče, a naročito što privređuje baveći se samostalno trgovinom ili kojom drugom radnjom ili time što se prima javne ili privatne službe. Po jednom mišljenju imalo bi obzirom na to, što je žena po § 920 izjednačena s malodobnicima i u tom pogledu da vrijedi ono što § 121 Sgz. propisuje glede stećenja od strane djece pod roditeljskom vlašću, tj. da isto onako kako dijete pod rod. vlašću sve pribavlja za svoje roditelje, žena pod muževljevom vlašću pribavlja za muža.¹²³⁾

Što se tiče bračnih ugovora, Sgz. jednako kao i Ogz. ne propisuje za njih naročitu formu.

Kao ugovorene bračnoimovinske sisteme poznaje Sgz.: sistem miraza (§ 762 i sl.), sistem udovičkog uživanja (§ 774) i sistem imovinske zajednice (§ 786).

Glede miraza vrijedi po Sgz. u glavnom isto ono što propisuje Ogz., a naročito, da muž nema pravo tražiti miraz (§ 762), i da mu na miraznim dobrima, ukoliko se ne radi o gotovom novcu, tražbinama i potrošnim stvarima, pripada samo pravo uživanja, dočim vlasništvo ostaje ženi odnosno onoga ko je dao miraz, a pridržao si je da mu se mirazna dobra poslije prestanka braka vrate (§§ 766, 767).¹²⁴⁾

U Sgz-u nema propisa, da su roditelji dužni dati kćeri miraz, a sinu opremu. Obzirom na to razilaze se u srpskoj literaturi mišljenja o tome, da li se i za srpsko pravo ima priznati takva dužnost.¹²⁵⁾

¹²²⁾ L. Marković II str. 132 prima ipak i za Sgs. važenje praesumptionis Mucianae.

¹²³⁾ Tako Ž. M. Perić cit. članak str. 118 op. 15; L. Marković se o ovome pitanju ne izjašnjava.

¹²⁴⁾ L. Marković II str. 137 i sl.

¹²⁵⁾ Da postoji takva dužnost prima d-r Arandjelović, „Nekoliko reči o mirazu, spremi i udomljenju“ (Beograd 1912) str. 5 i 19, koji tu dužnost izvodi iz § 115 Sgz., a protivno L. Marković II str. 190, 191.

Zakonodavno rješenje od 28 III 1850 (dodano uz § 776 Sgz.) daje zahtjevu žene na povratak miraza prvenstvo pred hirografarnim vjerovnicima muževljevim. Ali je sporno, da li ovo prvenstvo vrijedi samo glede vjerovnika koji su postajali prije zaključenog braka ili i prema vjerovnicima koji su stekli tražbine poslije zaključenog braka.¹²⁶⁾

Sgz. poznaje i contrados kao i jutarnji dar, a propisuje glede njih, za razliku od Ogz-a. da se jedno i drugo imaju smatrati kao miraz (§§ 769, 770). Žena gubi jutarnji dar, ako muža ostavi ili ako se brak uslijed njezine krivnje razvede (§ 771 reč. 2).

O udovičkom uživanju i imovinskoj zajednici nema u Sgz-u pobližih propisa. Jedino što se glede udovičkog uživanja propisuje da ono pripada udovici odmah od dana smrti (§ 774 reč. 2), a da ga gubi preudajom (§ 775), a glede imovinske zajednice, da ona prestaje kad se otvori stečaj nad imovinom jednog ili drugog bračnog druga jednako kao i u slučaju smrti (§ 786).

Prezumcija Ogz-a, da se u slučaju sumnje ima smatrati da ugovorena zajednica dobara vrijedi za slučaj smrti (§ 1234), ne važi za srpsko pravo uslijed nepostojanja takvog propisa.¹²⁷⁾

Sgz. predviđa još, da među supruzima mogu biti ugovori o nasljeđivanju (§§ 780-783), kao i zajednički testamenti, kojim mogu jedan drugoga uzajamno ili zajedno trećega postaviti za nasljednika (§ 779).¹²⁸⁾

Po § 787 Sgz. se ugovor za slučaj smrti (o nasljeđivanju) uništi kada se brak uništi, a raskida kada se brak sudski razvede.

D) Položaj žene u nasljednom pravu.

1) Sgz. preuzeo je iz Ogz-a parentelni (linealni) sistem intestatskog nasljeđivanja kao i princip reprezentacije, ne razlikujući kao i Ogz., od koje je strane ostaviteljeva imovina došla. Ali je ujedno iz nacionalnog prava preuzeo sistem prvenstva muškim pred ženskim. Po njemu ne samo, što u pojedinim parentelama muški rođaci isključuju ženske nego se i parentelama muške loze daje prvenstvo pred parentelama ženske loze.

Prema ovome sistemu u prvom koljenu muška djeca ostavite-

¹²⁶⁾ za prvo gledište B. Pavlović Hipotekarno pravo str. 111 i d-r Arandelović u spom. raspravi „Nekoliko reči o mirazu itd.“, a za drugo L. Marković II str. 156.

¹²⁷⁾ L. Marković II str. 162.

¹²⁸⁾ d-r Arandelović, Nasljedno pravo str. 80 op. 3 smatra da zajednički testament može biti i tako, da jedan bračni drugi postavi drugoga za nasljednika, a taj treću osobu.

ljeva i njihovo potomstvo isključuju kćeri i njihovo potomstvo.¹²⁹⁾ Kćeri i njihovo potomstvo a kod potonjih opet po vladajućem mišljenju muški pred ženskim nasljeđuju tek kad nema sinova i sinovljevih muških potomaka (§§ 386, 399).¹³⁰⁾ U drugom koljenu otac, a kad njega nema braća i njihovo potomstvo isključuju mater i sestre i njihovo potomstvo (§§ 402, 403).¹³¹⁾ Od trećeg koljena dolaze najprije na red rođaci iz trećeg i šestog koljena s očeve strane, i to po jednakom principu kao i za drugo koljeno (§§ 404 do 407),¹³²⁾ a tek kad nema rođaka ni iz šestog koljena s očeve strane, dolaze na red rođaci iz trećeg do šestog koljena s materine strane (§ 408).¹³³⁾

2) Ne dajući kćerima nasljeđe, kad ima muške djece ili njihovog potomstva, Sgz. daje kćerima za to pravo na „uživanje, izdržavanje, snabdjevanje i pristojno udomljenje“ (§ 397).

Pravna narav ovog prava je sporna. Dok ga jedni smatraju kao obvezno pravo, smatraju ga drugi kao stvarno pravo.¹³⁴⁾

¹²⁹⁾ spor, koji glede naravi prava reprezentacije postoji za austrijsko pravo, naime da li potomak stupa samo u nasljedni dio (Erbportion) ili i u njegovo ovlašćenje za nasljeđivanje (Erbberechtigung), da li dakle nasljeđuje jure proprio ili samo jure defuncti parentis (v. Anders Erb. str. 45; Krasnopolski V str. 179 i sl.; Ehrenzweig II/2 str. 351 i sl.), postoji i za srpsko pravo, gdje ovom pitanju pripada veća praktična važnost nego za austrijsko pravo, pošto od stanovišta prema ovom pitanju zavisi rješenje pitanja, da li će ženski potomci muškog sina ili drugog muškog rođaka biti pozvani na nasljedstvo jednako kao i njihov muški predek ili ne. Vladajuće mišljenje prima, da potomak nasljeđuje po vlastitom pravu i da stoga i ženski potomci sina ili kojeg drugog muškog rođaka nemaju većeg prava od onog koje bi inače imali kao ženski rođaci, da stoga na pr. unuku po sinu isključuje stric, tako d-r Arandelović, Nasljedno pravo str. 23 i sl.; Ž. M. Perić, Predavanja IV str. 67 i sl.; D. J. Danić, Intestatsko nasljedno pravo (Beograd 1933) str. 29 i sl.; protivno L. Marković III str. 102 i sl., 109 i sl., tj. da stric ne može isključiti sinovca iz nasljeđa, jednako odluke Ks. u Kovačević (Sudska praksa u godini 1927) br. 219, 220.

¹³⁰⁾ d-r Arandelović, Nasljedno pravo str. 27 i sl.; L. Marković III str. 109 i sl.

¹³¹⁾ d-r Arandelović, Nasljedno pravo str. 29 i sl.; L. Marković III str. 118 i sl.

¹³²⁾ d-r Arandelović, Nasljedno pravo str. 32 i sl.; L. Marković III str. 122 i sl.

¹³³⁾ d-r Arandelović, Nasljedno pravo str. 35 i sl.; L. Marković III str. 126 i sl.

¹³⁴⁾ Za prvo shvaćanje naročito A. Đorđević, Nasljedno pravo (1910) str. 74, 88 i sl.; Ž. M. Perić, Predavanja IV str. 89; i sada D. J. Danić cit. dj. str. 34., za drugo d-r Arandelović u već cit. raspravi „Nekoliko reči o mirazu, spremi i udomljenju“, str. 21 i Nasljedno pravo str. 29. Njemu se je priključio Đuro Subotić u Arhivu XXV (XLII) str. 188; L. Marković III str. 112 i sl. opet smatra, da je to imovinsko pravo sui generis, ali svakako ne stvarno pravo.

Praksa kasacionog suda u Beogradu naginje u novije doba, kako to ističe D. J. Danić cit. dj. str. 33 i sl. op. 13, shvaćanju da je izdržavanje i udomljenje ženske djece stvarno pravo.

Po svome sadržaju smatra se ovo pravo ženske djece kao pravo ostati u kući očevoj i tamo zadovoljiti svoje potrebe, koje se pravo prema prilikama može pretvoriti u pravo na izdržavanje u novcu. Udovljenje obuhvata opremu i miraz.¹³⁵⁾

Pravo na izdržavanje i udovljenje imaju samo ženska djeca ostavitelja, a ne i dalji potomci (unuke).¹³⁶⁾

3) Žena ima prema muževljevoj ostavini jednako kao i muž prema ženinoj ostavini intestatsko pravo nasljeđivanja kao i po rimskom pravu tek kad nema krvnih rođaka ni iz jedne od šest parentela muške i ženske loze (§ 408).

Ali za to pripada udovici (ali ne obratno preživjelom mužu prema ženinoj ostavini) pravo uživanja muževljeve ostavine. Opseg ovog uživanja određuje se prema tome, s kojim nasljednicima udovica konkurira. Ako muža nasljeđuju njegova djeca, muška ili ženska, njegovi roditelji ili braća i sestre, dijeli udovica sa njima radi uživanja muževljevu ostavinu na jednake dijelove (§ 414).¹³⁷⁾ Ako nema nasljednika navedenih u § 414, udovica dobija uživanje cijele ostavine (§ 415).

Što se tiče pravne naravi udovičkog uživanja, danas je opće mišljenje¹³⁸⁾ da je udovičko uživanje osobna služnost na muževljevoj ostavini, i to zakonska, koja dakle postoji i bez upisa u javne knjige (tako i zak. rješenje od 17 IV 1858 uz § 414).¹³⁹⁾

4) I kod nasljeđivanja po nuždi postoji jednako prvenstvo muških pred ženskim. Po § 477 su nasljednici po nuždi muška djeca, a tek kad takvih nema ženska.¹⁴⁰⁾ Ali zakon dopušta, da se ženska djeca naredbom posljednje volje izjednače sa muškom (§ 418).¹⁴¹⁾

¹³⁵⁾ D. J. Danić cit. dj. str. 34.

¹³⁶⁾ L. Marković III str. 115; D. J. Danić cit. dj. str. 35, 36. Sporno je dali pravo na udovljenje pripada samo kćerima koje su u vrijeme smrti ostaviteljeve ostale kao neudate u kući, ili i onim, koje su već otišle iz kuće (udate), a u svoje vrijeme nisu primile miraz, v. L. Marković III 113; D. J. Danić cit. dj. str. 35.

¹³⁷⁾ Sporno je, šta ima da vrijedi, ako muža nasljeđuju potomci rođaka navedenih u § 414. Dok po jednom mišljenju i ovdje vrijedi pravo reprezentacije tj. i ovdje se dijeli in stirpes (tako Arandelović, Nasljedno pravo str. 44; L. Marković III str. 139) misle drugi da se § 414 odnosi samo na u tome §-u navedene nasljednike (tako D. J. Danić cit. dj. str. 46).

¹³⁸⁾ Ranije bilo je to sporno, v. Ž. M. Perić, O pravnom karakteru udovičkog uživanja i o njegovom opisu u Braniču 1904.

¹³⁹⁾ d-r. Arandelović, Nasljedno pravo str. 42; L. Marković III str. 136 i sl.; D. J. Danić cit. dj. str. 45.

¹⁴⁰⁾ unučad i dalji potomci nisu po Sgz-u. nužni nasljednici, v. d-r. Arandelović, Nasljedno pravo str. 151.

¹⁴¹⁾ sporno je dali se ženska djeca smiju testamentom povlastiti na štetu muške djece, v. o tome Arandelović, Nasljedno pravo str. 288 i sl.; L. Marković III str. 286 i sl. i D. J. Danić cit. dj. str. 56 i sl.

Ukoliko ženska djeca ne dolaze u obzir kao nužni nasljednici, pripada im izdržavanje i udovljenje po nuždi. Isto tako pripada udovici udovičko uživanje u gore spomenutom opsegu po nuždi, tj. ženskoj djeci i udovici ne smije se njihovo pravo okrnjiti raspolaganjima za slučaj smrti (v. zak. rješenje od 2 III 1855 No. 210 uz S 412 i zak. rješenje od 6 VI 2853 No. 534 uz § 414).¹⁴²⁾ Ovo njihovo pravo zaštićeno je i prema besplatnim raspolaganjima ostavitelja inter vivos (§ 565 stav 2 i 3 po dodatku od 5 V 1864).

E) Položaj žene u porodičnoj zadruci.

1) Već prije je spomenuto, da je srpsko zakonodavstvo iz nacionalnog prava preuzelo u građ. zakonik ustanovu porodičnih zadruga. Ali individualistički princip, na kojem se osniva Sgz. kao i njegov uzor Ogz. nije ostao bez upliva na uređenje zadruge Sgz-a. Kolektivno vlasništvo, koje je glavna karakteristika porodične zadruge po običajnom pravu kao i po kodificiranom hrvatskom i crnogorskom pravu, zamijenjeno je u Sgz-u suvlasništvom (condominium) (§ 522). Kod srpske zadruge dioba je neograničeno dopuštena, a nasljeđivanje u zadruci osniva se uglavnom na istim načelima koja važe za nasljeđivanje u inokosnoj porodici.¹⁴³⁾

Međutim ovo preinačenje strukture zadruge u Sgz-u nije uplivalo na položaj žene u zadruci. Njezin je položaj u zadruci još u jačoj mjeri inferioran nego u inokosnoj porodici.

2) Ženske po srpskom zadrugnom pravu nisu, za razliku od hrvatskog i crnogorskog zadrugnog prava, zadrugari. One žive u zadruci, ali im ne pripada svojstvo zadrugara.¹⁴⁴⁾ Tako žene ne ulaze u zadrugni savjet koji po § 510 rješava o otuđenju ili zaduženju zadrugnih dobara, niti imaju prava na udio u prinovi i priplodu, koji se po § 517 prizna zadrugarima starijim od 15 godina, makar bi imale dio u zadrugnoj imovini.

3) Naročito su žene zapostavljene u pravu nasljeđivanja. Po prvobitnom tekstu § 529 Sgz. žene su bile uopće isključene iz na-

¹⁴²⁾ dr. Arandelović, Nasljedno pravo str. 45 i 152 op. 1; L. Marković III str. 288 i sl.; D. J. Danić cit. dj. str. 66, 68.

¹⁴³⁾ glavno djelo o srpskoj porodičnoj zadruci: Ž. M. Perić, Zadrugno pravo po građ. zakoniku Kraljevine Srbije (I dio 2 izd. 1924, II dio 1913), v. isti „Les travaux d'unification du droit civil en Yougoslavie, spécialement l'unification du droit des communautés de familles ou zadrugas (separatni otisak iz „Revue de l'Institut belge de droit comparé, Bruxelles 1926), v. još dr. Milan Marković, Die serbische Hauskommunion (zadruga), Leipzig 1903. Dalju literaturu v. kod Perića i Markovića.

¹⁴⁴⁾ to je vladajuće mišljenje, v. Ž. M. Perić, Zadrugno pravo I str. 25 i sl., isti u cit. članku „Žene u srpskom građ. zakoniku“ str. 26 i sl.

sljeda iza umrlog zadrugara. Tek zakonodavnim rješenjem od 28 XI 1859 No. 5282 (uz § 529) priznato je ženskoj djeci pravo nasljeđivanja iza oca umrlog u zadruzi, kad ovaj ne ostavi muške djece. Inače imaju po § 529 samo pravo na izdržavanje i pristojno udomljenje. Tako rođenu mater i rođenu sestru umrlog zadrugara isključuje najudaljeniji rođak zadrugar, jedino što je materi udovici zak. rješenjem od 28 VI 1849 (uz § 523) priznato pravo uživanja dijela umrlog djeteta do smrti ili preudaje. I ukoliko se ženskoj djeci prizna pravo nasljedstva, tj. iza oca, može ih zadruga po spomenutom zakon. rješenju od 1859 god. u novcu isplatiti.

Dok po općim propisima, kako je već spomenuto, udovici pripada pravo nasljedstva iza umrlog muža, kad nema rođaka ni iz jedne od parentela pozvanih na nasljedstvo po zakonu, dotle udovici u zadruzi takvo pravo ne pripada nego samo pravo uživanja dijela umrlog muža u istom opsegu u kojem se takvo pravo uživanja prizna udovici izvan zadruge uz nasljednike.

Osim toga ima udovica u zadruzi pravo na izdržavanje (§ 524), zatim ako se vrati svojim roditeljima ili se preuda pravo na udomljenje po običaju (§ 525) i najzad pravo da slobodno rukuje sa svim onim stvarima, koje su neposredno služile za ličnu potrebu njenog muža i njezine djece, dok je u zadruzi, a da ove stvari, osim dječijih, sa sobom nosi kada se iz zadruge preuda (§ 524).¹⁴⁵⁾

5) Na području ranije Kraljevine Crne Gore.

A) Općenito.

Na području Crne Gore kodificirano je samo imovinsko pravo i to „općim imovinskim zakonikom“ od 1888 god.¹⁴⁶⁾ dočim glede porodičnog i nasljednog prava važi običajno pravo. Ali su u crnogorskom općem imovinskom zakoniku ipak našli mjesta propisi o imovinsko pravnim odnosima porodice (kuće) i njezinih članova prema trećim osobama (čl. 686 do 708, 769, 964 do 968) i o tutorstvu (čl. 640 do 674, 960 do 963).

¹⁴⁵⁾ poblize o nasljednom pravu u zadruzi vidi Ž. M. Perić, Nasljedno pravo u zadruzi (Beograd 1913); d-r. Arandelović, Nasljedno pravo str. 47 i sl.; L. Marković str. 161 i sl.; D. J. Danić cit. dj. str. 52 i sl.

¹⁴⁶⁾ o ovome zakoniku vidi naročito ekspozej njegovog autora V. Bogišića „Quelques mots sur les principes et la methode suivis dans la codification du droit civil du Monténégro (Paris 1888, separadni otisak iz „Bulletin de la société de législation comparée“, maj 1888). Prijevod ovog ekspozēja od N. Dučića objavljen je u „Branicu“ od 1888 god. br. 13 i 14 i u „Mjesečniku“ od 1889 god. br. 3., v. još i A. Shek „Allgemeines Gesetzuch über Vermögen für das Fürstentum Montenegro“ (prijevod na njemačkom jeziku sa instruktivnim uvodom, izd. kod Carl Heymann. Berlin 1892.)

U Crnoj Gori još danas prevladava zadržni oblik porodice, individualistički oblik je samo iznimka.¹⁴⁷⁾

Crnogorska „kuća“ („kućna zajednica“) pretstavlja najčistiji tip porodične zadruge. Po crnogorskom pravu smatra se i inokosna porodica kao kuća na zadržnoj bazi, za razliku od srpskog prava, po kojem između oca i sinova samih ne može biti zadržni odnošaj (§ 75 Sgz.).¹⁴⁸⁾

B) Položaj žene, gdje ne postoji zadruga.

I po crnogorskom pravu ima žena inferiorni položaj, ali ne u tolikoj mjeri kao u srpskom pravu.

Ciz. postavlja doduše kao opće načelo potpunu jednakost između žene i muškarca glede poslovne sposobnosti (čl. 10 i 13). Ali se iz već spomenutog člana 708 Ciz. mora zaključiti, da udata žena u smislu čl. 690 Ciz. i u porodici, koja nije zadruga, mora za raspolaganje sa svojom imovinom među živima imati odobrenje muža, ukoliko nije među njima šta drugo ugovoreno. Žene ne mogu biti tutorice, osim matere za svoju djecu (čl. 691 Ciz.).

Nasuprot tome može žena mortis causa slobodno raspolagati. To proizlazi iz čl. 49 zakonika knjaza Danila I od 1855 god., čiji se propisi o nasljednom pravu primjenjuju kao običajno pravo.¹⁴⁹⁾

U nasljednom pravu postoji prednost muških pred ženskim u glavnom jednako kao i po srpskom pravu.

Muška djeca isključuju ženske. Ženske nasljeđuju tek, kad nema muške djece. Inače imaju samo pravo, da žive u očevoj kući i da dobiju opremu (miraz), kad se udaju (čl. 53 Danil. zak.). Ali pošto postoji princip, da svaki može sa svojom imovinom slobodno raspolagati (čl. 49 Danil. zak.), može otac naredbom posljednje volje žensku djecu izjednačiti sa muškom pa čak njima dati prednost pred muškim, to tim prije, što crnogorsko pravo ne poznaje nužno nasljedstvo.¹⁵⁰⁾

Ako osim kćeri ima i sestara ostavitelja, onda kćerima pripadaju $\frac{2}{3}$, a tetkama $\frac{1}{3}$ ostavine (čl. 54 Dan. zak.).¹⁵¹⁾

¹⁴⁷⁾ v. o tome Aleksa K. Matanović, Kuća Crne Gore s pogledom na zadrugu Srbije i Hrvatske u „Arhivu“, knjiga XI (XXXII) (1927) str. 67. Čl. 708 Ciz. veli, da se propisi zakonika o kući imaju primjenjivati na kuće (porodice) u gradovima, ali da se odnošaji gradske kuće mogu i drukčije urediti. Iz toga slijedi, da mogu samo u gradovima biti kuće, koje nisu na zadržnoj bazi.

¹⁴⁸⁾ v. Aleksa K. Matanović cit. dj. str. 67.

¹⁴⁹⁾ v. Aleksa K. Matanović, Nasljedno običajno pravo u Crnoj Gori u „Arhivu“, knjiga XVI (XXXIII) (1928), str. 353 i odluku velikog suda u Podgorici kod Milanović-Strasser VII br. 172.

¹⁵⁰⁾ A. K. Matanović, Nasljedno običajno pravo str. 463 i sl.

¹⁵¹⁾ A. K. Matanović str. 354. Sporno je, da li to u svakom slučaju vrijedi.

Isto tako postoji po crnogorskom običajnom nasljednom pravu prednost muške loze pred ženskom.¹⁵²⁾

Udovica ima pravo uživanja cijele muževljeve imovine do smrti ili preudaje, i kad su ostala djeca, a kada se preuda dobiva otpravninu, t. zv. „ostojbinu“, koja je po Dan. zak. određena na 10 talira, a kad ima djece, dobiva za svako muško dijete 1 cekin, a za žensko 2 cekina. Sadašnja sudska praksa određuje ovu ostojbinu prema prilikama pojedinog slučaja, a naročito prema imovini, koju je muž ostavio.¹⁵³⁾

Ovo pravo udovice ne može se naredbom posljednje volje okrnjiti.¹⁵⁴⁾

C) Položaj žene u kućnoj zadrugi.

Po crnogorskom pravu ženske rodene u kući ili pridošle udajom su članovi kućne zadruge jednako kao i muški (čl. 695 Ciz.).

Ženski član ima uglavnom jednaka prava u kućnoj zadrugi kao i muški, a naročito pravo na jednaki dio kućne imovine, kada dođe do diobe.¹⁵⁵⁾

Kad žena ostane kao jedini član u kući ima jednako kao zaostali jedini muški član pravo da slobodno raspolaže sa cijelom imovinom kuće (čl. 707 stav 1 Ciz.). Ali to vrijedi samo za ženskog člana koji je rođen u kući, a ne za ženu koja je udajom postala član kuće. Takva žena ima samo pravo uživanja kućne imovine, dočim u substancu ne smije dirati, osim u slučaju najveće nužde (čl. 707 stav 3 Ciz.). Takvoj ženi se postavlja tutor, kome je glavna zadaća da pazi, da kućna imovina ostane neokrnjena (čl. 670 Ciz.). Stoga žena ako zbog krajnje nužde hoće da dira u substancu, mora za to imati odobrenje tutora i nadtutorstvene vlasti (čl. 707 i. f. Ciz.).

Ako nema punodobnih muških članova, može i žena biti kućni domaćin (kućni starješina).¹⁵⁶⁾ Žena može jednako kao i muški član zastupati kućnog domaćina u svim onim poslovima, koji taj sa trećim može za kuću sklapati (čl. 644 Ciz.). U okviru tekućih kućnih potreba može udata žena kad nema drugog zastupnika sama kao zastupnik kuće sklapati pravne poslove o pokretnim stvarima (čl. 690 stav 4 Ciz.).

Pošto je imovina kućne zadruge kolektivno vlasništvo, ne može ni jedan član za trajanja kućne zajednice raspolagati sa svojim dijelom u kućnoj imovini (čl. 645 Ciz.), nego ima svaki od njih samo

¹⁵²⁾ A. K. Matanović str. 468.

¹⁵³⁾ A. K. Matanović str. 353.

¹⁵⁴⁾ A. K. Matanović str. 464.

¹⁵⁵⁾ A. K. Matanović, „Kuća Crne Gore...“ str. 81.

¹⁵⁶⁾ A. K. Matanović, „Kuća Crne Gore...“ str. 76.

pravo na stan, hranu i odijelo, a ženska i na opremu (miraz), kada se udaje (čl. 466 Ciz.).

Raspolagati mogu članovi kuće sa svojom osobinom (peculium). Osobina je ono, što je muškom ili ženskom članu došlo kao poklon ili nasljedstvo (čl. 689 stav 1 Ciz), dočim sve ono što član kućne zadruge dobiva svojim radom pripada kući (čl. 689 Ciz.). Kao osobina ženskih članova smatra se osim spomenutog još i rublje, odijelo i nakit, a kod žene koja je udajom došla u kuću još i sve ono što je pri udaji donijela u kuću (čl. 689 Ciz.).

Punodobni ženski član kuće može sa svojom osobinom slobodno raspolagati jednako kao i muški, osim udate žene. Ona treba, ukoliko nije ugovorom što drugo određeno, za svoje raspolaganje odobrenje muža, osim ukoliko se radi o običnim sitnim stvarima s kojima može neograničeno raspolagati (čl. 640 Ciz.). Ako muž neopravdano uskrati traženo odobrenje, a isto tako kad je on duže odsutan, može se žena obratiti sudu radi odobrenja namjeravanog pravnog posla. Sud može dati to odobrenje, ako nađe da pravnim poslom nisu povrijeđeni interesi i prava muževljeva, a pravni posao za ženu potreban ili barem koristan (čl. 690 stav. 3 Ciz.).

Udajom gubi ženski član članstvo kućne zadruge, isto tako žena koja je udajom postala član, kada se kao udovica vrati svojoj očevoj kući ili se preudaje. Njoj se po običaju daje otpravнина (ostojbina), koja je nekad iznašala 10 talira, a sada se određuje prema stanju kućne imovine.¹⁵⁷⁾

Pošto je kućna imovina kolektivno vlasništvo, nema ni nasljeđivanja, kada koji član umre, osim što se tiče njegove osobine. Za nasljeđivanje u osobinu vrijede opća načela izložena u odsj. B.¹⁵⁸⁾

6) Na području ranije Bosne i Hercegovine.

A) Općenito.

Po općim uputstvima izdatim sudovima u Bosni i Hercegovini odmah iza okupacije ovih zemalja od strane bivše austro-ugarske monarhije imalo bi se u prvom redu primjenjivati dosadašnje građansko pravo, tj. u glavnom otomansko pravo, a samo ukoliko dosadašnji zakoni ne bi bili dovoljni ili bi bili neprimjenljivi prema novim prilikama, imalo bi se analogno primjenjivati građansko pravo austro-ugarske monarhije (tako naročito raspis zajedničkog ministarstva bivše austro-ugarske monarhije kao vrhovne upravne vlasti okupiranih

¹⁵⁷⁾ A. K. Matanović, „Kuća Crne Gore...“ str. 83.

¹⁵⁸⁾ A. K. Matanović, „Nasljedno običajno pravo Crne Gore“ str. 463.

zemalja od 29 XII 1878, br. 645 B.H., Zbornik zak. i nared. za B. i H. god. 1878/80, II sv. str. 9).

Osim ovih općih uputstava dolaze ovdje još u obzir naredbe bivše zemaljske vlade za B. i H. od 8 V 1885 (Zbornik zak. i nared. za B. i H. god. 1885 br. 34) o pravu, koje se ima primjenjivati u ženidbenim i porodičnim stvarima nemuslimana, i od 14 IV 1885 (Zbornik zak. i nared. za B. i H. god. 1885 br. 28) o pravu, koje se ima primjenjivati u nasljednim stvarima nemuslimana.

Jednom i drugom naredbom upućeni su sudovi, da u svakom pojedinom slučaju ustanove običajno pravo nemuslimanske vjerske zajednice, kojoj pripada osoba koje se odnosna stvar tiče (u nasljednim stvarima ostavitelja). Time se je vodilo računa o tome, da je za otomanskog vladanja bilo poglavicama kršćanskih vjerskih zajednica i (španjolskih) jevreja ostavljeno suđenje u ženidbenim, porodičnim i nasljednim stvarima svojih jednovjeraca.¹⁵⁹⁾

Međutim sudska praksa je primjenu t. zv. domaćeg prava sve više ograničavala, a mjesto njega primjenjivala austrijski opći građanski zakonik kao jedinu kodifikaciju bivše austro-ugarske monarhije.

Rezultat toga razvitka je taj, da se danas po stalnoj sudskoj praksi primjenjuje domaće (otomansko i običajno pravo) samo u uskim granicama, a inače austr. opće građ. zakonik po stanju prije t. zv. djelomičnih novela.¹⁶⁰⁾

Od toga domaćeg prava, koje se još primjenjuje, dolazi ovdje u obzir zakon od 17 muharema 1284 (1867) o nasljeđivanju u mirijske nepokretnine.¹⁶¹⁾

Što se tiče muslimana, to je naredbom bivše zemaljske vlade za B. i H. o ustrojstvu i djelokrugu šerijatskih sudova od 23 VIII 1889 (Zbornik zak. i nared. za B. i H. god. 1883 br. 135) suđenje u bračnim, porodičnim i nasljednim stvarima muslimana stavljeno u nadležnost šerijatskim sudovima, tj. islamskim duhovnim sudovima. Sudbenost šerijatskih sudova obuhvata i imovinsko pravne sporove

¹⁵⁹⁾ v. Eichler, Das Justizwesen Bosniens und der Hercegovina (Wien 1889) str. 47 i sl.

¹⁶⁰⁾ v. Eisner, „O općem građanskom pravu u Bosni i Hercegovini“ (separatni otisak iz Arhiva, knjiga I br. 2, Beograd 1920), str. 1 i sl., 9 i sl., 22 i sl., i 27 i sl.; i s t i, „Der heutige Rechtszustand in Bosnien und der Hercegovina, Zeitschrift für osteuropaisches Recht I (god. 1925) str. 365 i sl.

Da se Ogz. ima primjenjivati po stanju prije t. zv. novela izrečeno je plenarnim rješenjem vrhovnog suda za B. i H. od 23 IV 1918, br. 216 gr. Ovo plenarno rješenje veže po § 40 ustava za sudove u B. i H. od 1913 god., koji je propis po čl. 46 br. 4 uvodnog zakona za novi Grpp. ostao na snazi, sve sudove.

¹⁶¹⁾ o razlici između mulk i mirije biće dole govora.

iz bračnog odnošaja, dočim ostali duhovni sudovi imaju nadležnost u bračnim stvarima, ukoliko se ne radi o imovinskopравnim posljedicama braka.¹⁶²⁾ Ova posebna nadležnost u bračnim, porodičnim i nasljednim stvarima muslimana važi i danas, i to za cijelu državu na osnovi § 2 zakona o uređenju šerijatskih sudova od 21 III 1929.¹⁶³⁾

Šerijatski sudovi primjenjuju, što se za njih kao islamske duhovne sudove razumije, u spomenutim stvarima šerijatsko pravo.

B) Opći pravni položaj žene.

Prema naprijed izloženom prosuđuje se i na području Bosne i Hercegovine opći pravni položaj žene, bila ona muslimanka ili nemuslimanka, po propisima austr. općeg građanskog zakonika po stanju prije novela.

Žene su dakle i na području Bosne i Hercegovine glede svoje poslovne sposobnosti izjednačene sa muškim, bez obzira da li su neudate ili udate.

Propisi Ogz-a, da žene ne mogu biti tutori, odnosno skrbnici, osim matere i babe za svoju djecu, odnosno unučad (§§ 192, 198, 280), vrijede u Bosni i Hercegovini samo za nemuslimanske žene, pošto za muslimane postavljaju tutore i skrbnike šerijatski sudovi, a šerijatsko pravo ne isključuje žene od tutorstva, odnosno skrbništva.¹⁶⁴⁾

Propis § 591 Ogz-a, da žene ne mogu biti svjedoci testamenta, ne važi u B. i H., pošto za B. i H. postoji poseban zakon o formi izjava posljednje volje nemuslimana (od 11 I 1912, Glasnik zak. i nared. za B. i H. 1912 god. br. 2), a taj glede sposobnosti biti svjedokom testamenta ne čini razlike između ženskih i muških osoba.

I glede testamenta muslimana ne postoji nesposobnost žene biti svjedokom testamenta.¹⁶⁵⁾

C) Položaj u braku.

a) Nemuslimanske žene

Spomenuto je da su sudovi naredbom bivše zemaljske vlade za B. i H. od 8 V 1885 bili upućeni, da u bračnim i porodičnim stva-

¹⁶²⁾ tako § 1 građanskog parničnog postupka za B. i H. od 1884 god., koji je propis održan na snazi članom 6 uvodnog zakona za novi građanski parnični postupnik od 9 VII 1930.

¹⁶³⁾ posebna nadležnost šerijatskih sudova je muslimanima zajamčena članom 100 sadašnjeg ustava Kraljevine Jugoslavije (jednako članom 104 ranijeg Vidovdanskog Ustava od 1921 god.)

¹⁶⁴⁾ v. H. A. Bušatlić, Porodično i nasljedno pravo muslimana (Sarajevo 1926), str. 105.

¹⁶⁵⁾ H. A. Bušatlić cit. dj. str. 118 i sl.

rima, u prvim dakako ukoliko postoji nadležnost redovnih sudova, ustanove običajno pravo vjerske zajednice kojoj pripada osoba, koje se tiče odnosna stvar. To je trebalo biti stavljanjem pitanja nadležnoj crkvenoj vlasti. Ali ovaj način ustanovljenja običajnog prava nije u praksi donio rezultata stoga je ova naredba izišla iz običaja a sudovi se pomažu primjenom odnosnih propisa Ogz-a po stanju prije novela kao supsidijarnog prava.¹⁶⁶⁾

Prema tome vrijede po stanovištu sudske prakse i u Bosni i Hercegovini glede položaja nemuslimanske žene, i što se tiče učinka braka na lične odnošaje, i što se tiče učinka braka na imovinskopravne odnošaje bračnih drugova u otsj. 1 ovog dijela pod C izloženi propisi Ogz-a po stanju prije novela. Jedino što sudska praksa prima, da po običajnom pravu u B. i H. ne postoji dužnost roditelja dati kćeri miraz, odnosno sinu opremu.¹⁶⁷⁾

b) Muslimanske žene, odnosno nemuslimanske žene u muslimanskom braku¹⁶⁸⁾

Što se tiče ličnih odnošaja muslimanske žene u braku odnosno nemuslimanske žene, u muslimanskom braku, muževljeva vlast ide po šerijatskom pravu dosta daleko. Muslimanska žena nema samo dužnosti, koje slijede iz prirode braka, nego za nju postoji još i dužnost poslušnosti i pokornosti. Sva njezina vanjska kretanja zavisna su od muževljevog odobrenja. Muž ima pravo da nepokornoj ženi uskrati izdržavanje.¹⁶⁹⁾ Ali ta muževljeva vlast ne zahvata po šerijatskom pravu i poslovnu sposobnost udete žene. Udata muslimanska žena je po šerijatskom pravu jednako poslovno sposobna kao i neudata, odnosno kao i muškarac.¹⁷⁰⁾

Što se tiče imovinsko pravnih odnošaja žene u muslimanskom braku, vrijedi i po šerijatskom pravu, da na mužu kao glavi porodice leže imovinski tereti braka, a njegova je glavna dužnost davati ženi izdržavanje (t. zv. nafaka). Žena ima čak i pravo tražiti razvrgnuće braka, kada je muž ne može izdržavati.

Žena ima osim toga pravo na t. zv. mehr, što je jedna vrsta imovinske naknade za njezino stupanje u brak slična jutarnjem daru.¹⁷¹⁾

¹⁶⁶⁾ Eisner, O općem građanskom pravu u B. i H. str. 24 i sl.

¹⁶⁷⁾ odluka vrhovnog suda za B. i H. od 7 V 1926, br. 450 gr. (Milanović-Strasser VII br. 191).

¹⁶⁸⁾ položaj žene u muslimanskom braku prosuđuje se po šerijatskom pravu, bila ona i nemuslimanka, v. H. A. Bušatlić cit. dj.

¹⁶⁹⁾ H. A. Bušatlić str. 47 i sl.

¹⁷⁰⁾ H. A. Bušatlić str. 44, 67.

¹⁷¹⁾ H. A. Bušatlić str. 24.

Ustanova mehra igra u islamskom bračnom imovinskom pravu veliku ulogu, jer je mehr glavno sredstvo da se žena osigura za slučaj prestanka braka.

Razlikuje se hitni (muadžel-) mehr, koji se po pravilu daje odmah po vjenčanju, a sastoji se obično u svečanoj bračnoj odjeći i nakitu, i nehitni (mudžel-) mehr, koji se po pravilu podmiruje kad muž pusti ženu ili poslije muževljeve ili ženine smrti. Ako stranke nisu ugovorile visinu mehra, određuje ga sud prema pravilima koja za to postoje u šerijatskom pravu.¹⁷²⁾

I po šerijatskom pravu postoji potpuna odvojenost imovine bračnih drugova. Muž nema nikakvog prava na ženinoj imovini. Udata žena, ako je punodobna, može sa svojom imovinom potpuno slobodno raspolagati. Ona može upravu te imovine povjeriti kome god hoće i ne treba za to nikakvog odobrenja muževljeva. Žena nije ni dužna pridonášati šta za olakšanje imovinskih tereta braka.¹⁷³⁾

Ali je ipak imovinsko pravni položaj žene u muslimanskom braku mnogo nepovoljniji nego u braku po zapadnom pravu. To dolazi poglavito od toga, što po šerijatskom pravu muž može u svako doba po svojoj volji razvrći brak, bez da bi trebao za to tražiti odluku suda (t. zv. puštanje žene), a nije ni dužan dati ženi, koja je bez svake krivnje puštena, izdržavanje za duže vrijeme nego za vrijeme t. zv. ideta (vrijeme očekivanja), tj. za vrijeme za koje ona ne smije stupiti u drugi brak, a to vrijeme traje po pravilu samo tri mjeseca.¹⁷⁴⁾

Ustanova mehra pak ne može, kako to praksa dokazuje, nadomjestiti dužnost izdržavanja, koje je priznato po zapadnom pravu.

D) Položaj žene u nasljednom pravu.

a) Općenito

Što se tiče nasljednog prava u Bosni i Hercegovini treba najprije razlikovati, da li su predmet ostavine nepokretnine vrste mirije ili je predmet ostavine mulk-imovina, u koju spadaju ne samo nepokretnine vrste mulk nego i sve pokretnine.¹⁷⁵⁾ Ukoliko je predmet osta-

¹⁷²⁾ poblize o ovim pravilima, v. H. A. Bušatlić, str. 24, 25 sl.

¹⁷³⁾ H. A. Bušatlić str. 41 i sl., 47 i sl.

¹⁷⁴⁾ H. A. Bušatlić str. 72 i sl.

¹⁷⁵⁾ mirije-nekretnine bile su ranije državne zemlje, na kojima je postojao nasljedni zakup. Po gruntovnom zakonu za B. i H. dobile su karakter ograničenog vlasništva. Zakonom od 29 XII 1912, Glasnik zak. i nared. za B. i H. br. 9 (1913) ukinute su propisima otom. zemljišnog zakona od 7 ramazana 1274 (1857), kojim su predviđena ograničenjara spolaganja inter vivos. Mulk-nepokretnine tj. neograničeno vlasništvo sačinjavaju: kuća sa kućištem i vrtom uz kuću u površini od 1/2 dunuma (500 m²) u zatvorenim mjestima. Mulk su i zgrade podignute na mirijskim zemljištima kao i nasadi (vrtovi) na takvim zemljištima (t. zv. mulk-objekti).

vine mulk-čovina, treba opet razlikovati, da li se radi o ostavini nemuslimana ili muslimana. Za svaku od ovih vrsta ostavina postoji razno nasljedno pravo i razni položaj žene u nasljednom pravu.¹⁷⁶⁾

b) Položaj žene kod ostavina, čiji su predmet mirije-nekretnine

Glede nasljeđivanja u nekretnine vrsti mirije važi još danas spomenuti otomanski zakon od 17 muharema 1284 (1867) (proglašen u prijevodu na njemačkom jeziku u Zborniku zak. i nared. za B. i H. god. 1878/80, II sv., str. 332 i sl.). Ovaj zakon važi jednako, da li se radi o osravini ovozemaca ili inozemaca, muslimana ili nemuslimana.

Muharemski zakon poznaje samo zakonsko (intestatsko) nasljeđivanje. Glede mirijskih nepokretnina je dakle raspolaganje mortis causa isključeno.

Po ovome zakonu mirijske nepokretnine prelaze: 1) na djecu; 2) na unučad; 3) na roditelje; 4) na punokrvnu braću i braću po ocu; 5) na punokrvne sestre i sestre po ocu; 6) na braću po materi; 7) na sestre po materi i 8) na bračnog druga.

Spomenuti nasljednici dobivaju nasljedstvo po naznačenom redu. No unuci nasljeđuju po pravu reprezentacije dio svoga umrlog roditelja uz djecu ostaviteljevu, a ako su sami dobivaju nasljedstvo na jednake dijelove. Bračnom drugu pripada osim supsidijarnog nasljednog prava, kad nema rođaka iz jedne od 7 klasa, još i pravo na četvrtinu ostavine uz nasljednike 3 do 7 klase.

Prema izloženom su ženske u prvim trima klasama ravnopravne sa muškim, dočim se u daljim klasama daje prednost muškim pred ženskim i muškoj lozi pred ženskom lozom.

c) Položaj žene glede ostavina nemuslimana vrsti mulk

Po spomenutoj naredbi bivše zemaljske vlade za B. i H. od 14 IV 1885 (Zbornik zak. i nared. za B. i H. god. 1885, br. 28) i naredbe iste vlade od 30 V 1917 (Glasnik zak. i nared. za B. i H. god. 1917), koja je izdana kao jedna vrsta autentičnog tumačenja prve naredbe treba glede mulk-ostavina nemuslimana razlikovati:

1) ostavine autohtonih pripadnika Bosne i Hercegovine;

Na takve ostavine imalo bi se po naredbi od 1885 god. primjenjivati nasljedno pravo, koje je u mjestu ostavitelja važno kao običajno

¹⁷⁶⁾ v. o tome i o slijedećem Eisner, O općem građanskom pravu u B. i H. str. 27 i sl.

pravo glede pripadnika vjere kojoj je ostavitelj pripadao. Faktično se je na takve ostavine sve do 1918 god. primjenjivalo isključivo šerijatsko pravo, jer su se šerijatski sudovi, čije je mišljenje trebalo radi ustanovljenja običajnog prava, među ostalim, pribaviti, izjavili, da su za otomanske vladavine šerijatski sudovi i na ostavine muslimana, ukoliko su došli u položaj da takve ostavine raspravljaju, primjenjivali isključivo šerijatsko pravo. Ovoj praksi učinilo je kraj plenarno rješenje vrhovnog suda za B. i H. od 23 IV 1918, br. 216 građ. Po njemu treba u svakom pojedinom slučaju ustanoviti, da li i kakvo se je običajno nasljedno pravo primjenjivalo prije 1885 god. u mjestu ostaviteljevu glede pripadnika vjere, kojoj je ostavitelj pripadao, a ako se takvo običajno pravo ne može ustanoviti, imaju se primjenjivati propisi nasljednog prava Ogz-a a po stanju prije novela, a ne šerijatsko pravo. Ovo plenarno rješenje¹⁷⁷⁾ imalo je za posljedicu, da se na ostavine vrsti mulk autohtonih nemuslimanskih pripadnika B. i H. primjenjuje isključivo nasljedno pravo Ogz-a po stanju prije novela, jer se danas kakvo običajno pravo više ustanoviti ne može.

2) ostavine austrijskih ili drugih stranih državljana, osim mađarskih, ukoliko se takve ostavine imaju raspravljati pred sudovima u B. i H., kao i onih bos. herc. pripadnika, koji su sami ili čiji su preci u vrijeme kada je spomenuta naredba od 1885 god. bila proglašena bili austrijski državljani ili državljani koje druge strane države, osim mađarske;

Na takve ostavine valja primjenjivati nasljedno pravo Ogz-a po stanju novela.

3) ostavine mađarskih državljana, ukoliko se imaju raspravljati pred sudovima u B. i H., podrazumjevajući ovdje prema tadašnjem stanju i pripadnike Hrvatske i Slavonije, kao i onih bos. herc. pripadnika, koji su sami ili čiji su preci u vrijeme kada je naredba od 1885 god. bila proglašena bili mađarski državljani, odnosno pripadnici Hrvatske i Slavonije.

Na takve ostavine ima se primjenjivati nasljedno pravo koje važi u kraju, u kojem je ostavitelj odnosno njegov predak bio nadležan tj. prema prije izloženom ili nasljedno pravo Ogz-a a po stanju prije novela ili mađarsko nasljedno pravo.

Položaj žene u nasljednom pravu glede mulk-ostavina nemuslimana zavisi dakle o tome, da li će se u konkretnom slučaju primijeniti nasljedno pravo Ogz-a po stanju prije novela ili po stanju novela

¹⁷⁷⁾ ovo plenarno rješenje veže sve sudove jer je donešeno na osnovu § 49 Ustava za sudove u B. i H. (v. op. 160).

ili mađarsko nasljedno pravo. Taj pravni položaj je prikazan u otsj. 1, 2 i 3 ovog dijela.

d) Položaj žene glede ostavina muslimana vrste mulk

Na ostavine muslimana vrste mulk ima se prema gore izloženom primjenjivati šerijatsko nasljedno pravo.

Šerijatsko nasljedno pravo je dosta komplicirano. Biće dovoljno, da se ovdje glede njega istakne slijedeće.

Nasljednici se dijele u dvije glavne kategorije, naime u: 1) rođake s pravom na alikvotni dio ostavine ($\frac{2}{3}$, $\frac{1}{2}$, $\frac{1}{3}$, $\frac{1}{4}$, $\frac{1}{6}$, $\frac{1}{8}$), t. zv. ashabi-feraid, i 2) univerzalne nasljednike tj. one, koji ako su sami dobijaju cijelu ostavinu, a ako konkuriraju sa ashabi-feraid dobivaju ostatak ostavine pošto se odbiju kvote koje otpadaju na te ashabi-feraid.

Karakteristično je za šerijatsko nasljedno pravo prednost muških pred ženskim. Muški nasljednik dobiva dvostruki dio onoga što pripada ženskom nasljedniku istog stepena.

Ženski nasljednici ne mogu nikada dobiti cijelu ostavinu. Tako kći ili unuka, kada je jedini descendent, dobiva samo $\frac{1}{2}$, a kad ih ima više, bez da bi bilo sinova ili drugihm uških descendenata $\frac{2}{3}$ ostavine. Dalje je karakteristika prednost punokrvnih rođaka pred polukrvnim, a kod polukrvnih prednost polukrvnih rođaka s očeve strane pred polukrvnim s majčine strane.

I položaj udovice je nepovoljniji nego položaj preživjelog muža. Dok preživjeli muž dobiva polovicu ostavine umrle žene, kada ona ne ostavi za sobom djece ili sinovljevih potomaka, a kad takvih ima jednu četvrtinu, dobiva žena u takvim slučajevima samo jednu četvrtinu, odnosno jednu osminu.

Po šerijatskom nasljednom pravu, ostavitelj kad ima zakonskih nasljednika, može bez njihovog pristanka naredbom posljednje volje raspolagati samo sa jednom trećinom u korist nenasljednika, dočim u korist kojeg od nasljednika ne može bez pristanka ostalih nasljednika raspolagati.^{178) 178 a)}

¹⁷⁸⁾ v. poblize o šerijatskom nasljednom pravu H. A. Bušatlić cit. dj. str. i sl.

^{178 a)} ono, što je u tekstu izloženo o položaju muslimanske žene i nemuslimanske koja se je udala za muslimana u braku i u nasljednom pravu vrijedi i na ostalim pravnim područjima s obzirom na propise spomenutog zakona o uređenju šerijatskih sudova od 21 III 1929. Ali § 920 Sgz. vrijedi na području kasacionog suda u Beogradu i za muslimansku ženu, odnosno i za nemuslimanku udatu za muslimana.

IV Osvrt na strano zakonodavstvo i na najnovije strane projekte građanskih zakonika

1) U prethodnom dijelu prikazao sam prema u uvodu spomenutoj zadaći, koju sam si stavio, današnji pravni položaj žene u našoj državi detaljno i odvojeno za svako od današnjih pravnih područja.

Na ovaj prikaz nadovezaću u slijedećem kratak prikaz položaja žene po stranom zakonodavstvu kao i po najnovijim stranim projektima građanskih zakonika. Za svrhe ovog rada biće dovoljno osvrtnati se na najvažnija strana zakonodavstva.

I ovdje će se uzeti u razmatranje opći pravni položaj žene, njezin položaj u braku i njezin položaj u nasljednom pravu.

2) Dok je austrijski građanski zakonik, kako smo vidili, slijedivši rimsko pravo, opći pravni položaj žene skoro potpuno izjednačio sa pravnim položajem muškaraca, ne činivši pri tome razlike između neudate i udate žene, dotle je ranije pravo većine ostalih država pravni položaj žene, a naročito udate žene jako ograničilo.

To vrijedi naročito za code civil, koji je iz pays de coutumes preuzeo germanski mundium. Code civil stavlja udatu ženu glede poslovne sposobnosti u jedan red sa malodobnicima i onim koji su pod skrbništvom (čl. 1124). Njoj je potrebno muževljevo odobrenje ne samo za sklapanje pravnih poslova koje god vrste (čl. 217), pa čak za primanje poklona (čl. 934) i prihvata nasljedstva (čl. 774), nego i da bude stranka pred sudom, bilo kao tužiteljica bilo kao tužena (čl. 215, „pour ester en jugement“). Zaštitu od ove široke muževljeve vlasti daje joj pravo tražiti odobrenje suda (autorisation en justice), ako joj muž bez razloga uskrati svoje odobrenje (čl. 218, 219).¹⁷⁹⁾ Ograničenje poslovne sposobnosti prestaje kada žena postaje udovicom ili kada brak bude razveden. Ali i rastava od stola i postelje vraća ženi po zakonu od 6 II 1893 (izmjena teksta čl. 311) poslovnu sposobnost.

Ovo ograničenje poslovne sposobnosti udate žene prešlo je u građanske zakonike, koji su recipirali code civil ili su inače pod njegovim uplivom.¹⁸⁰⁾

¹⁷⁹⁾ poblize v. Planiol-Ripert II No. 405 i sl.; Heinsheimer I str. 64 i sl., 340 i sl.

¹⁸⁰⁾ code civil važi još danas kao takav u Belgiji i Luksenburgu, a sa nekim izmjenama u t. zv. kongresnoj Poljskoj i u Monaku. Na podlozi code civil-a izrađeni su: tal. codice civile (1865), zatim nizozemski (1838), rumunjski (1865), portugalski (1867), španjolski građanski zakonik (1888, 1889), zatim građanski zakonici južnoamerikanskih država Chile-a (1865), Argentinije (1869) i Brazilije (1916). Najzad su na osnovi code civil-a izrađeni građanski zakonik za jonske otoke (1841) i dosada

Ali već u drugoj polovici prošlog stoljeća pokazuje se preokret u zakonodavstvu u pravcu izjednačenja pravnog položaja žene sa pravnim položajem muškaraca.

Prvi je korak u tom pravcu učinjen u zakonodavstvu Engleske (1870), Švedske (1874), Danske (1880) i Norveške (1888) priznanjem udatoj ženi da može slobodno raspolagati svojom zaradom.

U Engleskoj je brzo iza toga, tj. zakonom od 1882 god. (The Married Womens Property Act) slijedilo priznanje potpune poslovne i procesne sposobnosti udate žene.¹⁸¹⁾

Načelo jednakosti pravnog položaja žene i muškaraca prihvatili su njemački građanski zakonik od 1896 god. i švicarski od 1907 god. Oni doduše predviđaju za udatu ženu ograničenje slobode izabrati samostalno zanimanje (§ 1358 Njgz., čl. 167 Švgz.), a u izvjesnim slučajevima i ograničenje prava raspolaganja svojom imovinom i prava zaduživanja, ali to ne da se time prizna kakva muževljeva vlast, nego u interesu zaštite bračne zajednice, odnosno kao posljedicu izvjesnih bračnih imovinskih režima. O ovim ograničenjima biće na drugom mjestu govora.

I u većini država, čije je zakonodavstvo preuzelo iz code civil-a ograničenje poslovne sposobnosti udate žene, je ono ograničenje međutim ukinuto, tako djelomično u Portugalu zakonom od 25 XII 1910, a potpuno u Italiji zakonom od 13 VII 1919, u Poljskoj zakonom od 1 VII 1921, u Argentini zakonom od 1926 god.,¹⁸²⁾ a u najnovije doba u Rumunjskoj zakonom od 20 IV 1932.¹⁸³⁾

Skandinavске države (Švedska, Danska, Norveška, Finska i Islandija) ukinule su zakonima donešenim poslije rata, koji su među sobom

kodificirane materije građ. prava za Bugarsku, a u Egiptu izdan je skraćeni code civil (t. zv. code mixte o imovinskom pravu) najprije za mješovite sudove (1873. god.), a poslije i za domaće sudove (1882 god.). V. o tome поближе: Le code civil 1804-1904, livre du centenaire (1904) II sv. 587 i sl.; zatim Heinsheimer I uvod str. XVI i sl.

¹⁸¹⁾ Curti str. 59. Ostalo je samo: da žena ne odgovara za svoje obveze lično nego samo sa svojom imovinom i da stoga na nju ne može biti primjenjivan dugovni zatvor koji još postoji u Engleskoj, zatim da žena ne može biti proglašena bankrotom, osim ako sama ili sa mužem vodi obrt ili trgovinu (Bankruptcy Act 1914) i najzad da ne odgovara sa imovinom koju je dobila pod „restraint of anticipativu,“ tj. pod ograničenjem da ne može za vrijeme braka raspolagati s glavnicom, a s prihodima tek kada dospijevaju, v. o tome Curti str. 20, 22 i 62.

¹⁸²⁾ v. Heinsheimer I str. 64.

¹⁸³⁾ o ovome zakonu v. R. Popesco Ramniceano „L'abolition de l'incapacité de la femme mariée en Roumanie“ u Bulletin mensuel de la société de législation comparée, god. 1933, br. 1 do 3, str. 186 i sl.

uglavnom jednaki, sva ograničenja poslovne i procesne sposobnosti udate žene.¹⁸⁴⁾

I po predrevolucionarnom (carskom) ruskom građanskom pravu, koje još danas važi na jednom dijelu Poljske, Litve, Letonije i Estonije¹⁸⁵⁾ je po posljednjem stanju zakonodavstva poslovna sposobnost udate žene samo u neznatnoj mjeri ograničena.¹⁸⁶⁾

Ali i u samoj Francuskoj je načelo poslovne nesposobnosti udate žene dosta probušeno, naime:

a) U slučaju razlučenja dobara supruga, bila ona ugovorena bračnim ugovorom (čl. 1536) ili izrečena sudskom odlukom (čl. 1443) dobija žena pravo upravljati svojom imovinom i sklapati sve pravne poslove potrebne radi korišćenja imovinom (čl. 1449, 1538).¹⁸⁷⁾

b) Udata žena trgovkinja može se u poslovima svoje trgovačke radnje obvezivati bez muževljevog odobrenja (čl. 220 c. civil i sl. čl. 4 code de commerce), ali ona mora imati odobrenje muža da bude trgovkinja (čl. 4 code de commerce).

c) Po zakonima od 9 IV 1881 (čl. 6) i od 20 VII 1895 (čl. 16) o poštanskim štedionicama može udata žena bez muževljevog odobrenja sebi otvoriti štedionički račun i sa tako uloženim novcem raspolagati.

d) Po zakonu od 20 VII 1886 može udata žena bez muževljevog odobrenja uplaćivati u narodnu kasu za osiguranje za slučaj starosti a rentom na osnovu ovog osiguranja raspolagati.

e) Najzad može po zakonu od 13 VII 1907 sur le libre salaire de la femme mariée udata žena, koja ima samostalno zanimanje sa

¹⁸⁴⁾ v. prikaze o bračnom pravu ovih država u Leske-Löwenfeld IV/1. (za Švedsku od C. G. Björling str. 622 i sl.; za Finsku od F. Savinio str. 660 i sl.; za Norvešku od H. Lundh str. 684 i sl.; za Dansku od H. Munch-Petersen str. 722 i sl.; za Islandiju od Th. Eyjolfsson str. 750 i sl.) a naročito str. 629, 666, 692 i sl., 728 i sl. i 754 i sl.

¹⁸⁵⁾ v. prikaze o bračnom pravu ovih država u Leske-Löwenfeld IV/1 str. 383 i sl., 497 i sl., 528 i sl. i 582 i sl.

¹⁸⁶⁾ udata žena ne može bez odobrenja muža stupiti u službeni odnošaj (čl. 2202 Svod zakona građanskih, Svod zakona tom X dio 1), ali to ne vrijedi za fabričke i poljske radnice, zatim ne može bez muževljevog odobrenja preuzeti mjeničnu obvezu (čl. 2 mjenični zak.), v. Makarov u Leske-Löwenfeld IV/1 str. 474. U Poljskoj su ograničenja koja se tiču mjenične sposobnosti i poslovne sposobnosti u području obrtnog prava s obzirom na poljski mjenični zakon i obrtni red ukinuta. V. Ostrowicz, spomenuti prikaz o poljskom bračnom pravu u Leske-Löwenfeld IV/1 str. 427.

¹⁸⁷⁾ sporno je, ukoliko je žena ovlašćena raspolagati imovinom. U judikaturi zauzimalje se stanovište, da nije ovlašćena na besplatna raspolaganja niti na otuđivanje nepokretnina, a na raspolaganje pokretninama samo u okviru redovne uprave, v. Planiol-Ripert IX No. 1025 i sl.; Heinsheimer I str. 523 i sl.

svojom zaradom od tog zanimanja i sa stvarima pribavljenim od te zarade slobodno raspolagati.¹⁸⁸⁾¹⁸⁹⁾¹⁹⁰⁾

3) Što se tiče ličnog položaja žene u braku, code civil daje mužu, kako je već spomenuto, pravu muževljevu vlast. Muž nije samo glava porodice, nego mu pripada i vlast nad osobom žene (čl. 1388). Žena dužna je da bude mužu poslušna, a za muža opet postoji dužnost da daje ženi zaštitu (čl. 213). Dosljedno tome zastupa se u teoriji i praksi shvaćanje, da je muž i ovlašćen nadzirati lični saobraćaj ženin kao i njezinu korespondenciju.¹⁹¹⁾ Muž određuje po code civil-u zajednički domicil (čl. 214), dočim se ne propisuje da žena dobija muževljevo porodično ime, ali joj je dopušteno da nosi njegovo ime (v. čl. 299, 311)¹⁹²⁾

Korelat muževljeve vlasti je spomenuta potčinjenost žene glede njezine poslovne sposobnosti. Nasuprot tome priznaje franc. judikatura ženi pravo da smije sklapati poslove potrebne za vođenje kućanstva (gestion en ménage) kao da ju je muž na to ćutke opunomoćio, to ćak i u slučaju, kad supruzi odvojeno žive, osim ako je žena bez razloga napustila muža ili za muža inaće ne postoji dužnost izdržavanja.¹⁹³⁾

Talijansko pravo ne daje mužu tako dalekosežnu muževljevu vlast kao francusko pravo. Codice civile se ogranićuje na to da proglasi muža za glavu porodice i da propiše dužnost ženinu da slijedi muža u njegov domicil (čl. 131). Inaće priznaje samo uzajamne dužnosti zajednićkog živiljenja, vjernosti i uzajamnog pomaganja (čl. 130). Po codice civile dobija žena ime muževljevo (čl. 131).^{193a)}

¹⁸⁸⁾ zakon nije ženu izrićito oslobodio od potrebe odobrenja za vršenje samostalnog zanimanja. Ali se takovo shvaćanje zastupa, v. Planiol-Ripert II No. 384 i 388; Heinsheimer I str. 66.

¹⁸⁹⁾ o francuskom zakonskom projektu koji predviđa ukidanje poslovne nesposobnosti udate žene biće dole govora, v. pod br. 7 kod op. 255.

¹⁹⁰⁾ o današnjem stanju zakonodavstva glede pravnog položaja udate žene v. još Erich Hans Kaden u Schlegelberger II str. 714 i sl., kao i na str. 716 pod III navedene pisce.

¹⁹¹⁾ Planiol-Ripert II No. 381 do 383, Heinsheimer I str. 64.

¹⁹²⁾ po novom zakonu o državljanstvu (čl. 8) strana državljanica kada se uda za francuskog državljanina dobija francusko državljanstvo, kada to naroćito traži ili ako po zakonima svoje države udajom nužno dobija državljanstvo svoga muža. Obratno Francuskinja koja se uda za stranog državljanina gubi francusko državljanstvo, ako izrićito hoće da primi državljanstvo svoga muža ili ako supruzi prenašaju svoj domicil u inostranstvo, a po zakonima države kojoj muž pripada, žena nužno stiće muževljevo državljanstvo.

¹⁹³⁾ Planiol-Ripert II No. 391, 392; VIII No. 568; Heinsheimer I str. 65, 478 i sl.

^{193a)} v. i L. Mossa u Schlegelberger I str. 98.

Ranije englesko pravo priznalo je mužu pravu muževljevu vlast tj. pravo nadzora nad osobom žene (cystody) i s time u vezi i pravo kažnjavanja (correction). Novija judikatura ne priznaje više mužu takvo pravo, ali mu priznaje još pravo ogranićiti njezinu slobodu kretanja, da bi se ćuvao od „gross misbehavivur“. Stupanjem u brak dobija žena domicil i državljanstvo muževljevo, ali ne postoji za nju dužnost primati ime muževljevo. Za braćne drugove postoji dužnost zajednićkog živiljenja (cohabitation).¹⁹⁴⁾ Ženi se priznaje pravo zastupati kućnu zajednicu, ukoliko se radi o t. zv. „necessaries“, tj. o potrebama kućanstva.¹⁹⁵⁾

Njemaćki građanski zakonik polazi sa stanovišta jednakosti braćnih drugova u braku, ali ipak daje mužu superiorni položaj. Muž daje ženi svoje porodićno ime (§ 1355). On određuje zajednićki domicil i zajednićki stan i uopće odlućuje u svima stvarima zajednićkog braćnog živiljenja (§ 1354 I). Ali ako se koja odluka muževljeva donešena u izvršenju spomenutog prava prikaže kao zloupotreba, žena nije dužna podvrći se takvoj odluci (§ 1354 I). Isto tako se ženi daje pravo ne podvrći se zahtjevu na uspostavu braćne zajednice, ako se taj zahtjev prikaže kao zloupotreba prava na zajednićki živiljenje (§ 1353 II). Pravo je i dužnost ženina da vodi kućanstvo (§ 1356 I). Za ženu postoji i dužnost da lićno radi u kućanstvu i uobrtu muževljevom, ukoliko je to prema prilikama muževljevim uobićajeno (§ 1356 II). U okviru svoga kućnog djelokruga ima žena i pravo, da svojim pravnim paslovima obvezuje muža kao njegov zastupnik (Schlüsselgewalt) (§ 1357 I). Ali muž može to pravo ogranićiti ili ukinuti. Ako se takvo ogranićenje ili ukidanje prava zastupanja ukaže kao zloupotreba muževljevog prava, može žena tražiti odluku nadtutorstvenog suda (§ 1357 II). Žena može i u braku samostalno privredivati. Ali muž može po ovlašćenju nadtutorstvenog suda službeni odnošaj i uopće svaki odnošaj, na osnovu kojeg je žena obvezana na lićne ćinidbe, otkazati. Sud ima da daće traženo ovlašćenje, ako zanimanje ženino ne ide na štetu braćnih interesa (§ 1358).¹⁹⁶⁾

Po švicarskom građanskom zakoniku je lićni položaj žene u braku uglavnom jednako uređen kao i po Njgz. (v. čl. 159 do 165 Švgz.). Jedino što se tiće samostalnog zanimanja udate žene, razlikuju se propisi Švgz-a od propisa Njgz-a utoliko što se

¹⁹⁴⁾ Neumann u Holtendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft (7 izdanje) II (1914) str. 345; Curti str. 57 i sl.

¹⁹⁵⁾ Neumann cit. mj.; Curti str. 62 i sl., 66.

¹⁹⁶⁾ poblize o lićnom položaju žene u braku po njemaćkom pravu vidi Ennecerus-Kipp-Wolff II/2 §§ 31, 32; Wieruszowski u Leske-Löwenfeld IV/1 str. 21 i sl.

Švgz. ne ograničuje na to, da mužu daje pravo otkaza službenog odnošaja, već traži za vršenje zvanja ili obrta od strane udate žene prethodno odobrenje muža. Ako se to odobrenje uskrati, može žena tražiti odluku suda (čl. 167). Švgz. predviđa i posebne propise o zaštiti bračne zajednice (čl. 169 do 171), kojih nema u Njgz. Osim toga Švgz. ne dopušta za trajanja braka izvršenja jednog bračnog druga protiv drugog (čl. 173), osim ukoliko se radi o provođenju zakonom ili sudskom presudom naređenog razlučivanja dobara supruge ili o naplati dosuđenog izdržavanja (čl. 176). Ali ako se sa koje treće strane protiv jednog od bračnih drugova vodi izvršenje, može se drugi bračni drug priključiti izvršenju kao i stečajnom postupku.¹⁹⁷⁾

Potpuno izjednačenje ličnog položaja žene sa položajem muža u braku provedeno je u zakonodavstvu skandinavskih država.¹⁹⁸⁾

4) Po svim spomenutim zakonodavstvima, osim zakonodavstva skandinavskih država koje ovo pitanje drukčije uređuje, ima muž, bez obzira na bračni imovinski sistem, da snosi materijalne terete braka, a naročito da dâ ženi izdržavanje prema svome staležu, svojoj imovini, odnosno prema svojim prihodima (v. čl. 214 code c., čl. 132 Codice c., § 1360 Njgz., čl. 160/II Švgz.).¹⁹⁹⁾

Ali sva ta zakonodavstva, osim engleskog, predviđaju ujedno dužnost ženinu, da srazmjerno pridonasa za terete braka, ako bračni imovinski sistem ne daje mužu pravo uživanja ženine imovine, odnosno ukoliko to pravo uživanja ne osigura dovoljni prinos. Takvu dužnost predviđa francusko pravo kod sistema razlučenih dobara bračnih drugova, i kod dotalnog sistema, ako je cijela ženina imovina parafernarno dobro (čl. 1448, 1537, 1575 code c.), a talijansko pravo, kada je žena postigla razlučenje dos-a od muževljeve imovine, kao i inače, kad ima paraferna (čl. 138, 1423, 1426 Codice c.).

Njemačko pravo propisuje takvu dužnost kod sistema razlučenih dobara bračnih drugova (§ 1427), a kod sistema upravne zajednice (Verwaltungsgemeinschaft) iz ženine pridržane imovine (Vorbehaltsgut), ako muž iz unešene imovine, na kojoj ima uživanje, ne dobije srazmjerni prinos (§ 1371), jednako kod sistema zajednice dobara. ako prihodi iz zajedničkih dobara ne dostaju za podmirenje troškova braka (§ 1441).

¹⁹⁷⁾ poblize o ličnom položaju žene u braku po švicarskom pravu v. Gmür II/1 str. 269 i sl., 349 i sl.

¹⁹⁸⁾ V. spomenute prinose o bračnom pravu ovih država u Leske-Löwenfeld IV/1, a naročito str. 629 i sl., 666 i sl., 692 i sl., 728 i sl., 754 i sl.

¹⁹⁹⁾ za englesko pravo, v. Curti str. 58.

Švicarsko pravo propisuje takvu dužnost kod sistema razlučenih dobara bračnih drugova (čl. 246 Švgz.).

Nasuprot ne postoji po engleskom pravu takva dužnost.²⁰⁰⁾

Talijansko (čl. 132/II Codice c.) i njemačko pravo (§ 1360/II Njgz.) izričito propisuju, da je i žena dužna dati mužu izdržavanje, ako se on ne može sam izdržavati. Takvog izričitog propisa nemaju code civil, ni švic. građ. zakonik, ali se iz dužnosti uzajamnog pomaganja (v. gore pod br. 3) izvodi i za ova prava dužnost žene dati mužu za slučaj nužde izdržavanje.²⁰¹⁾ Za englesko pravo se ne priznaje takva dužnost.²⁰²⁾

Zakonodavstvo skandinavskih država propisuje, dosljedno usvojenom načelu potpune jednakosti položaja žene i muža u braku, da su oba supruge dužni u jednakoj mjeri pridonasati za terete braka i da među njima postoji uzajamna dužnost izdržavanja.²⁰³⁾

5) a) Što se tiče bračnog imovinskog prava, vrijedi po francuskom, talijanskom i njemačkom pravu načelo slobode ugovaranja. Bračni drugovi mogu po svojoj volji međusobne imovinske odnose urediti (čl. 1387 Code c., čl. 1378 Codice c., § 1432 Njgz.). Ali dok po francuskom i talijanskom pravu bračni ugovori moraju biti uglavljeni prije sklopljenog braka i ne mogu se poslije sklopljenog braka preinačiti (čl. 1394, 1395 Code c., čl. 1382, 1385 Codice c.), dopušta njemačko pravo uglavljenje bračnih ugovora i poslije sklopljenog braka kao i da se bračni ugovori uglavljeni prije sklopljenog braka preinače poslije sklopljenog braka (1432 Njgz.).

I po švicarskom pravu postoji načelo slobode ugovaranja (čl. 178 Šgz.), ali to ipak sa ograničenjem, da se mora izabrati jedan od bračnih imovinskih sistema predviđenih u zakonima (čl. 179/II Švgz.).

Naprijed spomenuta zakonodavstva predviđaju slijedeće bračne imovinske sisteme:

aa) Code civil predviđa kao zakonski bračni imovinski sistem, tj. kao sistem, koji ima da vrijedi, ako nisu bračni drugovi bračnim ugovorom drugi sistem ugovorili, sistem zajednice pokretnina (čl. 1400 do 1496). U tu zajednicu ulaze, ukoliko nije što drugo ugovoreno (čl. 1497): 1) sve pokretnine koje su se zatekle u vrijeme nastupanja zajednice (le mobilier présent), 2) sva pokretna imovina stečena za trajanja zajednice (le mobilier futur)

²⁰⁰⁾ Curti str. 58.

²⁰¹⁾ za francusko pravo v. Planiol-Ripert II No. 21, 349; Heinsheimer, II str. 36, a za švicarsko pravo Gmür II/1 str. 278 i sl., 283 i sl., 286.

²⁰²⁾ Curti cit. mj.

²⁰³⁾ v. Leske-Löwenfeld IV/1 str. 628, 666, 693, 728 i 754.

i 3) nepokretnine stečene na naplatni način za trajanja zajednice (čl. 1401).²⁰⁴⁾ Zajednička imovina ima karakter condominium-a supruga.²⁰⁵⁾ Mužu pripada uprava i uživanje zajedničke imovine pa čak i pravo raspolaganja (čl. 1421). Ali su mu zabranjena besplatna raspolaganja sa nepokretninama i prekomjerna besplatna raspolaganja sa pokretnom imovinom (čl. 1422).²⁰⁶⁾ Mužu pripada i uprava lične imovine ženine. Ali on ne može bez njezinog odobrenja otuđiti nepokretnine (čl. 1428). Zaštitu od ovih dalekosežnih prava muževljevih kod ovog bračnog imovinskog sistema daju ženi: 1) t. zv. dužnost izravnjanja, tj. dužnost naknaditi što je uzeto iz zajedničke imovine (čl. 1437 i 1469), 2) ograničenje odgovornosti žene za dugove zajednice (bénéfice d'émolument, čl. 1483), 3) zakonska hipoteka u korist žene na nepokretninama muževljevim (čl. 2122 i 2135) i najzad 4) pravo žene tražiti ukidanje zajednice zbog opasnosti kojoj je izložena njezina imovina unešena u zajednicu (čl. 1437 i 1469).

Drugi bračni imovinski sistemi predviđeni u code civil-u jesu: zajednica tekovine (čl. 1498, 1499), režim zajednice svih dobara (čl. 1526), t. zv. režim bez zajednice dobara (régime sans communauté, čl. 1530 do 1535), režim razlučenih dobara bračnih drugova (čl. 1536 do 1539) i dotalni režim (čl. 1540 do 1580). Osim toga predviđene su razne kombinacije (čl. 1497).

U zajednicu tekovine ulaze sva stečenja na osnovu rada uz naplatu kao i sve koristi od vlastite imovine svakog supruga. Režim bez zajednice dobara daje mužu pravo uprave cijele imovine ženine i pravo da prihode te imovine zadrži kao prinos za terete braka. Režim razlučenih dobara daje ženi neograničeno pravo uprave i uživanja njezine pokretne i nepokretne imovine (čl. 1536). Ali nepokretnine ne može bez odobrenja muža, odnosno suda otuđiti (čl. 1538). Kod dotičnog sistema ima muž glede dotalnih dobara položaj uživaoca, dočim vlasništvo ostaje načelno ženino (čl. 1549). Nepokretnine ne mogu za trajanja braka ni muž ni žena otuđiti ni opteretiti, osim slučajeva navedenih u čl. 1555 i 1556. Judikatura smatra i pokretno dotalno dobro neotuđivim.²⁰⁷⁾ Ženi pripada radi osiguranja njezinog zahtjeva na povratak dos-a zakonska hipoteka na muževljevim nepokretninama (čl. 2121 i 2135). Ako su dotalna dobra kod muža izložena

²⁰⁴⁾ o spornom pitanju, ukoliko se nepokretnine mogu smatrati kao zajednička imovina v. Planiol-Ripert VIII No. 254; Heinsheimer I str. 468.

²⁰⁵⁾ Planiol-Ripert VIII No. 158; Heinsheimer I str. 467.

²⁰⁶⁾ o pitanju granica raspolaganja v. Planiol-Ripert VIII No. 513 i sl.; Heinsheimer I str. 480 i sl.

²⁰⁷⁾ Planiol-Ripert IX No. 1118 i No. 1166 i sl.; Heinsheimer I str. 528 i sl.

opasnosti, može žena tražiti razlučenje dos-a od muževljeve imovine (čl. 1563). Kod dotalnog sistema ima žena neograničenu upravu i uživanje parafernalnih dobara. Ali ona ne može bez odobrenja muža, odnosno suda parafernalna dobra otuđiti (čl. 1756). Da je žena kod režima razlučenih dobara kao i kad je cijela njezina imovina parafernalno dobro dužna pridonášati za troškove braka, to je već gore spomenuto (v. pod br. 4).

Valja još spomenuti, da code civil daje udovici iza smrti muža kod režima zajednice dobara pravo na izdržavanje i stan za sebe i služinčad za tri mjeseca i 40 dana kao rok za inventariziranje i razmišljanje da li će se primiti zajednice (čl. 1465), a osim toga na žalobne troškove (čl. 1491). Kod dotalnog režima opet ima udovica pravo tražiti za vrijeme od jedne godine iza muževljeve smrti ili kamate od dotalnih dobara ili izdržavanje na račun ostavine. U jednom i drugom slučaju ima još pravo na stan i na žalobno odijelo na račun ostavine (čl. 1570).

bb) Po tal. codice civile vrijede sistem razlučenih dobara bračnih drugova kao zakonski, a dotalni sistem (čl. 1388 do 1419) kao i sistem zajednice koristi kao jedino dopušteni ugovorni bračni imovinski sistemi (čl. 1433). Zajednica koristi može biti od svih ili od nekih dobara supruga, od sadašnjih ili budućih dobara.

Kod dotalnog sistema ima muž glede dotalnih dobara načelno položaj uživaoca (čl. 1389, 1401). Dotalna dobra ne mogu se za trajanja braka, ako nije bračnim ugovorom što drugo određeno, ni otuđiti ni opteretiti, osim u slučajevima naročite potrebe ili očite koristi, ako su oba supruga s time sporazumna, a sud to odobri (čl. 1404, 1405). Žena može tražiti razlučenje dotalnih dobara od muževljeve imovine, ako su kod njega izložene opasnosti (čl. 1404, 1405). Ali i u ovom slučaju ostaje dos neotuđiv, a prihodi mogu se trošiti samo sa odobrenjem suda (čl. 1424). Da je žena u takvom slučaju dužna srazmjerno pridonášati za troškove braka (čl. 1423), to je već gore spomenuto (v. pod br. 4).²⁰⁸⁾

cc) Njemački građanski zakonik predviđa kao zakonski bračni imovinski sistem, koji ima dakle da vrijedi, ako nije bračnim ugovorom drugi sistem ugovoren, sistem upravne zajednice (Verwaltungsgemeinschaft) (§§ 1363 do 1425). Kod ovog sistema dobiva muž upravu i uživanje imovine koju je žena donijela u brak (eingebrachtes Gut). U to spada i ona imovina, koju žena

²⁰⁸⁾ v. poblize o talijanskom bračnom imovinskom pravu Stolfi, Diritto civile (Turino 1921) sv. V.

stiče za trajanja braka (§ 1363). Od uprave i uživanja muževljeva je izuzeta t. zv. pridržana imovina (Vorbehaltsgut). U to spadaju: 1) stvari određene za ličnu upotrebu ženinu (odijelo, nakit itd.) (§ 1363); 2) zarada od samostalnog zanimanja ženina (§ 1365); 3) sve ono što je bračnim ugovorom proglašeno kao pridržana imovina (§ 1368); 4) ono što žena stiče na osnovu naredbe posljednje volje ili besplatnog pravnog posla među živima, ako je ostavitelj, odnosno darovatelj odredio da to bude pridržana imovina (§ 1369); i najzad 5) sve ono što žena stiče na osnovu pridržane imovine (t. zv. surogati) (§ 1370). Muž uživa unešenu imovinu kao uzufruktuar (§§ 1373, 1383). On može raspolagati s novcem i pokretnim stvarima, zatim može tražbine upotrebiti radi kompenzacije sa dugovima unešene imovine i najzad može ispuniti obveze na predaju stvari iz unešene imovine (§ 1375). Ali i žena ne može bez odobrenja muža, odnosno suda raspolagati sa unešenom imovinom (§§ 1395, 1396, 1398, 1402). Unešena imovina ne odgovara za dugove muževljeve. Za dugove ženine odgovara, osim onih koje je poslije sklopljenog braka bez odobrenja muža učinila (§§ 1410, 1411, 1412 do 1414). Ako žena vodi parnicu bez odobrenja muža, osuda je prema mužu glede unešene imovine bez važnosti (§ 1400). Sa pridržanom imovinom može žena slobodno raspolagati, ali je dužna da iz te imovine pridonasa za terete braka, ukoliko muž iz unešene imovine ne dobije primjerni prinos (§ 1371). Ako je žena dobila odobrenje za samostalno privredno zanimanje, nije joj potrebno muževljevo odobrenje za pravne poslove i parnice, koje za sobom povlači ovo zanimanje (§ 1405). Ne treba muževljevog odobrenja za primanje ili odbijanje nasljedstva, za odreknuće nužnog dijela, za odbijanje ponuda i poklona kao za poslove s mužem samim (§ 1406). Žena može tražiti sigurnost, ako je njezina imovina izložena opasnosti, a može iz razloga navedenih u § 1418 upravnu zajednicu otkazati. Ta zajednica prestaje, kad se nad muževljevom imovinom otvori stečaj (§ 1419).

Osim upravne zajednice kao zakonskog sistema predviđeni su još kao bračni imovinski sistem, koji se mogu ugovarati: zajednica svih dobara, zajednica tekovine, zajednica pokretnina i najzad sistem razlučenih dobara bračnih drugova.

Kod sistema zajednice svih dobara (§§ 1437 do 1518) postaju kako imovina, koju su supruzi imali u vrijeme sklapanja braka, taka imovina, koja im dolazi za trajanja braka zajednička imovina. Uprava zajedničke imovine pripada mužu (§ 1443). Njemu pripada i pravo raspolaganja, osim ukoliko se tiče nepokretnina, besplatnih raspolaganja i raspolaganja o zajedničkoj imovini kao cjelini. U ovim

slučajevima potrebno je za raspolaganje odobrenje ženino, odnosno suda (§§ 1444 do 1447). Zajednička imovina odgovara ne samo za dugove učinjene na tu imovinu nego i za predbračne dugove obaju supruža kao i za dugove muževljeve učinjene poslije nastupile zajednice, dočim se dugovi ženini smatraju kao dugovi zajednice ako ih je muž odobrio. Za dugove zajednice odgovara muž i lično (§ 1460). I kod zajednice svih dobara može se bračnim ugovorom predvidjeti pridržana imovina (§ 1440). Zajednica svih dobara može se ukinuti presudom iz razloga navedenih u §§ 1468 i 1469, a prestaje smrću jednog od supruža (§ 1482). Ali ako su ostali zajednički potomci, nastavlja se zajednica između preživjelog supruža i zajedničkih potomaka (§ 1483).

Kod zajednice tekovine (§§ 1519 do 1548) ne spada u zajednicu predbračna imovina, nego sve što se stiče za trajanja braka, osim nasljedstva, darovanja i opreme. Muž upravlja sa unešenom imovinom tako, da prihodi dolaze u zajednicu (§ 1525).

Kod zajednice pokretnina (§§ 1549 do 1557) dolaze u zajednicu: predbračna pokretna imovina supruža, pokretna imovina naslijedena kao i cijela tekovina za trajanja braka. Predbračni dugovi terete zajedničku imovinu.

Sistem razlučenih dobara bračnih drugova (§§ 1426 do 1431) nastupa ili na osnovu bračnog ugovora ili na osnovu zakona, odnosno sudske presude (§ 1426 u vezi sa §§ 1364, 1418 do 1420). Kod ovog sistema je žena potpuno slobodna u raspolaganju sa svojom imovinom, ali je dužna primjereno pridonasati za troškove braka (§ 1427).

Njgz. predviđa registar bračnih imovinskih prava (Güterrechtsregister). U njega se unašaju sve odredbe bračnih ugovora kao i sve sudske odluke o promjenama glede imovinskih odnosa među supruzima. Registar je javan (§§ 1558 do 1563).²⁰⁹⁾

dd) Švicarski građanski zakonik predviđa kao zakonski bračni imovinski sistem, koji dakle vrijedi ako supruzi nisu bračnim ugovorom koji drugi izabrali, sistem spajanja dobara (Güterverbindung), a osim toga još sistem zajednice dobara, koja može biti zajednica svih dobara ili ograničena zajednica, i sistem razlučenih dobara.

Kod svih imovinskih sistema, osim kod sistema razlučenih dobara, gdje to ne može biti, pretpostavlja se postojanje posebne imo-

²⁰⁹⁾ poblize o njemačkom bračnom imovinskom pravu v. Enneccerus-Kipp-Wolff II 2 §§ 40 i sl.; v. i Wieruszowski u Leske-Löwenfeld IV/1 str. 23 i sl.

vine svakog supruga (Sondergut). Posebna imovina je ono što bračni ugovor ili sam zakon kao takvu proglašuje (čl. 190). Po zakonu je posebna imovina: 1) stvari koje služe isključivo za ličnu upotrebu jednog od supruga; 2) stvari ženine imovine koje joj služe za vođenje obrta ili drugog zanimanja i 3) sve ono što žena stiče samostalnim radom (čl. 191). Za posebnu imovinu vrijede pravila sistema razlučenih dobara (čl. 192). Prezumpcija je protiv postojanja posebne imovine (čl. 193).

Sistem spajanja dobara (Güterverbindungen) (čl. 194 do 214) sastoji se u spajanju muževljeve i ženine imovine pod upravom muža i s pravom muža na uživanje spojene imovine. Ovaj sistem odgovara dakle njemačkom sistemu upravne zajednice. Spajaju se ne samo imovine, koje su supruzi imali u vrijeme sklopljenog braka nego i ono što im dolazi za trajanja braka, osim spomenute posebne imovine (čl. 194). Muž ima pravo raspolaganja, ukoliko se radi o aktima redovne uprave. Za raspolaganja koja prelaze redovnu upravu potreban je ženin pristanak (čl. 202). Žena ima pravo na upravu i raspolaganje ukoliko je pozvana da zastupa bračnu zajednicu (čl. 200, 203).²¹⁰⁾ Muž odgovara za ženinu imovinu jednako kao i uživatelj (čl. 191). U slučaju izvršenja ili stečaja protiv muža ima se ženi vratiti njezina još postojeća unešena imovina, a ukoliko je nema, može žena ostvariti svoj zahtjev na naknadu štete (čl. 210). Ovom je zahtjevu priznato prvenstvo u izvršnom i stečajnom postupku, ako time što je vraćeno i datim sigurnostima nije pokrivena ni polovica unešene imovine (čl. 211). Spajanje prestaje smrću jednog od bračnih drugova (čl. 211, 212). Ako se pri razlučivanju imovina bračnih drugova pokaže prirast, pripadaju $\frac{2}{3}$ prirasta mužu, odnosno njegovim nasljednicima, a $\frac{1}{3}$ ženi odnosno njezinim nasljednicima. Manjak snosi muž, ukoliko ga nije prouzročila žena. Bračnim ugovorom može se to drukčije urediti (čl. 214).

Zajednica dobara se sastoji u spajanju imovine obaju supruga u zajedničku masu, koja supruzima pripada in solidum tako, da ne može ni jedan od njih sa svojim dijelom u zajedničkoj imovini samostalno raspolagati.²¹¹⁾ Zajednica može biti: opća, ograničena, a ta opet kombinirana bilo sa razlučenjem dobara bilo sa spajanjem radi zajedničke uprave, i najzad zajednica tekovine.

Kod opće zajednice dobara (čl. 215 do 236) spajaju se imovine i prihodi obaju supruga u jednu masu, koja im pripada in solidum (čl. 215). Mužu pripada uprava (čl. 216) i pravo raspolaganja u okviru

redovne uprave, dočim raspolaganja koja prelaze okvir redovne uprave mogu učiniti ili oba supruga zajedno ili svaki od njih uz pristanak drugog (čl. 217). I za odbijanje nasljedstva potreban je pristanak drugog bračnog druga (čl. 218). Za dugove obaju supruga odgovara zajednička imovina i muž lično (čl. 219), a za neke i žena lično (čl. 220). U stečaju i kod izvršenja protiv muža, žena ima prvenstvo za svoj zahtjev na povratak imovine unešene u brak (čl. 224). Zajednica se razvrgava smrću jednog od supruga (čl. 225) i razvodom braka (čl. 154), dočim kod rastave odlučuje sud o ukidanju ili održanju dosadašnjeg imovinskog režima (čl. 155). Zajednička imovina dijeli se na jednake dijelove, ako nije bračnim ugovorom što drugo određeno (čl. 226). Preživjeli suprug može sa zajedničkom djecom zajednicu nastaviti (čl. 229).

Kod ograničene zajednice dobara uz isključenje izvjesnih dijelova od zajednice (čl. 237) vrijede glede zajedničke imovine pravila o općoj zajednici dobara, a glede imovinskih dijelova izuzetih od zajednice pravila o posebnoj imovini, odnosno o sistemu razlučenih dobara.

Ograničena zajednica dobara može biti i uz izlučenje ženine imovine i njezino stavljanje pod režim spajanja imovine radi zajedničke uprave (Güterverbindung) (čl. 238).²¹²⁾

Kod zajednice tekovine vrijedi za imovinu, koju je muž ili žena donijela u brak sistem spajanja dobara radi zajedničke uprave (čl. 239). Prirast se dijeli u jednake dijelove, a manjak snosi muž, ukoliko ga nije žena prouzročila (čl. 240).

Sistem razlučenih dobara (čl. 241 do 247) nastupa ili na osnovu zakona (čl. 182) ili na osnovu sudske presude (čl. 183 do 185, 155) ili na osnovu bračnog ugovora (čl. 179 i 241). Razlučenje dobara na osnovu zakona ili sudske presude odnosi se na cijelu imovinu supruga, i to kako glede uprave tako i glede vlasničkih odnošaja. Osim dužnosti zajednički snositi terete braka (čl. 242 III i 246) ne postoji imovinskopravno ništa zajedničkog. I stečevina je razlučena (čl. 245). Kod razlučenih dobara na osnovu bračnog ugovora ne može da postoji potpuno razlučenje, ali se to predmnijeva.²¹³⁾

U slučaju razlučenih dobara može muž tražiti primjereni prinos za terete braka, kako je to već prije spomenuto (čl. 246). Ugovorom može se i jedan dio ženine imovine za to odrediti. Za taj dio vrijede

²¹⁰⁾ v. o tome G m ü r II/1 str. 515 i sl., 543 i sl.

²¹¹⁾ G m ü r II/1 str. 615.

²¹²⁾ G m ü r II/1 str. 683 i sl.

²¹³⁾ G m ü r II/1 str. 698 i sl.

pravila spajanja dobara radi zajedničke uprave, ukoliko nije što drugo ugovoreno (čl. 247).

I Švgz. predviđa registar o bračnim imovinskim odnosima (Güterrechtsregister) (čl. 248 do 251). U taj se registar unašaju imovinskopravni odnošaji supruga osnovani bračnim ugovorom ili sudskom odlukom, zatim pravni poslovi među supruzima o imovini koju je žena donijela u brak, ili o zajedničkoj imovini. Za jedno i drugo potrebno je ovo unašanje kao i objavljivanje, da bi imali svoj učinak prema trećim osobama.²¹⁴⁾

b) U Engleskoj je do spomenutog zakona, Married Womens Act od 1882 god. muž imao upravu i uživanje ženine imovine. Od toga zakona vrijedi potpuno razlučenje dobara bračnih drugova. Sve što žena donosi u brak i stiče za trajanja braka je njezina posebna imovina (separata estate),²¹⁵⁾ s kojom može slobodno raspolagati.

Muž odgovara za dugove ženine iz vremena prije braka samo, ukoliko je uslijed braka s njom dobio imovinu. Za dugove koje žena učini za trajanja braka, osim tražbina iz delikata, odgovara žena sama sa svojom imovinom, dočim za delikte (torts) odgovara i po današnjem pravu muž. To je ostatak ranijeg mundium-a muževljeva.²¹⁶⁾

U Engleskoj su uobičajeni bračni ugovori. Njima se po običaju predviđa mala renta na nepokretnoj imovini za podmirenje ličnih potreba žene (t. zv. pin-mony, jedna vrsta „Nadelgeld“), a veća za opskrbu žene i djece poslije smrti muževljeve (jointure), pošto englesko pravo ne poznaje nužno nasljedstvo.²¹⁷⁾

Kod dobrovoljne rastave bez učestvovanja suda (separation by agreement) uređuju se po običaju dotičnim ugovorom (separation deed) lične i imovinske prilike supruga i djece. I kod razvoda braka se imovinske prilike često uređuju. Sud može kod razvoda braka u presudi o razvodu preinačiti bračne ugovore, da bi se nekriva strana i djeca stavili u takav položaj kao da nije brak poremećen krivnjom drugog bračnog druga.²¹⁸⁾

c) U novom zakonodavstvu skandinavskih država je i u pogledu bračnog imovinskog prava provedena potpuna jednakost između žene i muža.

Po švedskom i finlandskom zakonodavstvu je zakonski bračni imovinski sistem režim razlučenih dobara

bračnih drugova modificiran pravom svakog bračnog druga na udio u imovini obojice bračnih drugova, ukoliko se ne radi o pridržanoj imovini. Pravo na udio („gifförätt“) obuhvata pravo korišćenja za trajanja braka i pravo na dio za slučaj prestanka braka. Čisti iznos diobne mase dijeli se među bračne drugove na jednake dijelove. Za trajanja braka može svaki bračni drug sa svojom imovinom raspolagati, ali je ne smije na neopravdani način smanjiti na štetu drugog bračnog druga. Izvjesni imovinski dijelovi, a naročito nepokretnine mogu se samo sa pristankom drugog bračnog druga, a po švedskom, ali ne po finlandskom pravu u slučaju uskrate pristanka odobrenjem suda otuđiti. Pridržana je imovina sve ono što je jednom od supruga darivanjem ili naredbom posljednje volje predano, odnosno ostavljeno time, da to njemu samom pripadne, zatim što je bračnim ugovorom određeno kao pridržana imovina i najzad čisto lične stvari jednog od bračnih drugova. Bračnim ugovorom može se ugovoriti i potpuno razlučenje dobara.²¹⁹⁾

Po zakonodavstvu Norveške i Danske je opet zajednica dobara zakonski bračni sistem. Svaki bračni drug ima pravo sa svojim dijelom u zajedničkoj imovini raspolagati, ali za otuđenje nepokretnina i pokretnih stvari namijenjenih za kućanstvo treba pristanak drugog bračnog druga. Bračnim ugovorom može se ugovarati, da izvjesna imovina ili izvjesna tečevina pripadne jednom od bračnih drugova kao posebna imovina. Po danskom zakonodavstvu je već po samom zakonu posebna imovina ono što je jednom od bračnih drugova darivanjem ili naredbom posljednje volje dato ili ostavljeno da ima da njemu samom pripadne. Pod izvjesnim pretpostavkama može se i za trajanja braka tražiti ukidanje zajednice dobara.²²⁰⁾

6) U nasljednom pravu je po svim spomenutim zakonodavstvima provedeno načelo jednakosti između ženskih i muških nasljednika.²²¹⁾

To vrijedi i glede nasljednog prava preživjelog bračnog druga. I ovdje se ne čini razlika između udovice i preživjelog muža. Ali je

²¹⁹⁾ Leske-Löwenfeld IV/1 str. 634 i sl., str. 668 i sl.

²²⁰⁾ Leske-Löwenfeld IV/1 str. 695 i sl., str. 730 i sl.

²²¹⁾ jedino po Švgz. postoji izvjesna prednost muških nasljednika pred ženskim, kada je poljoprivredno gospodarstvo (landwirtschaftliches Gewerbe, landw. Unternehmen) dio nasljedstva. Naime poljoprivredno gospodarstvo ima se dodijeliti jednome od nasljednika, koji je podesan za vođenje takvog gospodarstva, a voljan je preuzeti ga na račun svoga nasljednog dijela. Pri tome se daje sinovima prednost pred kćerima, tj. kćeri mogu zahtijevati predaju gospodarstva samo, ako nema sinova koji bi bili podesni za vođenje gospodarstva i voljni preuzeti ga (čl. 620, 621), v. G m ü r III str. 780 i sl.

²¹⁴⁾ poblize o ovom registru, v. G m ü r II/1 str. 724 i sl.

²¹⁵⁾ Neumann str. 346; Curti str. 60.

²¹⁶⁾ Neumann cit. mj.; Curti str. 83 i sl.

²¹⁷⁾ Curti str. 67.

²¹⁸⁾ Curti str. 50.

u tim zakonodavstvima pravo nasljeđivanja preživjelog bračnog druga različito uređeno.

Code civil se je sa nekim ublaženjima držao droit coutumier-a, koji je preživjelom bračnom drugu uskratio svako nasljedno pravo, priznavajući samo udovici pravo uživanja jednog dijela ostavine (t. zv. douaire).²²²⁾ Tek novije francusko zakonodavstvo popravilo je nepovoljni položaj preživjelog bračnog druga u nasljednom pravu. To je učinjeno zakonima od 9 III 1891, od 3 IV 1917 i od 29 IV 1925. Po sadašnjem stanju zakonodavstva preživjelom bračnom drugu pripada cijela ostavina, ako iza ostavitelja nisu ostali descendentni ni drugi rođaci pozvani po zakonu na nasljedstvo.²²³⁾ Uz rođake pripada bračnom drugu samo pravo uživanja, i to: a) jedne četvrtine ostavine, kad konkurira sa vlastitom djecom, a kad konkurira sa djecom ostavitelja iz njegovog ranijeg braka pravo uživanja dijela jednakog dijelu djeteta koje je najmanje dobilo, ali ni u kojem slučaju više od jedne četvrtine, b) pravo uživanja jedne polovice ostavine, kad konkurira sa vanbračnom djecom ostaviteljevom ili sa bračnim potomcima vanbračne djece ili sa braćom odnosno sestrama, odnosno njihovim potomcima ili sa ascendentima; c) uživanje cijele ostavine kad konkurira sa daljim rođacima. U ovo pravo uživanja ima se uračunati sve ono što je preživjeli bračni drug besplatnim raspolaganjima bilo među živima bilo za slučaj smrti primio, osim ako ga je ostavitelj od dužnosti uračunavanja oslobodio (čl. 767).²²⁴⁾ Bračnom drugu ne pripada pravo na nužni dio.

Po tal. codice civile preživjeli bračni drug: a) kad konkurira sa bračnom djecom dobiva jedan dio ostavine na uživanje, i to dio jednak dijelu jednog djeteta, računavši pri tome i njega u broj djece, a kad su ostala bračna i vanbračna djeca, dio, koji bračni drug dobiva na uživanje, je jednak dijelu bračnog djeteta; ali dio bračnog druga ne smije ni u kojem slučaju preći jednu četvrtinu ostavine (čl. 753); b) kad konkurira sa ascendentima ili vanbračnom djecom ili sa braćom i sestrama ili njihovim potomcima dobiva jednu trećinu ostavine u nasljedstvo (dakle u vlasništvo), ali ako ascendenti i vanbračna djeca zajedno s njim konkuriraju dobiva samo jednu četvrtinu u nasljedstvo (čl. 754); c) kad konkurira sa daljim rođacima do uklju-

²²²⁾ Planiol-Ripert IV No. 107.

²²³⁾ ali ne kao héritier légitime, nego kao successeur irrégulier. To znači da nema „saisire“, tj. pravo da se bez formalnosti odmah stavi u posjed nasljedstva nego da mora tražiti predaju nasljedstva, pošto su ispunjene propisane formalnosti, v. Planiol-Ripert IV No. 122 i 205.

²²⁴⁾ v. поближе o tome Planiol-Ripert IV No. 117 i sl.; Heinsheimer 1 st. 217 i sl. O posebnom pravu udovice v. gore pod br. 5 sl. u tekstu iza op. 207.

čivo šestog stepena dobiva dvije trećine ostavine u nasljedstvo (čl. 755), d) kad nema rođaka ni do uključivo šestog stepena, onda dobiva cijelu ostavinu u nasljedstvo (čl. 755). U slučajevima pod b) uračunaće se bračnom drugu u nasljedni dio sve ono, što je dobio na osnovu bračnog ugovora, kao i dotalne koristi (čl. 756). Za razliku od francuskog prava priznaje codice civile preživjelom suprugu i nužni dio i to uz djecu pravo uživanja dijela ostavine jednakog dijelu djeteta (čl. 812), uz ascendente pravo uživanja jedne četvrtine (čl. 813), a kad nema ni jednih ni drugih pravo uživanja jedne trećine ostavine (čl. 814). Pravo uživanja cijele ostavine ili pripadajućeg dijela ostavine može se sporazumom sa nasljednicima ili odlukom suda, koji treba da uvaži prilike pojedinog slučaja, urediti ili tako da se preživjelom suprugu osigura doživotna renta ili da mu se ustupe prihodi nepokretnina ili glavnica, koje se nalaze u ostavini. Dok se to ne uredi, zadržava preživjeli suprug svoje pravo uživati cijelu ostavinu (čl. 819).

Po njemačkom građanskom zakoniku preživjeli bračni drug nasljeđuje, kad konkurira sa descendentima, jednu četvrtinu, a kad konkurira sa roditeljima ili njihovim descendentima ili sa ascendentima treće parentele (djedovima ili babama) jednu polovicu ostavine. Ako ima uz ascendente treće parentele s očeve ili materine strane i descendenata već umrlih ascendenata treće parentele s druge strane nasljeđuje preživjeli bračni drug i dio, koji bi inače ovim pripao. Kad nema rođaka prve i druge parentele ni ascendenata treće parentele, dobiva preživjeli bračni drug cijelu ostavinu (§ 1931). Osim toga dobiva, kad nasljeđuje uz nasljednike druge parentele ili uz ascendente treće parentele kao prelegat stvari kućanstva kao i one stvari koje su date kao svadbeni darovi (§ 1932). Njgz. prizna preživjelom bračnom drugu i nužni dio, koji odgovara jednoj polovici njegovog nasljednog dijela (§ 2303). Na ono što bi inače primio kao prelegat ne odnosi se njegov nužni dio.²²⁵⁾ Po § 1969 ima udovica, koja je u vrijeme smrti muževljeve živjela u njegovom kućanstvu i dobila izdržavanje pravo na izdržavanje u dosadašnjem opsegu, zatim na stan i na upotrebu kućanstva, i to za vrijeme od 30 dana poslije muževljeve smrti.

Po švicarskom građanskom zakoniku dobiva preživjeli bračni drug, kad su ostali descendentni ostaviteljevi, po svome izboru, ili uživanje jedne polovice ostavine ili jednu četvrtinu u vlasništvo. Ako konkurira sa nasljednicima iz druge parentele (sa roditeljima ili njihovim nasljednicima) dobiva jednu četvrtinu u vlasništvo, a tri četvrtine na uživanje, a kad konkurira sa rođacima iz treće pa-

²²⁵⁾ поближе o nasljednom pravu bračnog druga po njemačkom pravu v. Enneccerus-Kipp-Wolff, II/3 §§ 5 i 129 V.

rentele dobiva polovicu ostavine u vlasništvo, a polovicu na uživanje. Ako nema ni rodaka iz treće parentele, preživjeli bračni drug nasljeđuje cijelu ostavinu (čl. 462). Ako preživjeli bračni drug konkurira sa vlastitom djecom, a ne sa daljim descendentima, dobiva osim toga na osnovu svoga roditeljskog prava još i uživanje njihovog dijela za trajanja njihove malodobnosti (čl. 292). Kao nužni dio dobiva preživjeli bračni drug po Švgz., kad konkurira sa drugim zakonskim nasljednicima jednu četvrtinu, a kad nema drugih zakonskih nasljednika jednu polovicu ostavine, dočim pravo uživanja nije zaštićeno kao nužno nasljedstvo (čl. 471).²²⁶⁾

Po sadašnjem engleskom nasljednom pravu, koje se osniva na Administration of Estates Acts od 1925 god., ne daje se više kao po starom pravu²²⁷⁾ prednost muškim rođacima pred ženskim. Iznimku od toga čini intestatsko nasljeđivanje u t. zv. entailed interest (porodično dobro, Stammgut), glede kojeg još danas vrijedi staro pravo.

Što se tiče preživjelog bračnog druga, taj dobiva u prvom redu sve pokretne stvari određene za ličnu potrebu (personals chattels). Ovamo spadaju: kola, konji, auto, kućni namještaj, knjige, srebro, nakit, kućne životinje, zalihe životnih namirnica i vina itd. Osim toga dobiva još 1000 funti slobodnih od nasljedne takse, odnosno ako imovina ne prelazi vrijednost od 1000 funti, onda sve. Ukoliko ostavina prelazi taj minimum, vrijedi slijedeće. Ako nisu ostala djeca, dobiva preživjeli bračni drug cijelu ostavinu na doživotno uživanje, a ako su ostala djeca polovicu ostavine. Kad nema rodaka pozvanih na nasljedstvo, nasljeđuje preživjeli bračni drug cijelu ostavinu.²²⁸⁾

Englesko pravo ne priznaje nužno nasljedno pravo. Po njemu ima ostavitelj neograničeno pravo raspolaganja sa svojom imovinom.^{228 a)}

I po zakonodavstvu skandinavskih država ne postoji u nasljednom pravu razlika između muških i ženskih nasljednika ni razlika između nasljednog prava udovice i preživjelog muža. Što se tiče prava preživjelog bračnog druga vrijedi po zakonima skandinavskih država slijedeće.

Po švedskom zakonodavstvu ima preživjeli bračni drug pravo na izdržavanje iz ostavine, dok se ne provede njezina dioba. Kao

²²⁶⁾ pobliže o nasljednom pravu preživjelog bračnog druga po švic. pravu vidi Gmür III str. 128 i sl.

²²⁷⁾ o starom pravu v. E. Heymann u Holtendorff-Kohler, Enzyklopädie II (1914) str. 339 i sl.; F. Pringsheim u Heinsheimer II str. 673 i sl.

²²⁸⁾ Curti str. 206 i sl.; F. Pringsheim str. 675 i sl.

^{228 a)} Curti str. 195 i sl.; F. Pringsheim str. 645.

nasljednik dolazi preživjeli bračni drug na red, kad nema descendentata. Među njih se računaju i adoptirana djeca i njihovo potomstvo kao i vjerenička djeca. Kad ima takvih descendentata, ostaje bračnom drugu samo njegov dio u zajedničkoj imovini (v. gore pod br. 5c). Kad nema descendentata dobiva preživjeli bračni drug i dio umrlog bračnog druga kao nasljednik, ali tako da se nakon njegove smrti ova ostavina ima dijeliti među njegove rođake i rođake umrlog bračnog druga, iza koga je primio nasljedstvo. Uobičajeni su međusobni testamenti („inhördes testamente“), kojim se preživjelom bračnom drugu ostavlja cijela ostavina doživotno ili do stupanja u novi brak. Ali kad ima descendentata vrijedi to samo glede polovice ostavine.²²⁹⁾

Finlandsko zakonodavstvo ne priznaje preživjelom bračnom drugu naslijeđeno pravo, ali su i u Finlandiji spomenuti međusobni testamenti uobičajeni.²³⁰⁾

Po norveškom zakonodavstvu dobiva preživjeli bračni drug, kada nije ostalo djece ostaviteljeve, jednu trećinu ostavine uz druge rođake pozvane na nasljedstvo, a cijelu ostavinu, kad nema ni takvih rodaka. Pravo na nužni dio ne priznaje norveško zakonodavstvo bračnom drugu. Međusobne testamente dopušta i ovo zakonodavstvo.²³¹⁾

Dansko pravo ne priznaje preživjelom bračnom drugu nasljedno pravo, ali za to mu daje pravo na nastavak zajednice dobara. U takvom slučaju pripada mu, uz izvjesna ograničenja glede besplatnih raspolaganja, pravo raspolagati sa cijelom zajedničkom imovinom.²³²⁾

7) Što se tiče najnovijih projekata građanskih zakonika, za nas je od naročitog interesa čehoslovački projekat, to prije svega iz razloga, što njemu jednako kao i komisijskom projektu jugoslovenskog građanskog zakonika služi kao podloga austrijski opći građanski zakonik, pa i za to, što je taj projekat takode imao riješiti pitanje, ukoliko bi se imalo pri izradi zajedničkog građanskog zakonika uvažiti mađarsko pravo, koje danas važi na jednom dijelu čehoslovačke države (tj. u Slovačkoj i u Potkarpatskoj Rusiji).

Najnoviji tj. drugi čehoslovački projekat²³³⁾ ostao je u partijama, koje nas ovdje interesuju, u glavnom pri uređenju austr.

²²⁹⁾ Leske-Löwenfeld IV 1 str. 643 i sl.

²³⁰⁾ Leske-Löwenfeld IV 1 str. 675.

²³¹⁾ Leske-Löwenfeld IV 1 str. 702.

²³²⁾ Leske-Löwenfeld IV 1 str. 734 i sl.

²³³⁾ taj projekat izdalo je na českom jeziku u dva sveska (I sv. tekst, II sv. motivi) čehosl. Ministarstvo pravde u vlastitoj nakladi (Praha 1931). Prvi projekat objavljen je i u prijevodu na njemačkom jeziku (Reichenberg 1924).

gradanskog zakonika po stanju novela, dakle nije uvažio mađarsko pravo. Pošto je ovo uređenje već prikazano u prvom dijelu otsj. 1 i 2 kao pravo koje još danas važi na jednom dijelu jugoslavenske države, mogu se na to ograničiti, da ovdje istaknem ono, u čemu se odredbe čehoslovačkog projekta razlikuju od propisa Ogz-a.

Najviše odstupanja od Ogz-a pokazuju odredbe Čslpr-a o učinku braka na lične i imovinskoppravne odnose bračnih drugova. Pošto su baš ove odredbe služile kao uzor odnosnim odredbama jugoslavenskog komisijskog projekta, navešću ovdje samo glavna odstupanja, dočim ću o ostalim govoriti u vezi sa pretresanjem odredaba jugoslavenskog komisijskog projekta.

Čslpr. je prije svega proveo sistematske izmjene. Odredbe o bračnim imovinskim ugovorima (Ehepakten) prebacio je iz drugog odsjeka drugog dijela o obavezama u drugo poglavlje prvog dijela o bračnom pravu, izlučivši pri tome odredbe o zakonskom bračnom imovinskom režimu (§§ 1238 do 1241 Ogz.) iz partije o bračnim ugovorima i spojivši ih kao §§-e 52 do 54 sa odredbama o učinku braka na lične odnose među bračnim drugovima (§§ 48 do 51 projekta, §§ 90 do 92 Ogz.), dočim je odredbe o bračnim imovinskim ugovorima stavio na kraj poglavlja o bračnom pravu. Zatim je iz partije o bračnim imovinskim ugovorima izlučio odredbe o ugovorima o nasljeđivanju (§§ 1249 do 1254 Ogz.) i stavio ih je u 17 poglavlje koje govori o naredbama za slučaj smrti (§§ 558 do 565).

Važnija stvarna odstupanja od Ogz-a su slijedeća:

U §-u 50 (§ 91 Ogz.) predviđa se i dužnost žene dati mužu izdržavanje, ako se on sam ne može izdržavati. Spomenuto je, da novija sudska praksa priznaje i za Ogz. takvu dužnost žene.²³⁴⁾

U § 51 unešene su odredbe o pravu žene da za potrebe domaćinstva svojim pravnim poslovima obvezuje muža kao njegov zastupnik (t. zv. Schüsselgewalt).²³⁵⁾ Spomenuto je već takođe i to, da se takvo pravo već danas i za Ogz. zastupa. Odredbama projekta služili su kao uzor čl. 163 i 164 Švgz.²³⁶⁾ Ali dok Švgz. (čl. 165) kao i Njgz. (§ 1357/II) daju ženi pravo da protiv neopravdanog oduzimanja ili ograničenja toga prava zastupanja, traži odluku suda, ne predviđa Čslpr. takvo pravo ženino. Time to pravo zastupanja gubi mnogo od svoje vrijednosti. S druge strane može stilizacija ove odredbe, ukoliko se veli da muž može pravo zastupanja oduzeti ili ograničiti, ako ga žena zloupotrebi ili se pokaže nesposobnom za njegovo vršenje, dati po-

²³⁴⁾ i ²³⁵⁾ v. gore dio I., otsj. 1 pod C a u tekstu kod op. 16 kao i op. 19.

²³⁶⁾ v. motive str. 50.

voda raznom shvaćanju o tome, ne pripada li ipak ženi, makar to nije izričito određeno, pravo tražiti sudsku pomoć protiv neopravdanog oduzimanja ili ograničenja prava zastupanja, pogotovo kada se motivi o ovom pitanju nisu izjasnili.

Dok je Ogz. usvojio praesumptionem Mucianam, naime da za tečevinu za trajanja braka vrijedi predmnjeva da je muževljeva (§ 1237 reč. 2 Ogz.), a sličnu prezumciju predviđa Njgz. (§ 1362) i Švgz. (čl. 196), dotle Čslpr. u § 52 postavlja prezumciju, da tečevina za trajanja braka pripada bračnim drugovima na jednake dijelove.

Temeljna misao ove odredbe je bez sumnje ispravna,²³⁷⁾ ali onakva, kakva je sada, ne samo što bi dala povoda raznim sumnjama tako naročito o tome, što se imade smatrati kao tečevina, nego se može lako zloupotrebiti za izigravanje vjerovnika. Naime po sadašnjem tekstu te odredbe mora se uzeti da njezina prezumcija ima da vrijedi ne samo u odnosu među bračnim drugovima nego i prema trećim i stoga prijeti od nje opasnost izigravanja vjerovnika. Opasnost koja prijeti vjerovnicima od pomješanja imovina i tečevina bračnih drugova, je glavni razlog što su i u novije grad. zakonike ušle prezumcije slične mucijanskoj, kao što su to spomenuti § 1362 Njgz. i čl. 196 Švgz. I današnje mađarsko zakonodavstvo je usvojilo takovu prezumciju, makar je po mađarskom pravu zajednica tekovine zakonski bračni imovinski režim. To je učinilo spomenutim propisom §-a 49 zakona o izvršenju (zak. čl. 4 X : 1881).²³⁸⁾ Isto tako je i u §-u 129 najnovijeg projekta mađ. grad. zakonika predviđena takva prezumcija, o kojoj će biti dole govora.

Što se tiče bračnog imovinskog prava, ostao je Čslpr. pri sistemu Ogz-a, tj. zadržao je režim razlučenih dobara kao zakonski (§ 52) i dotalni režim kao glavni ugovoreni bračni imovinski sistem, koji jedini bliže uređuje u skladu sa odnosnim propisima Ogz-a (v. §§ 77 do 90 projekta = §§ 1218 do 1225, 1227 do 1231 i 1245 Ogz.).

Kao druge režime, koji se bračnim imovinskim ugovorom mogu ugovoriti nabraja § 91 projekta eksemplikatивно: opću zajednicu dobara, zajednicu pokretne imovine, zajednicu tekovine i zajednicu u nepokretninama na osnovu t. zv. odstunog ugovora, koja je kod seljačkog svijeta u nekim krajevima Čehoslovačke uobičajena, ali ne daje bliže propise o tim tipovima bračnih imovinskih sistema, nego njihovo uređenje potpuno prepušta strankama. Dosljedno tome nisu preuzeti u § 1234 do 1236 Ogz., koji daju propise o općoj zajednici dobara. Tako nije ni ušla prezumcija Ogz-a, da se opća zajednica u slučaju

²³⁷⁾ v. motive str 50, 51.

²³⁸⁾ v. gore dio I otsj. 3 kod op. 79.

sumnje ima razumjeti kao zajednica za slučaj smrti. Jedino o ugovorenoj upravi ženine imovine daje se u § 91 stav 2 jedna bliža odredba, po kojoj mužu u slučaju ugovorene uprave ženine imovine, ako nije što drugo određeno, pripada jednaki položaj kao i kod uprave na osnovu zakona (tj. prema propisima §§ 53 i 54 projekta §§ 1238 i 1239 Ogz.). Nisu preuzete kao ustanove, koje se nisu uživile: jutarnji dar (§ 1232 Ogz), udovička plata (Witwengehalt, §§ 1242 do 1244 Ogz.) i uživanje imovine za slučaj smrti; t. zv. advitalitetsko pravo (§§ 1255 do 1258 Ogz.). Isto tako nije preuzet propis §-a 1248 Ogz-a. o međusobnim testamentima. Tako je po Čslpr-u načelo da jednom ispravom može raspolagati za slučaj smrti samo jedan ostavitelj (§ 546 projekta § 583 Ogz.) ostalo bez izuzetka.

Propisi §§-a 1263 do 1266 Ogz-a o učinku proglašenja braka ništetnim, rastave supruga i razvoda braka na imovinsko pravne odnose supruga su odredbama §§-a 92 do 95 u vezi sa §§-ima 65 i 74 Čslpr-a samo tekstualno, a ne u bitnostima izmijenjene. O ovim odredbama Čslpr-a biće govora kod pretresa odnosnih odredaba jugosl. komisijskog projekta.

Imovinsko pravne sankcije, koje predviđa § 121 Ogz-a za ženu koja je prije proteka u §-u 20 propisanog roka čekanja stupila u novi brak nisu u Čslpr-u preuzete (§ 75).²³⁹⁾

Propisi §§-a 1260 i 1261 Ogz-a o učinku stečaja nad muževljevom ili ženinom imovinom na bračne imovinske ugovore prebačeni su u uvodni zakon (čl. XXI i XXII) a propis § 1262 Ogz-a o učinku stečaja na ugovorenu zajednicu dobara nije preuzet.

I u nasljednom pravu drži se Čslpr. načelno uređenja Ogz-a po stanju novela, tj. prve novele. Postoji dakle i po Čslpr-u jednakost između nasljednog prava ženskih i muških rođaka kao i jednakost između položaja udovice i preživjelog muža. Ali u pojedinostima baš glede položaja preživjeloga bračnog druga uređenje Čslpr-a razlikuje se od uređenja Ogz-a.

Više formalne nego stvarne prirode je odstupanje odredbe §-a 669 stav 1 Čslpr-a od §-a 757 stav 1 reč. 2 Ogz-a. Naime dok Ogz. propisuje, da se bračnom drugu kao intestatskom nasljedniku u nasljedni dio ima uračunati sve ono što iz imovine ostaviteljeve dobiva na osnovu bračnog imovinskog ugovora ili na osnovu ugovora o nasljeđivanju propisuje Čslpr. da u takvom slučaju bračni drug ima da izabere jedno ili drugo. Ovo rješenje je jednostavnije nego rješenje Ogz-a, a po rezultatu izlazi na isto.

Mnogo važnije je odstupanje odredaba §§-a 706 i 707 Čslpr-a od propisa odgovarajućeg §-a 796 Ogz-a.

Prvi Čslpr. priznao je udovici pravo na uživanje jedne polovice ostavine kombinirano sa pravom na izdržavanje u smislu §-a 796 Ogz-a kao nužno pravo (§ 726), dočim je preživjelom mužu priznao samo pravo na izdržavanje, ukoliko ga inače nema, dakle prema §-u 796 Ogz-a.²⁴⁰⁾ Sadašnji Čslpr. (§ 755) vratio se je načelu §-a 796 Ogz-a,²⁴¹⁾ tj. ne čini više razlike između udovice i preživjelog muža, priznavajući njima jednako kao i § 796 samo pravo na izdržavanje iz ostavine, prema dosadašnjem načinu života, ukoliko ga inače ne bi imali. Ali Čslpr. priznaje preživjelom bračnom drugu osim toga još i pravo doživotnog uživanja pokretnih stvari pripadajućih bračnom domaćinstvu, koje bi kao intestatski nasljednik dobio kao prelegat. S druge strane daje Čslpr. ostavitelju pravo, da iz razloga koji bi opravdali eksherediranje preživjelog bračnog druga, naredbom posljednje volje ograniči njegovo pravo na nužno izdržavanje, što u Ogz-u nije predviđeno. Najzad predviđa Čslpr. da se u slučaju ako bi davanjem izdržavanja preživjelom bračnom drugu prema dosadašnjem načinu života bilo uskraćeno pristojno izdržavanje descendenata ostaviteljevih, imaju jedno i drugo izdržavanje na toliko smanjiti, da ostanu u jednakoj mjeri, a da se nužno izdržavanje koje pripada nužnim nasljednicima (§ 705 Čslpr. = § 795 Ogz.) ne smije u nikojem slučaju skratiti.

Pošto Ogz. nema takvih propisa ostaje za njega kako je već gore spomenuto²⁴²⁾ otvoreno pitanje, šta ima da vrijedi u slučaju ako se pravo na izdržavanje preživjelog bračnog druga sukobljava sa spomenutim drugim pravima na izdržavanje.

Propis §-a 1243 Ogz-a o pravu udovice na obično izdržavanje za šest nedelja iza muževljeve smrti, odnosno kad je noseća sve dotle dok ne prođe šest nedelja iza porođaja preuzet je u Čslpr. kao § 708, spojen je dakle sa propisima o pravu preživjelog bračnog druga.

Pri kraju treba još spomenuti, da Čslpr. namjesto §-a 761 Ogz-a predviđa u projektu uvodnog zakona odredbu (čl. VI br. 10), kojom se održavaju na snazi česki zemaljski zakon od 7 VII list zem. zak. br. 68, o uvođenju posebnih propisa o nasljednoj diobi glede poljoprivrednih posjeda srednje veličine kao i austr. zakona od 1 IV 1889, LDZ.br. 52 na osnovu kojeg je donesen spomenuti zemaljski zakon od 1908 god.

²⁴⁰⁾ v. motive njem. prijevoda prvog projekta str. 532, 536.

²⁴¹⁾ v. motive sadašnjeg drugog projekta str. 193.

²⁴²⁾ v. gore dio I otsj. 2 op. 60.

²³⁹⁾ razloge v. u motivima prvog projekta str. 397, 998.

I najnoviji projekat mađarskog građanskog zakona od 1928²⁴³) izjednačuje ženu, bila ona neudata ili udata, glede poslovne sposobnosti potpuno sa muškarcima. Po Mpr. stupanje u brak ne povlači za ženu nikakvo ograničenje njezine poslovne sposobnosti. Propis današnjeg prava, da malodobna ženska osoba stupanjem u brak postaje punodobnom,²⁴⁴) proširuje projekat na oba spola (§ 16).

Nastojanje Mpr-a, da pravni položaj žene izjednači sa pravnim položajem muškaraca vidi se i u tome, što je po uzoru Njgz-a očinsku vlast rimskoga prava, koja važi po Ogz-u po stanju novela, pretvorio u roditeljsku vlast (ispor. §§-e 267 do 276 Mpr-a sa §§-ima 1627, 1634, 1684 i 1685 Njgz-a).

I odredbe o ličnim odnošajima bračnih drugova u braku osnivaju se po Mpr-u na načelu jednakosti između muža i žene, ali se ipak mužu daje odlučna riječ u stvarima bračnog života (§§ 111, 112). Žena ima da vodi ime muževljevo s dodatkom koji upućuje na bračni odnošaj, a može i svoje porodično ime dodati (§ 114).

Ženi se priznaje pravo u okviru vođenja domaćinstva zastupati muža, odnosno pravnim poslovima njega obvezivati (t. zv. Schlüsselgewalt), ali to samo u granicama imovinskih prilika muževljevih. Što se tiče ograničenja i oduzimanja ovog prava zastupanja i učinka toga ograničenja i oduzimanja prema trećim slažu se odredbe Mpr-a (§ 115) sa odredbama §-a 51 Čslpr-a.

I po Mpr-u ima muž da snosi terete braka (§ 113). Ali Mpr. nalaže ženi u dužnost ne samo, da u zajedničkom domaćinstvu vrši kućne radove i pomaže muža u njegovom zanimanju, nego i da samostalno privređuje radi pridonosa za terete braka kao i da iz svojih drugih prihoda pridonosa za terete braka, ukoliko njihove životne prilike to zahtijevaju (§ 116).

Što se tiče bračnog imovinskog prava, Mpr. ostaje u glavnom pri današnjem pravnom stanju.²⁴⁵) I po Mpr-u je zakonski imovinski bračni sistem režim razlučenih dobara bračnih drugova modificiran sa zajednicom tekovine (§§ 125 do 161). Pri tome se zakonska zajednica tekovine proširuje na sve staleže, dočim su po današnjem pravu, kako je to već spomenuto, od toga izuzeti plemići, jazigi i

²⁴³) v. o ovome projektu F. Komin u Zeitschr. für ausl. und internat. Privatrecht VII god. (1933), sv. 2 i 3 str. 443 i sl. Raniji projekat od 1913 godine objavljen je od strane mađarskog ministarstva pravde u prijevodu na njemačkom jeziku (Budapest 1914).

²⁴⁴) v. gore dio I otsj. 3 pod B kod op. 66.

²⁴⁵) v. gore dio I otsj. 3 pod C b.

honoratiores. Bračnim drugovima daje se pak pravo, da svoje imovinsko pravne odnose bračnim ugovorom, koji se može ugovoriti prije ili poslije sklopljenog braka, drukčije urede (§ 165). Bračna nagrada (Treulohn), koja ženi danas po zakonu pripada, pretvara se u ustanovu, koja se osniva na ugovoru (§§ 161 do 164). Od bračnih imovinskih sistema, koji se mogu ugovarati uređuje Mpr. jedino dotalni sistem (§§ 131 do 139). Za razliku od Ogz-a ne priznaje Mpr. mužu pravo da smije bez naročitog odobrenja žene upravljati njezinom imovinom. Ali ako mu žena povjeri tu upravu, smatra se, dok žena ne odredi što drugo, da mu je prepustila i prihode te svoje imovine kao prinos za terete braka (§§ 125, 126).

Slično §-u 1362 Njgz-a određuje i Mpr., da glede pokretnih stvari, koje se nalaze u zajedničkom stanu ili u suposjedu supruga, vrijedi prema trećim prezumpcija, da su muževljeve, a glede tečevine, kojom žena za trajanja bračne zajednice povećava svoju imovinu, prezumpcija da je učinjena sredstvima muževljevim (§ 129).

I što se tiče uređenja nasljednog prava, ostao je Mpr. u glavnom pri današnjem pravnom stanju.²⁴⁶) Ostala je dioba u stečenu imovinu i imovinu od grane (porodičnu imovinu) kao i jus recadentiae glede imovine od grane kad nije ostalo descendenata ostaviteljevih (§§ 1788, 1795 do 1811). Preživjeli bračni drug nasljeđuje po projektu kao i po sadašnjem pravu stečenu imovinu, kad nema descendenata, dakle pred drugim rodacima, a cijelu ostavinu, kad nema ni ovlašćenika za imovinu od grane (§§ 1789, 1800). Ostalo je udovičko pravo uživanja, i to cijele ostavine, kad nije sama nasljednik (§ 1812).²⁴⁷) Predviđeno pravo descendenata kao nasljednika odnosno njihovih udovica tražiti ograničenje udovičkog uživanja na toliko, da bi imala izdržavanje prema društvenom položaju svoga umrlog muža (§§ 1813, 1814) kao pravo muža naredbom posljednje volje ograničiti ženi uživanje do iste granice (§ 1816) odgovara takođe današnjem pravu. Pri tome je predviđeno, da se ograničeno uživanje može otkupiti doživotnom rentom (§ 1814 stav 2). Novo je pravo muža tražiti izdržavanje iz ostavine (§ 1828). Naprotiv nije preuzeto u projekat udovičko nasljeđivanje današnjeg prava. To je dosljedna posljedica proširenja zakonske zajednice dobara na sve staleže, jer udovičko nasljeđivanje ima danas da zamjeni zajednicu tekovine za one društvene klase, za koje ona ne važi.²⁴⁸)

²⁴⁶) v. gore dio I otsj. 3 pod D.

²⁴⁷) time je projekat ostupio od stanovišta koje se zauzima za današnje pravo, da udovica kada su ostala djeca iz prvog braka dobije samo dio ostavine na uživanje (v. gore dio I 3 D kod op. 100).

²⁴⁸) v. gore dio I otsj. 3, pod D kod op. 105.

Talijanski projekat novog građanskog zakonika, od kojeg je do sada objavljena prva knjiga, koja sadrži osim nekoliko uvodnih odredaba ličnopravne odredbe,²⁴⁹⁾ ne pokazuje u ovim partijama, koje nas ovdje zanimaju, znatne izmjene prema današnjem pravnom stanju.

Najvažnija izmjena codice civile-a, tj. ukidanje ograničenja poslovne sposobnosti udate žene uslijedila je već zakonom od 1914 god., kako je to već gore spomenuto.

Odredbe čl-a 163 do 167 projekta o pravima i dužnostima bračnih drugova odgovaraju propisima čl-a 130 do 133 i 138 sadašnjeg codice civile.

I uređenje bračnog imovinskog prava (čl. 179 do 256 projekta) odgovara u glavnom današnjem pravnom stanju.

Ostao je režim razlučenih dobara kao zakonski bračni imovinski sistem. Ali dok sadašnji codice civile dopušta osim dotalnog režima, odnosno uz njega samo još zajednicu koristi od supružnih dobara kao ugovorni bračni imovinski režim, (čl. 1433), dopušta projekat još i zajednicu tekovine. Može se dakle prema projektu ugovarati ili samo dotalni režim ili uz njega zajednicu samih koristi od supružnih dobara (čl. 240) ili zajednicu cijele tekovine (čl. 236 i sl.).

Što se tiče odredaba o dos-u valja spomenuti kao novosti prema sadašnjem uređenju naročito to, da projekat dopušta protivno načelu čl-a 1391 sadašnjeg codice civile određivanje i povećanje dos-a i poslije sklopljenog braka (čl. 189 projekta), zatim da određivanje budućih dobara kao dos ne obuhvata, ako to nije izričito ugovoreno, i zaradu ženinu od njezinog ličnog rada (čl. 190 projekta) i najzad da se izvršenje (ovrha) na prihode od dotalnih dobara, odnosno na rentu određenu kao dos dopušta samo utoliko, ukoliko to sud dozvoljava, a sud da pri donošenju svoje odluke ima uzeti u obzir razlog zaduženja i potrebe porodice (čl. 205).

Kao naročito važna novost prikazuje se ustanova neotuđive porodične imovine (patrimonio familiare), koju predviđa čl. 256 tal. pro-

²⁴⁹⁾ codice civile, primo libro, progetto et relazione (objavila „Commissione reale per la riforma dei codici“), Roma, Istituto poligrafico dello Stato, 1931.

O ovome projektu v.: Osservazioni intorno al progetto di riforma del primo libro del codice, Pubblicazioni della Università Cattolica del Sacro Cuore, serie II, vol. 35, Milano 35; Pietro Drago, Osservazioni e proposte sul progetto di riforma del libro I del cod. civ. u „Rivista di diritto civile“, god. XXIV (1932) str. 413 i sl.; Parere della Facoltà di giurisprudenza sopra il progetto del primo libro del Codice civile, Padova 1933 i E. Riezler, Der Entwurf eines neuen italienischen Zivilgesetzbuches u „Zeitschrift für ausländ. und internat. Privatrecht“, god. VII (1933), 2 i 3, str. 207 i sl.

jekta. Ovoj je ustanovi zajedničko sa američkim homestead, švicarskim i njemačkim Heimstätte, francuskim „bien de famille insaisissable“ i zaštićenim minimumom po §-u 471 t. 4 građanskog parničnog postupnika za Srbiju to, što joj je takođe svrha osiguranje egzistencije porodice. Ali dok sve te ustanove imaju u vidu zaštitu seljačke (poljoprivredne) porodice i stoga se odnose samo na nepokretnine, može se neotuđiva porodična imovina po tal. projektu odnositi na imovinu koje god vrsti i može stoga služiti i za zaštitu gradske porodice.

Ukoliko će ustanova porodične imovine tangirati pravni položaj žene, moći će se vidjeti tek kad se bude znalo kako je uređeno nasljeđivanje u takvu imovinu. Odredbe o tome donijeće se u knjizi projekata o nasljednom pravu, koja još nije objavljena.²⁵⁰⁾

I projekat jedinstvenog građanskog zakonika za Kraljevinu Rumuniju usvojio je načelo jednakosti pravnog položaja žena i muškaraca.²⁵¹⁾

Spomenuto je već prije, da je građanski zakonik za raniju Kraljevinu Rumuniju od 1865 recepcija code civil-a. Spomenuto je već i to, da je poslovna nesposobnost udate žene, koja je važila po tome zakoniku, ukinuta zakonom od aprila 1932.

Projekat jedinstvenog građanskog zakonika za Kraljevinu Rumuniju koji je uzeo kao podlogu sadašnji rumunjski građanski zakonik,²⁵²⁾ ne samo što je usvojio stajalište zakona od 1932 godine, da i udata žena nema biti ograničena u svojoj poslovnoj sposobnosti, nego lične odnose bračnih drugova uopće uređuje po načelu jednakosti između žene i muža u braku (čl. 155 i sl. projekta). Mužu se doduše priznaje odlučna riječ u stvarima bračne zajednice. Ali se pri tome ženi priznaje pravo ne podvrgavati se odlukama muža, koje se ukazuju kao zloupotreba. Udata žena ne samo što nije ograničena u svojoj poslovnoj sposobnosti, ona može i bez pristanka muža vršiti samostalno zanimanje.²⁵³⁾

²⁵⁰⁾ v. o tome motive tal. projekta str. 117 i sl., zatim Antonio Azara, Il patrimonio familiare nel futuro codice civile italiano e i beni di famiglia nella legislazione straniera, u „Studi in onore di Alfredo Ascoli“ (Messina 1931), str. 245 i sl.

²⁵¹⁾ v. o ovome projektu: Alexandre A. Angelesco, Avant-Projet de Code civil roumain, u „Bulletin mensuel de la société de législation comparée“, LXXII (1933), str. 141 i sl. Pošto nisam mogao doći do ovog projekta, morao sam svoj izvještaj o njemu naslanjati na naprijed navedeni članak i na podatke, koje mi je stavio na raspoloženje gosp. dr Josip Štefinović, član komisije za izradu projekta trgovačkog zakonika, a koji potiču od gosp. Stjepana Ladaj-a, pretsjednika zakonodavnog savjeta za Kraljevinu Rumuniju.

²⁵²⁾ v. Angelesco, cit. članak str. 151.

²⁵³⁾ s pravom protiv toga Angelesco cit. članak str. 159.

Terete braka snosi u načelu muž, ali se, dosljedno načelu jednakosti između žene i muža propisuje, da i žena ima srazmjerno pridonositi za troškove braka, ukoliko bračni imovinski režim ne daje mužu uživanje njezine imovine (čl. 155). Načelu jednakosti odgovara i uzajamna dužnost održavanja (čl. 159, 160). Ženi se priznaje t. zv. „Schlüsselgewalt“, ali to samo u granicama imovinskih prilika supruge (čl. 158).

U bračnom imovinskom pravu je priznato načelo slobodnog ugovaranja. Dopušta se, protivno načelima sadašnjeg rum. građ. zakonika, ukidanje i izmjena bračnog ugovora i poslije sklopljenog braka, ali to samo po odobrenju suda (čl. 162, 166). Kao zakonski bračni imovinski sistem, koji dakle ima da nastupi, ako nije drugi sistem ugovoren, vrijedi po projektu kao i sada režim razlučenih dobara (čl. 175 do 177), a kao sistemi po ugovoru predviđeni su dotalni sistem (čl. 178 do 208) i zajednica dobara (čl. 209 i 218). Zakonska hipoteka današnjeg prava u korist žene kod dotalnog sistema ne postoji više po projektu, ali za to se predviđa da se može od muža tražiti sigurnost za primljeni dos (čl. 183, 184). Pokretna dotalna dobra može žena po odobrenju muža, odnosno, ako muž to odbije, po odobrenju suda, otuđiti (čl. 187). Naprotiv su nepokretna dotalna dobra načelno neotuđiva, ako nije bračnim ugovorom što drugo određeno. Ona se mogu samo u određenim slučajevima po odobrenju suda otuđiti (čl. 188 do 190). I izvršenje (ovrha) na dotalna nepokretna dobra dopušteno je samo u određenim slučajevima (čl. 193 do 196).

I u nasljednom pravu ne čini se razlika između muških i ženskih nasljednika niti između položaja preživjelog muža i udovice. Preživjelom bračnom drugu priznaje se mjesto sadašnjeg prava uživanja jednog dijela ostavine, nasljedno pravo i onda, kad konkuriraju sa descendentima ostaviteljevima. Priznat im je i nužni dio.²⁵⁴⁾

Pri kraju još nekoliko riječi o francuskom projektu zakona od 1932 godine o izmjeni propisa code civil-a, koji se odnose na pravni položaj žene u braku, naročito na njezinu poslovnu sposobnost, kao i na bračno imovinsko pravo.²⁵⁵⁾

Spomenuto je, da je udata žena po francuskom pravu još danas načelno poslovno nesposobna, i ako je ova načelna poslovna nespo-

²⁵⁴⁾ v. Angelesco, cit. članak str. 159.

²⁵⁵⁾ ovaj je projekat podnešen franc. senatu 1932 god. (štam. stvari senata br. 594. god. 1932); v. izvještaj zakonodavne komisije senata, br. 404 štam. stvari senata, god 1933; v. još i Diefenbach u Deutsche Juristenzeitung god. XXXVIII (1933), str. 1600 i sl.

sobnost specijalnim zakonima dosta probušena, zatim da se po code civil-u priznaje mužu muževljevu vlast i nad osobom žene.

Spomenutim projektom ukida se sadašnji propis čl-a 213 code c-a, koji određuje poslušnost žene mužu, a s druge strane dužnost muža dati ženi zaštitu. Ostavlja se jedino dužnost žene da s mužem zajedno živi, odnosno da slijedi muža u domicil, koji on određuje. Novim čl-om 215 opet izriče se, da i udata žena ima potpunu poslovnu sposobnost. Ali se ujedno mužu daje pravo tražiti kod suda ograničenje te njezine poslovne sposobnosti, ukoliko je to opravdano u interesu domaćinstva, ili da joj se zabrane izvjesna djelanja od kojih bi mogli trpiti i interesi porodice (novi tekst čl-a 216). Po ovome bi muž na pr. mogao tražiti, da se ženi zabrani vršenje samostalnog zanimanja.

Što se tiče bračnog imovinskog prava, zamjenjuje se projektom sadašnji zakonski bračni imovinski sistem zajednice pokretnina²⁵⁶⁾ sistemom razlučenih dobara bračnih drugova modificiranim zajednicom tekovine (novi tekst čl-a 1398). Zamašaj ove promjene je dosta velik. Jer po sadašnjem sistemu ima muž upravu i raspolaganje ne samo glede zajedničke imovine nego i glede posebne imovine ženine,²⁵⁷⁾ dočim po zakonskom sistemu, koji predviđa projekat, svaki bračni drug samostalno upravlja i raspolaze sa svojom imovinom, a tek po prestanku braka utvrđuje se prirast jedne i druge imovine, a taj se dijeli među bračne drugove, odnosno njihove nasljednike.

V Položaj žene po odredbama komisijskog projekta jedinstvenog građanskog zakonika za Jugoslaviju

U prethodnome prikazan je pravni položaj žene po pravu, koje danas važi u pojedinim pravnim područjima naše države, zatim je prikazano, kako je pravni položaj žene uređen u stranom zakonodavstvu, odnosno u stranim zakonodavstvima, koja sam smatrao kao za nas važnija, kao i u najnovijim stranim projektima građanskih zakonika. A sada da vidimo, kako pravni položaj žene uređuje komisijski projekat jedinstvenog građanskog zakonika za našu državu.

Što se tiče toga, može se reći, da se naš komisijski projekat jednako kao i čehoslovački projekat u glavnom drži uređenja Ogz-a po stanju novela. Odstupanja u izvjesnim pojedinostima, o kojima će dole biti govora, ne diraju u načela toga uređenja.

Prema tome je žena i po komisijskom projektu jednako kao i po Ogz-u glede njezine poslovne sposobnosti potpuno izjednačena

²⁵⁶⁾ v. gore pod br. 5 sl. a/aa ovog dijela, tekst kod op. 204.

²⁵⁷⁾ v. gore pod br. 5 sl. a/aa ovog dijela, tekst kod op. 206.

sa muškarcima. Stupanje u brak ne povlači za sobom nikakvo ograničenje njezine poslovne sposobnosti.

I što se tiče položaja žene u braku, uređenje komisijskog projekta samo neznatno odstupa od uređenja Ogz-a.

Jednako kao i Ogz. daje i komisijski projekat mužu superiorni položaj. Po §§-ima 148 i 149 komisijskog projekta, koji odgovaraju §§-ima 91 i 92 Ogz-a, muž kao glava porodice daje ženi svoje porodično ime, određuje zajednički domicil i upravlja, saobrazno svrsi braka, „domaćinstvom i cjelokupnim životom svoje porodice“, a žena je dužna da pomaže muža u domaćinstvu i privređivanju, i da uopće izvrši mjere koje je muž naredio, ukoliko to zahtijeva domaći red, i čak da se brine o njihovom izvršenju. Što se pak tiče dužnosti žene, da slijedi muža u domicil, koji bude odredio, propisuje komisijski projekat po uzoru §-a 1353 II Njgz. da žena nije dužna takvu naredbu izvršiti, ako se određivanje domicila pokazuje kao zloupotreba njegovog prava da određuje zajedničko prebivalište. Dodani propis §-a 150 o pravu ženu zastupati muža u okviru potreba gazdinstva preuzet je iz čehoslovačkog projekta (§ 151).

O ovoj odredbi biće još govora u primjedbama na odredbe komisijskog projekta, koje slijede.

Jednako kao i po Ogz-u i po čehoslovačkom projektu vrijedi i po našem komisijskom projektu, da materijalne terete braka snosi samo muž, tj. da žena nije dužna iz svoje imovine odnosno iz svojih prihoda pridonositi za terete braka. Ali komisijski projekat predviđa jednako kao i čehoslovački projekat dužnost žene dati mužu izdržavanje, ako on ne može sam sebe izdržavati (§ 149 stav 2 projekta).

U bračnom imovinskom pravu ostao je komisijski projekat jednako kao i čehoslovački projekat pri načelima Ogz-a, naime da bračni drugovi mogu svoje imovinskoppravne odnose bračnim imovinskim ugovorima slobodno urediti i da kao zakonski imovinski bračni sistem vrijedi sistem razlučenih dobara bračnih drugova (§§ 1178, 1193 projekta = §§ 1217, 1257 Ogz-a).

Takođe u skladu sa Ogz-om i čehoslovačkim projektom priznaje komisijski projekat mužu pravo uprave ženine imovine, dok se ona tome ne usprotivi, kao i pravo zadržati korist dobivene od te imovine za vrijeme uprave (§ 1194 projekta = § 1238 Ogz-a). Nasuprot zamijenio je komisijski projekat po uzoru spomenutog propisa §-a 52 čehoslovačkog projekta mucijansku prezumciju, koju postavlja Ogz. (§ 1237 reč. 2) prezumcijom zajednice tekovine (§ 1193 reč. 2 do 4 projekta). I o ovoj odredbi govoriću još u posebnim primjedbama na odredbe komisijskog projekta.

Što se tiče bračnih imovinskih sistema po ugovoru, komisijski

projekat bliže uređuje samo dotalni sistem (čl. 1179 do 1191) i udovičko uživanje, (§§ 1196 do 1198) i to u skladu sa odnosnim propisima Ogz-a (§§ 1179 do 1225, 1227 do 1231, 1142 do 1244 Ogz-a),²⁵⁸ a daje u §-u 1295 jedan propis o ugovorenoj upravi ženine imovine po uzoru spomenute odredbe §-a 92 stav 2 Čslpr-a, dočim se glede sistema zajednice dobara na to ograničuje, da jednako kao i čehoslovački projekat (§ 91) samo eksemplikatивно navodi neke tipove zajednice, ne dajući o njima bliže odredbe (§ 1192 projekta). Propisi §§-a 1234 do 1236 Ogz-a, kojima se daju pobliza naredjenja o općoj zajednici dobara, nisu preuzeti. Oni nisu ušli ni u čehoslovački projekat, kako je to već prije spomenuto. Kao ni čehoslovački projekat nije ni naš komisijski projekat preuzeo ustanove jutarnjeg dara (§ 1232) i advitalitetnog prava (§§ 1255 do 1258), dočim je zadržao, kako je već spomenuto, ustanovu udovičkog izdržavanja (Witwengehalt), koja takođe nije preuzeta u čehoslovački projekat.

Nisu preuzeti kao suvišni propisi §§-a 1246 i 1247 Ogz-a o darivanjima među supruzima, dočim je propis o darivanjima među vjericima prebačen u § 106 projekta, koji govori o zarukama (jednako § 19 Čslpr-a). Po projektu ne bi dakle prešla u jedinstveni građanski zakonik prezumcija, u korist žene, koja postoji po Ogz-u i Sgz-u, da se naime za ono, što muž daje ženi u nakitu ili u drugim dragocjenostima uzimlje, da je ženi poklonjeno. Nije preuzet ni propis §-a 1248 Ogz-a o uzajamnim testamentima među supruzima, koji nije ušao ni u čehoslovački projekat, kako je to već prije spomenuto.

Propisi §§-a 1248 do 1254 Ogz-a o ugovorima o nasljeđivanju preuzeti su u komisijski projekat (§§ 1200 do 1207) prema izmjenama, odnosno dopunama čehoslovačkog projekta (§§ 558 do 565). Ove izmjene, odnosno dopune nisu za nas od naročitog interesa.

Isto tako su propisi §§-a 1263 do 1266 Ogz-a koji govore o učinku proglašenja braka ništetnim, rastave supruga i razvoda braka na imovinskoppravne odnose bračnih drugova, preuzeti u komisijski projekat (§§ 1208 do 1213) sa izmjenama prema odnosnim odredbama čehoslovačkog projekta (§§ 92 do 95, 65 i 74 Čslpr-a). Ovim izmjenama ne dira se u načela Ogz-a, nego se samo njegovim propisima daje jasnija stilizacija, da bi se uklonile sumnje i razna shvaćanja, kojim su po sadašnjoj stilizaciji dali povoda.

²⁵⁸ odredba dodana u §-u 1178 projekta (§ 1117 Ogz-a), da i zaručnici mogu sklopiti bračne imovinske ugovore, ali da takvi ugovori imaju dejstva, samo ako se zaštiti sklopi brak, sadržana je već u dvorskom dekretu od 25 VI 1817, JGS. No. 1340. Nova je odredba §-a 1181 projekta (§ 1220 Ogz-a), da vanbračna kći može i od materinih roditelja tražiti miraz. Tako i § 79 Čslpr-a.

Vrijedi dakle po našem komisijskom projektu jednako kao i po Ogz-u i po Čslpr-u: a) da su u slučaju proglašenja braka nevaljanim i bračni ugovori od početka nevaljani (§ 1208 = § 1265 Ogz-a = § 92 Čslpr-a); b) da u slučaju sporazumne rastave zavisi od bračnih drugova, da li će svoje bračne imovinske ugovore ostaviti na snazi ili će ih i na koji način izmijeniti (§ 1209 = § 1263 Ogz-a = § 93 Čslpr-a); c) da u slučaju rastave izrečene sudskom presudom, a za rastavu nije kriva ni jedna strana ili su za nju krive obje strane, može svaka od njih, a ako je za rastavu kriva samo jedna strana, nevina strana tražiti da imovinske odnose koji se osnivaju na bračnim imovinskim ugovorima proglaše za prestale (§ 1210 = § 1264 Ogz-a = § 94 Čslpr-a) i d) da u slučaju razvoda braka imovinski odnosi, koji se osnivaju na bračnim imovinskim ugovorima prestaju, ali ako je samo jedan bračni drug kriv za taj razvod, može nevin bračni drug od dana, kada je razvod dozvoljen, zahtijevati sve, što bi mu inače pripadalo po bračnom imovinskom ugovoru za slučaj da preživi drugog bračnog druga (§ 1212 = § 1266 Ogz-a = § 95 Čslpr-a).

U odredbama našeg komisijskog projekta ističe se po uzoru Čslpr-a, da za slučajeve pod c) i d) spomenute solucije imaju da vrijede samo, ukoliko nije bračnim imovinskim ugovorom što drugo određeno. Pošto se ovdje radi o dispozitivnim propisima, vrijedi to i sa gledišta propisa Ogz-a. Ali je dobro da se tu izričito istakne.

Ispravno je Čslpr., a po njemu i naš komisijski projekat izmijenio tekst propisa Ogz-a tako, da u spomenutim slučajevima više ne govori o ukidanju bračnih imovinskih ugovora nego o prestanku imovinskih odnosa koji se osnivaju na takvim ugovorima, jer se radi o učinku *ex nunc*, a ne *ex tunc*.

Po §-u 1264 Ogz-a postoji, kako je već spomenuto,²⁵⁹⁾ dvojba, da li u slučaju rastave izrečene presudom nevina žena može tražiti održanje bračnog imovinskog ugovora na snazi, a uz to još i održavanje ili ima birati između jednog i drugog. Čslpr. uklonio je ovu dvojbu na taj način, što je pitanje održavanja potpuno odvojio od pitanja bračnih imovinskih ugovora, odnosno od pitanja imovinskih odnosa na osnovu takvih ugovora, predvidivši u vezi sa propisima o rastavi i poseban propis o održavanju (§ 65). § 65 Čslpr-a izriče najprije načelo, da rastava od stola i postelje sama za se ne utiče na dužnost dati održavanje, ali da bračni drug koji je kriv za rastavu gubi pravo na održavanje, a ako su oba bračna druga kriva, da sud može, uvažavajući posebne prilike dotičnog slučaju na molbu bračnog druga, koji se ne može sam održavati naložiti drugoj strani da mu daje pristojno

²⁵⁹⁾ v. gore dio III, otsj. 1 pod C a op. 39.

izdržavanje. Takvo rješenje dao je i austr. dvorski dekret od 4 V 1841, JGS. No. 531, kako je to već gore spomenuto. Tako je Čslpr. stavio izvan sumnje, da se može, u koliko za to postoje zakonske pretpostavke, tražiti održavanje, bez obzira da li se traži da bračni imovinski ugovor ostane na snazi ili ne. Isto tako je Čslpr. odvojio pitanje naknade štete u slučajevima proglašenja braka ništetnim, rastave od stola i postelje i razvoda braka tako, da je u vezi sa odredbama o proglašenju braka ništetnim, o rastavi bračnih drugova i o razvodu braka predvidio opći propis (§ 74), da u takvim slučajevima nevini bračni drug može od bračnog druga, koji je kriv nevaljanosti, rastavi ili razvodu tražiti naknadu štete. Po ovome propisu može u slučaju razvoda braka žena tražiti kao naknadu štete i održavanje, koje bi imala, da nije došlo do razvoda braka.

Ove odredbe Čslpr-a preuzeo je i naš komisijski projekat, ali ih je ostavio u vezi sa propisima ranijih §§-a 1264 i 1266, odnosno sadašnjih §§-a 1208 i 1210 (§§ 1211 i 1213 projekta), jer je uopće ostao pri sistemu Ogz-a.

Za razliku od Čslpr-a naš je komisijski projekat preuzeo imovinskopravne sankcije, koje predviđa § 121 Ogz-a za ženu, koja je prije isteka roka čekanja stupila u novi brak (§ 172 projekta).²⁶⁰⁾

U nasljednom pravu se je i naš komisijski projekat potpuno držao uređenja Ogz-a po stanju novela.

Prema tome je i po njemu potpuno izjednačeno nasljedno pravo ženskih i muških rođaka i potpuno izjednačen položaj udovice i preživjelog muža. Preživjeli bračni drug je dakle i po komisijskom projektu kao i po Ogz-u i Čslpr-u intestatski nasljednik sa $\frac{1}{4}$ ili $\frac{1}{2}$ ostavine prema tome, da li konkuriše sa descendentima ili sa rodacima druge linije, odnosno sa ascendentima treće linije, a cijelu ostavinu kad nema ni njih, uz dužnost uračunavanja onoga, što mu je iz imovine ostaviteljeve pripalo na osnovi bračnog ugovora ili ugovora o nasljeđivanju (§ 740 projekta = § 757 Ogz-a = §§ 668 i 669 Čslpr-a). Isto tako priznaje i komisijski projekat preživjelom bračnom drugu kao i Ogz. i Čslpr. kao prelegat pokretne stvari kućanstva, odnosno ako je ostalo djece ono što mu je nužno za vlastitu potrebu (§ 741 projekta = § 758 Ogz-a = § 670 Čslpr-a). Kao ni Ogz. i Čslpr. ne priznaje ni naš komisijski projekat preživjelom bračnom drugu nužni dio nego samo pravo na pristojno održavanje, ukoliko mu nije osigurano zakonskim nasljednim dijelom ili opskrbom uglavljenom za slučaj smrti ili naredbom posljednje volje, a to održavanje mu inače nedo-

²⁶⁰⁾ kao i Čslpr. odredio je i naš komisijski projekat propise §§-a 1260 i 1261 Ogz-a za uvodni zakon, a § 1261 Ogz-a je brisao.

staje. Odnosne propise §-a 796 Ogz-a je naš komisijski projekat bez spomenutih izmjena koje im je dao Čslpr. (§§ 706, 707) preuzeo (§ 779).

Komisijski projekat preuzeo je i propis §-a 1243 Ogz-a o pravu udovice na izdržavanje iz ostavine za prvo vrijeme iza muževljeve smrti, ali je taj propis ostavio u partiji o bračnim imovinskim ugovorima (§ 1197).

Kao i § 761 Ogz-a ostavlja i § 744 komisijskog projekta za posebne zakone, da propišu odstupanje od općeg zakonskog reda nasljeđivanja.

Kao takvi posebni zakoni spominju se u §-u 744 zakoni, koji se odnose na seoske inokosne porodice, na porodične zadruge, na izvjesna seljačka dobra (domašije) kao i na ostavine sveštenih lica i muslimana.

Prema obavještenjima datim u javnost postoji već pretprojekat zakona o porodičnim zakonima, koji se u glavnom naslanja na hrvatski združni zakon od 1889 god.²⁶¹⁾

Što se tiče seoskih imovinskih porodica, proizlazi iz zapisnika o sjednicama komisije za izradu jedinstvenog građanskog zakonika za Jugoslaviju, u koje sam mogao uzeti uvida, da se misli samo za seoske inokosne porodice na području ranije Srbije i Crne Gore predvidjeti poseban zakonski nasljedni red, i to odredbama, koje bi trebale da uđu u uvodni zakon za građanski zakonik. Po nacrtu tih posebnih odredaba, koji je priložen zapisniku o sjednicama komisije, imalo bi se kod seoskih inokosnih porodica, ako među potomcima istog stepena ima muških i ženskih, ostavina najprije dijeliti na sve, na jednake dijelove i svakom ženskom potomku dati polovica od onoga, što bi mu pripalo da je izjednačen sa muškim potomcima, a ostalo dijeliti među muške potomke na jednake dijelove. Isto tako bi preživjeli bračni drug u seoskim inokosnim porodicama imao lošiji položaj nego po općem zakonskom nasljednom redu, naime on bi imao dobiti $\frac{1}{3}$ ostavine, kad konkurira sa rođacima prve linije, $\frac{1}{3}$ ostavine kad konkurira sa rođacima druge i treće linije, $\frac{2}{3}$ ostavine kad konkurira sa rođacima četvrte linije, u tek kad nema ni takvih cijelu ostavinu.

VI Zaključne primjedbe

Pri kraju dodacu nekoliko primjedaba, kojima je glavna svrha da iznesem svoje gledište o pitanjima, koja se ovdje pojavljuju, i ujedno prema rješenjima koja je ovim pitanjima dao komisijski projekat jedinstvenog građanskog zakonika za Jugoslaviju.

Iz prikaza stranog zakonodavstva i najnovijih stranih projekata građanskih zakonika može se vidjeti, da je ideja jednakosti općeg

²⁶¹⁾ pretprojekat izradili su gg. Živojin M. Perić, dr Dragutin Tončić i dr Vasilije Popović.

pravnog položaja žena sa pravnim položajem muškaraca svuda prodrila. Ograničenje poslovne i procesne sposobnosti udate žene ukinuto je skoro u svim zakonodavstvima, u kojima je postojalo. I u Francuskoj, čije se je zakonodavstvo u tom pogledu pokazalo jako konzervativnim, podnešen je, kako je prije spomenuto, zakonodavnom tijelu zakonski projekat, kojim se predviđa potpuna poslovna i procesna sposobnost udate žene. U našoj državi postoji takvo ograničenje za udatu ženu samo na području ranije Srbije i Crne Gore. Iz pravne literature i izjava učinjenih drugim prilikama vidi se, da su pravnici iz ovih područja saglasni u tome, da treba ovo ograničenje kao neopravdano ukinuti. U ovom smislu donešena je i rezolucija, i to kao jednoglasno prihvaćena, na trećem kongresu pravnika održanom 1927 godine u Sarajevu, na kojem je učestvovao veliki broj pravnika iz Srbije, a učestvovali su i pravnici iz Crne Gore.²⁶²⁾

Prema tome naići će, bez sumnje, na opće odobravanje, što komisijski projekat jedinstvenog građanskog zakonika za Jugoslaviju ne čini glede poslovne sposobnosti nikakve razlike između žena, bile one i udate, i muškaraca.

Što se tiče položaja žena u braku, novije zakonodavstvo polazi, kako smo vidili, pri uređenju odnošaja bračnih drugova sa načela ravnopravnosti, dakle ne priznaje više muževljevu vlast, ali, većina zakona priznaje ipak mužu superiorni položaj utoliko, što on daje ženi status i odlučuje ne samo o zajedničkom domicilu nego uopće o svemu što se odnosi na zajednički bračni život.

Mislim, da ne bi odgovaralo pravnoj svijesti našeg naroda, ako bi se u izjednačenju položaja žene sa položajem muža dalje išlo.

Tome stvarno odgovara uređenje Ogz-a. Ali se za Ogz. razilaze, kako je već spomenuto,²⁶³⁾ mišljenja o tome, da li on ima u vidu pravu muževljevu vlast ili vidi u braku prema stanovištu pravnika škole naravnoga prava samo societas aequalis, u kojoj bračni drugovi imaju samo međusobna prava i dužnosti.

Pošto je komisijski projekat odnosne propise Ogz-a sa neznatnim izmjenama preuzeo (ispor. §§-e 103, 147, 148 i 149 stav 1 projekta sa §§-ima 44, 91, 91 i 92 Ogz-a) postoji bojazan, da bi se taj spor prenio na naš novi građanski zakonik. Da se to izbjegne, preporučilo bi se da se iz preuzetih propisa sve ono izbaci, što bi moglo dati povoda shvaćanju, da mužu pripada prava muževljeva vlast, a naročito pasus, koji veli da je muž dužan zastupati ženu (§ 148 projekta na kraju),

²⁶²⁾ v. „Dodatak spomenici trećeg kongresa pravnika“ (Sarajevo 1928), str. 92, 93.

²⁶³⁾ v. gore dio III otnj. 1 pod C a kod op. 14.

jer je taj pasus dao povoda krivom shvaćanju, da je muž zakonski zastupnik ženin kao da bi žena bila pod tutorstvom.²⁶⁴⁾

Po mome mišljenjuporučilo bi se ovdje mjesto propisa Ogz-a preuzeti propise čl-a 159 do 161 Švgz-a.

Smatram da je dobro, što je komisijski projekat po uzoru na § 1353, II Njgz. dao odredbu, da žena nije dužna podvrći se muževljevoj odluci o domicilu, kad se ova odluka u dotičnom slučaju pokazuje kao zloupotreba njegovog prava da određuje zajedničko prebivalište (§ 149 stav I projekta). Čslpr. odbio je da predvidi takav propis jer da se to samo po sebi razumije.²⁶⁵⁾

Ali je praksa pokazala da postoji potreba za izričitom odredbom o tome, iako je samo konsekvencija općeg načela da žena nije dužna podvrgavati se odredbama muža, koje se pokazuju kao zloupotreba njegovog prava odlučivati u stvarima bračne zajednice.²⁶⁶⁾ Njezin glavni značaj nalazi se u tome, da je muž dužan i nadalje davati ženi izdržavanje, ako je ona iz opravdanih razloga uskratila da ga slijedi u njegov domicil. Takvim propisom daje spomenutoj misli izražaja čl. 133 codice civile (jednako čl. 166 projekta novog tal. građ. zak.).

Ovdje su važna dva pitanja, naime pitanje prava žene da vrši samostalno zanimanje i pitanje njezinog prava da zastupa zajednicu, odnosno muža u okviru vođenja domaćinstva (t. zv. Schlüsselgewalt).

I zakoni, koji u načelu priznaju udatoj ženi potpunu poslovnu sposobnost, ograničuju, kako je već spomenuto, njezinu slobodu vršenja samostalnog zvanja, tako Njem. građ. zak. (§ 1358) Švgz. (čl. 167), tako i spomenuti francuski projekat zakona, kojim se predviđa ukidanje poslove nesposobnosti udate žene. Smatram da je ovo stanovište opravdano. Vršenje samostalnog zanimanja biće u mnogim slučajevima nespojivo sa zadaćom i dužnostima žene u braku i u porodici. Ako se hoće postići svrha braka, mora se u tom pogledu ograničiti sloboda udate žene, iako se načelno priznaje njezina potpuna poslovna sposobnost.²⁶⁷⁾

Naš komisijski projekat nema o tome izričite odredbe, kao što je nemaju ni Ogz. ni Čslpr. Ali pošto se za Ogz. baš zato, što u njemu nema izričitog propisa, zastupa, kako je to već spomenuto,²⁶⁸⁾ shvaćanje, da žena može po svojoj volji vršiti samostalno zvanje,

²⁶⁴⁾ v. gore dio III, otsj. 1 pod C a kod op. 15.

²⁶⁵⁾ v. motive Čslpr-a str. 49.

²⁶⁶⁾ u tome smislu spomenuto opće pravilo Njgz-a (§ 1354 II).

²⁶⁷⁾ za takvo ograničenje i M. Jovanović kao i St. Lapajne u svojim referatima za treći kongres pravnika o pitanju pravnog položaja žene, v. „Spomenicu“ tog kongresa (Zagreb 1927) str. 173, 177.

²⁶⁸⁾ v. gore dio III otsj. 3 pod C a kod op. 17.

potrebno je po mome mišljenju, da se u naš novi građanski zakon o tome unese izričiti propis, i to po uzoru na § 1358 Njgz-a, jer propis §-a 167 Švgz-a ide po mome mišljenju predaleko.²⁶⁹⁾

Pravo žene da za potrebe domaćinstva svojim pravnim poslovima muža kao njegov zastupnik obvezuje (Schlüsselgewalt) je danas općenito priznato, to i za prava, koja inače ne priznaju udatoj ženi poslovnu sposobnost (kao na pr. za srpsko i francusko pravo).²⁷⁰⁾ Svakako se može odobriti, da je naš komisijski projekat o tome predvidio izričiti propis u §-u 150. Ovim paragrafom preuzet je, kako je već spomenuto, § 51 Čslpr-a, ali osim druge rečenice drugog stava toga paragrafa. Zašto ova odredba, koja govori o učinku oduzimanja ili ograničenja ženinog prava zastupanja prema trećim, nije preuzeta razjasniće nam vjerojatno obrazloženje koje još ne predleži. Po mome mišljenju je odredba o tome, bilo takva kakvu predviđa Čslpr. (slično § 115 Mpr-a), ili takva kakvu je predviđaju Švgz. (čl. 164 stav II) i Njgz. (§ 1357), svakako potrebna.

Osim toga imam protivno dredaba §-a 150 našeg komisijskog projekta one prigovore, koje sam iznio glede odredaba §-a 51 Čslpr-a, naime da pravo zastupanja priznato ženi gubi mnogo od svoje vrijednosti, ako joj se ne da zaštita neopravdanog oduzimanja ili ograničenja toga njezinog prava, kako to daju Njgz. (§ 1357) i Švgz. (čl. 165), a s druge strane, da će ove odredbe s obzirom na njihovu stilizaciju dati povoda raznom shvaćanju o tome, ne pripada li ženi ipak pravo tražiti odluku suda protiv neopravdanog oduzimanja ili ograničenja njezinog prava zastupanja, makar nije to izričito predviđeno.

U današnjem zakonodavstvu prevladava stanovište, da muž ima primarno da snosi troškove braka, — zakonodavstvo skandinavskih država provada i u tom pogledu načelo jednakosti između žene i muža, — ali se u većini zakona ujedno predviđa dužnost žene da prema svojoj imovini, odnosno prema svojim prihodima srazmjerno pridonasa za troškove braka, ako, odnosno ukoliko muž uživanjem ženine imovine ne dobije takav prinos. To je stanovište code civil-a i svih onih građanskih zakonika, koji su recipirali code civil, a naročito tal. codice civile-a, zatim Njgz-a i Švgz-a.²⁷¹⁾ Ove propise zadržali su talijanski i rumunjski projekat novog građanskog zakonika.²⁷²⁾ Mađarski projekat građanskog zakonika ide još dalje, jer ne samo što predviđa takvu dužnost nego propisuje čak i to, da je žena u tu

²⁶⁹⁾ protiv uredjenja Švgz-a G m ü r II/1 str. 304.

²⁷⁰⁾ v. gore dio III otsj. 4 pod C a kod op, 118 i dio IV pod br. 3 kod op. 193.

²⁷¹⁾ v. gore dio IV pod br. 4.

²⁷²⁾ v. gore dio IV pod br. 7.

svrhu i dužna samostalno privređivati, ako životne prilike to zahtijevaju. Naš komisijski projekat ne predviđa da je žena dužna pridonositi za troškove braka, kako to ne predviđaju ni Ogz. ni Čslpr.

Smatram da bi trebalo takvu dužnost propisati i u našem jedinstvenom građanskom zakoniku. To opravdavaju današnje socijalne i privredne prilike. Kod gradskog stanovništva nisu danas slučajevi, u kojima muž dobiva miraz ili ženu u imovinu na uživanje tako česti. Nasuprot su česti slučajevi, u kojima je udata žena javni ili privatni namještenik ili inače vrši samostalno zanimanje. U većini slučajeva upućena je porodica na ove ženine prihode, pošto muž sam nema dovoljnih prihoda. Svakako nije opravdano, da muž u takvim slučajevima sam snosi troškove braka i da zavisi od dobre volje ženine, hoće li ona od svojih prihoda dati kakav prinos ili ne.

Što je komisijski projekat predvidio, da je i žena dužna, da mužu u slučaju nužde dâ izdržavanje (§ 149 stav 2 projekta), to se mora svakako odobriti. Kako smo vidili takvo se stanovište danas općenito zauzimalje. U većini novih zakona i u svim novim projektima građanskih zakonika propisuje se to izričito, a zastupa se to danas i za Ogz., makar to ne odgovara njegovom duhu.²⁷³⁾

Što se tiče bračnog imovinskog prava, mora se po mom mišljenju odobriti, što je komisijski projekat ostavio sistem razlučenih dobara kao zakonski sistem uz slobodu ugovaranja kojeg god drugog sistema.²⁷⁴⁾ Taj sistem i danas važi u svim područjima naše države, osim što je na području Vojvodine kombiniran sa sistemom zajednice tekovine za slučaj smrti. Sistem razlučenih dobara sve više prodira. Ovaj sistem usvojio je i rumunjski projekat novog građanskog zakonika pa čak i spomenuti francuski projekat, jedan i drugi namjesto sistema zajednice pokretnina code civil-a, francuski projekat doduše kombiniran sa zajednicom tekovine za slučaj smrti.²⁷⁵⁾

Drugo je pitanje, ne bi li se preporučilo i za naš jedinstveni građanski zakonik usvojiti zajednicu tekovine za slučaj smrti.²⁷⁶⁾ Za to govore razlozi pravičnosti. U današnje vrijeme udata žena u mnogo većoj mjeri učestvuje u privređivanju nego što je ranije bio slučaj. To ne vrijedi samo za trgovački i zanatski stalež, nego i za činovnički stalež. Danas i u mnogim činovničkim porodicama žena ima ili koje javno ili privatno namještenje ili koje drugo samostalno zani-

²⁷³⁾ v. gore dio III otsj. 1 pod C b 1 kod op. 19.

²⁷⁴⁾ za sistem razlučenih dobara izjavio se je i treći kongres pravnik. v. „Dodatak Spomenici toga kongresa“, str. 92.

²⁷⁵⁾ v. gore dio IV pod br. 7 iza op. 255.

²⁷⁶⁾ Protiv usvojenja ovog sistema St. Lapajne i I. Milić u svojim referatima za treći kongres pravnik, v. „Spomenicu“ tog kongresa, str. 181, 189.

manje. I gdje nije tako, sticanje imovine ili povećanje imovine za vrijeme braka je u mnogim slučajevima dobrim dijelom ženina zasluga. Zato je pravo, da i ona učestvuje u toj tekovini. Što ovaj sistem zahtijeva unošenje kompliciranih propisa u građanski zakonik, ne smatram dovoljno jakim argumentom protiv usvojenja ove ustanove.²⁷⁷⁾ Ali moram priznati, da ona za veći dio naše države predstavlja veliku novost i da bi se s toga tek nakon svestrane ankete moglo o tome zauzeti konačno stanovište. Uostalom naš komisijski projekat zauzimalje u §-u 1193 stanovište in favorem zajednice tekovine, i ako je ne usvaja kao bračni imovinski sistem. Naime u §-u 1193 koji odgovara §-u 1237 Ogz-a zamjenjuje se, kako je to već spomenuto, praesumptio Muciana prezumpcijom da su ono što je za vrijeme trajanja bračne zajednice pridošlo imovini stekla oba bračna druga u jednakim dijelovima. Ova odredba, koja je preuzeta iz §-a 52 Čslpr-a, ne može se smatrati zgodnim rješenjem ovog problema, kako sam to već istakao kod prikaza Čslpr-a. Ova je odredba nezgodna već zato, što omogućuje izigravanje vjerovnika, jer prema sadašnjoj stilizaciji vrijedi ta prezumpcija ne samo među bračnim drugovima nego i prema trećim osobama. Mađarsko zakonodavstvo je, makar po njemu zajednica tekovine vrijedi kao zakonski sistem, naprotiv u svrhu zaštite vjerovnika predvidilo prezumpciju, da se sve pokretnine, koje se nalaze u posjedu bračnih drugova smatraju prema trećim kao vlasništvo muževljevo,²⁷⁸⁾ a ovu prezumpciju proširio je mađ. projekat građanskog zakonika i na tekovinu za vrijeme trajanja bračne zajednice (§ 129). Njgz. daje jednaku prezumpciju glede pokretnih stvari (§ 1362), a Švgz. glede svih dobara, ali samo kod sistema spajanja dobara (čl. 196). Po mom mišljenju treba prezumpciju §-a 1237 Ogz-a zadržati,²⁷⁹⁾ a pitanje zajednice tekovine odvojeno tretirati. Spomenuta odredba ne može se ni kao uređenje odnosa među samim bračnim drugovima odnosno njihovim nasljednicima smatrati zgodnom već zato, što izraz „što je pridošlo imovini,“ dopušta najšire tumačenje. Mađarskom sistemu zajednice tekovine prigovara se i to, da je dao povoda mnogim parnicama.²⁸⁰⁾ Može se tvrditi, da bi to bilo u još većoj mjeri, ako bi ostala spomenuta odredba projekta.

Ostalim odredbama projekta, koje se odnose na bračno imovinsko pravo, nema se po mom mišljenju ništa prigovoriti.

²⁷⁷⁾ komplikovanost ovog sistema ističu kao argumenat protiv njegovog usvojenja motivi Čslpr-a (str. 51) i I. Milić cit. mj.

²⁷⁸⁾ v. gore dio IV pod br. 7 u tekstu iza op. 245.

²⁷⁹⁾ zato i St. Lapajne, „Spomenica trećeg kongresa pravnik“, str. 182.

²⁸⁰⁾ tako I. Milić cit. mj.

Samo bi valjalo, ovdje još spomenuti pitanje publiciteta imovinskih odnosa bračnih drugova.

Spomenuto je već prije, da Njgz. i Švgz. predviđaju javne registre, u koje se po Švgz-u moraju, a po Njgz-u mogu unašati bračni imovinski ugovori i njihove izmjene kao i sudske odluke, kojim se uređuju imovinski odnošaji bračnih drugova, da bi dobili svoj učinak prema trećim.²⁸¹⁾ To vrijedi i za ograničenje, odnosno oduzimanje ženina prava zastupanja. Taj sistem registra preuzeo je i rumunjski projekat građanskog zakonika.

Francusko zakonodavstvo opet poznaje sistem registriranja bračnih imovinskih ugovora.

Po mome mišljenju preporučilo bi se, da se sistem registara usvoji i za naš jedinstveni građanski zakonik. To bi mnogo doprinijelo sigurnosti pravnog saobraćaja.²⁸²⁾

Što se tiče položaja žene u bračnom pravu, prvo je pitanje, koje nam se nameće, treba li nasljedno pravo da bude jednako za sve građane, ili bi trebalo za izvjesne staleže ili klase propisati posebno nasljedno pravo, jer od rješenja ovog pitanja zavisi, kako će se vidjeti, i pitanje položaja žene u nasljednom pravu.

Spomenuto je, da naš komisijski projekat u §-u 741, koji odgovara §-u 761 Ogz-a, ostavlja za posebno zakonodavstvo da propiše otstupanja od zakonskog reda nasljeđivanja po općem građanskom zakoniku. U §-u 741 projekta spominju se kao takvi posebni zakoni oni koji se odnose na seoske inokosne porodice, na porodične zadruge, i zakoni koji se odnose na ostavine sveštenih lica i muslimana.

Pitanje ostavina sveštenih lica nas ovdje ne interesira. Pitanje nasljednog prava za muslimane je jedan poseban problem, u koji se ovdje ne možemo upustiti. Za sada nas ovdje interesira pitanje posebnog nasljednog prava za seosku porodicu za razliku od gradske porodice, da se služim uobičajenim iako prema tome što se ima u vidu pravnički netačnim, razlikovanjem.²⁸³⁾

Spomenuto je i to, da je već izrađen pretprojekat zakona o porodičnim zadrugama.²⁸⁴⁾ Za takav zakon sam i ja. Ali smatram, da time još nije riješeno pitanje posebnog nasljednog prava za seosku porodicu, jer prvo ne postoje porodične zadruge u svim dijelovima

²⁸¹⁾ v. gore dio IV, br. 6 sl. a pod sl. cc, i dd, na kraju.

²⁸²⁾ zato i Lapajne „Spomenica trećeg kongresa pravnika“, str. 181.

²⁸³⁾ pravo veli Mihajlo Jovanović u svome referatu o naslijeđu u združnom pravu za prvi kongres pravnika, „Spomenica“ tog kongresa (Beograd 1925), str. 94: „Uostalom ni to nije baš sasvim umjesno govoriti o seoskoj porodici i, nasuprot njoj, o gradskoj porodici. Nije bitno gdje živi porodica nego od čega živi privreda njena“.

²⁸⁴⁾ v. dio V kod op. 211.

naše države, a druge gdje postoje iščezavaju.²⁸⁵⁾ To je vjerovatno i razlog, što su članovi komisije za izradu projekta jedinstvenog građanskog zakonika iz Srbije zahtijevali, da se bar za Srbiju i Crnu Goru pored zakona o porodičnim zadrugama predvidi još i posebno intestatsko nasljedno pravo za seosku inokosnu porodicu. To pak ne ide, da se ovdje ostavi nejednakost prava u pojedinim područjima države. Ili se smatra uređenje posebnog prava za seosku porodicu potrebnim, onda ga treba za cijelu državu propisati, ili se smatra, da je već zakonom o porodičnoj zadrugi udovoljeno potrebi u tom pogledu, onda se neće ni za jedno područje takvo posebno uređenje predvidjeti. O današnjim posebnim prilikama u Srbiji i Crnoj Gori može se prelaznim naređenjima voditi računa.

Potrebu posebnog seljačkog nasljednog prava zastupali su već ranije, a zastupaju to i danas mnogi naši istaknuti pravnici skoro iz svih područja, tako, da samo nekoliko od njih ovdje spomenem, pok. d-r Aleksandar Badaj, bivši pretsjednik stola sedmorice u Zagrebu, pok. d-r Ivan Strohal, d-r Dragutin Tončić, Mihailo Jovanović, bivši pretsjednik kasacionog suda u Beogradu, koji je za vrijeme postojanja vrhovnog zakonodavnog savjeta bio njegov pretsjednik, d-r Franjo Goršić i Đorđe Krstić pretsjednik apelacionog suda u Sarajevu.²⁸⁶⁾ Neki idu još dalje i traže posebno seljačko imovinsko pravo, tako naročito d-r Ivan Strohal, d-r Mile Sokolić i prof. d-r Milan Ivšić.²⁸⁷⁾

²⁸⁵⁾ što se tiče zadruga u Srbiji v. u prednjoj opasci navedeni referat Mihaila Jovanovića. Za prilike u Bosni i Hercegovini je karakteristično da uredba od 21 VII 1919 (uzakonjena 1922 god.), kojom je bilo naređeno, da se bivša kmetovska selišta u Bosni i Hercegovini imaju upisati u zemljišnim knjigama kao kolektivno porodično vlasništvo kmetstva oslobođenih seljaka, nije kod bosanskih seljaka naišla na dobar prijem, već da je protiv sebe izazvala tako jak pokret da se je napokon morao donijeti zakon od 17 V 1928, kojim je kolektivno porodično vlasništvo pretvoreno u individualno vlasništvo.

²⁸⁶⁾ v. d-r A. Badaj, Agrarno-pravno iverje („Mjesečnik“ god. 1902); d-r I. Strohal, O zakonu, kojim bi se jedinstveno uredili imovinsko-pravni odnošaji seljačkog stališća u Hrvatskoj i Slavoniji („Mjesečnik“ god. 1905 i 1906); D-r Tončić, Združno pravo u savezu sa seljačkim nasljednim pravom. Referat za prvi kongres pravnika, Spomenica tog kongresa, str. 101 i sl. i „Mjesečnik“ god. 1925, str. 33 i sl.; M. Jovanović u svome referatu za prvi kongres pravnika naveden u opasci 283; d-r Fr. Goršić, Referat za prvi kongres pravnika o naslijeđu u združnom pravu, Spomenica tog kongresa, str. 105 i sl.; Đ. Krstić, Naslijeđe na seoskim dobrima. Arhiv, knjiga XVIII (XXXV) (1929), str. 173 i sl., 265 i sl., 346 i sl. U odličnoj raspravi Krstića rasvjetljuje se ovaj problem na osnovi bogatog materijala i sa dobrim poznavanjem prilika u selu sa svih strana.

²⁸⁷⁾ v. d-r M. Sokolić, Potreba seljačkog zakona, u „Mjesečniku“ g. 1928, str. 321 i sl.; d-r M. Ivšić, Problem seljačke svojine, u Mjesečniku g. 1933, str. 59 i sl., 155 i sl. kao i rad I. Strohala naveden u op. 286.

I ja se slažem s onima, koji traže posebno seljačko nasljedno pravo. Ovo mišljenje zastupao sam već ranije.²⁸⁸) Razvitak prilika je meni uvjerenje o potrebi posebnog seljačkog nasljednog prava još pojačao.

Svi poznavaooci prilika potvrđuju, da se seljački narod u onim područjima u kojima se primjenjuje Ogz., protiv primjene njegovog nasljednog prava i nastoji, da ga mimoide i nadomjesti svojim običajnim pravom.²⁸⁹)

Ali ne samo, što nasljedno pravo Ogz-a ne odgovara pravnom osjećaju seljačkog naroda, nego ima i štetne posljedice za seljački posjed, naime njegovo raskomadanje.

Kada su u Austriji u eri liberalizma zakonom od 1868 god. i zemaljskim zakonima izdanim na osnovu toga zakona ukinuta ograničenja glede djeljivosti seljačkih dobara i posebno pravo o nasljeđivanju u takva dobra, imalo je to za kratko vrijeme takve porazne posljedice za seljački posjed, da je austrijsko zakonodavstvo bilo prinuđeno da donese zakon od 1 IV 1889 god., LDZ. br. 52, koji ovlašćuje zemaljsko zakonodavstvo, da posebnim propisima isključi djeljivost poljoprivrednih dobara srednje veličine i da uvede posebne propise o nasljeđivanju u takva dobra. Na osnovu toga zakona donešeni su zemaljski zakoni o posebnom seljačkom nasljednom pravu za Tirolsku (Zakon od 12 VI 1900, lzz. br. 47), za Korušku (Zakon od 16 IX 1903, lzz. br. 33) i za Česku (Zakon od 7 VIII 1908, lzz. br. 68). Čslpr. ostavlja, kako je već spomenuto, odredbom čl. VI br. 10 projekta uvodnog zakona ovo posebno nasljedno pravo na snazi. I uvodni zakon za Njemački građanski zakonik (čl. 64) ostavio je na snazi posebne propise o nasljeđivanju u poljoprivredna dobra, gdje su postojali, a sada je za cijelu Njemačku uveden zakon o posebnom seljačkom nasljednom pravu.²⁹⁰) Posebno nasljedno pravo u svrhu sprječavanja diobe poljoprivrednih dobara predviđaju i Švgz. (čl. 616 i sl.) kao i druga zakonodavstva.²⁹¹) Nasljedno pravo Ogz-a, koje je preuzeto u naš komisijski projekat, ne smije se protegnuti na seoske porodice, odnosno bolje rekući na nasljeđivanje u zemljoradnička dobra ne samo zato, što ne odgovara pravnom osjećaju seljačkog naroda, nego, i to

²⁸⁸) v. moj članak „Pitanje izjednačenja ženidbenog i nasljednog prava“ u „Arhivu“, knjiga VIII (XXIV) (1924), str. 431 i sl.

²⁸⁹) v. o tome radove navedene u op. 275. Interesantno je kakav se je postupak glede toga uobičajio u Sloveniji, v. o tome Goršić cit. referat za prvi pravnički kongres str. 111 i sl.

²⁹⁰) Reichserbhofgesetz od 29 IX 1933, Reichsgesetzblatt I 685.

²⁹¹) o ovim zakonima v. W. Hallstein, „Anerbenrecht“ u Schlegelberger II. str. 184 i sl.

u prvom redu zato, što ono vodi do raskomadanja seljačkog posjeda i time do pauperizacije sela. U pitanje kako bi trebalo ovo posebno seljačko nasljedno pravo urediti, ne mogu se ovdje upustiti, jer bi me to predaleko odvelo.²⁹²) Meni je glavno, da i ovom prilikom istaknem potrebu posebnog seljačkog nasljednog prava.

Čim se odlučimo za posebno seljačko nasljedno pravo, rješeno je već time i pitanje položaja žene u nasljednom pravu, jer mislim, da smo svi u tome složni, da kod gradskih porodica odnosno nezemljoradnika nema nikakvog razloga činiti razlike između ženskih i muških nasljednika. Ovdje nasljedno pravo Ogz-a po mom mišljenju potpuno odgovara.

Posebno je pitanje, kakav položaj treba priznati udovici.

Vidili smo, da je novije zakonodavstvo u nasljednom pravu potpuno izjednačilo položaj udovice sa položajem preživjelog muža, kako to čini i Ogz. Prvi projekat čehoslovačkog građanskog zakonika je, kako je spomenuto, ovdje činio razliku između udovice i preživjelog muža, favorizirajući pri tome udovicu, ali se je drugi projekat vratio načelima Ogz-a. Nasuprot je projekat mađarskog građanskog zakonika održao privilegovani položaj udovice, kako ga ima po današnjem mađarskom pravu.

Naš komisijski projekat drži se ovdje, kako je spomenuto, Ogz-a po stanju prve novele.

Po mome mišljenju nema razloga činiti razlike između udovice i preživjelog muža, iako se pri uređenju položaja preživjelog bračnog druga uglavnom radi o sudbini udovice.

Za mene je važnije pitanje, da li se može preporučiti, da se preživjelom bračnom drugu daje ab intestato dio ostavine u vlasništvo, kad su ostala djeca (descendenti) ostavitelja.

Ogz. dao je u takvom slučaju preživjelom bračnom drugu samo uživanje jednog dijela ($\frac{1}{4}$) ostavine. Prva novela Ogz-a slijedivši ovdje Njgz. daje sada preživjelom bračnom drugu ab intestato dio ostavine u vlasništvo. Ovo stanovište usvojili su Čslpr. kao i naš komisijski projekat.

Po mome mišljenju govore jaki razlozi protiv takvog uređenja.²⁹³)

²⁹²) pokus uređenja seljačkog nasljednog prava pretstavlja posebni nasljedni red, koji predviđa spomenuti zakon od 17 V 1928 o bivšim kmetovskim selištima i stečenim beglucima u Bosni i Hercegovini, v. o tome raspravu Đ. Krstića navedenu u op. 285 str. 349 i 357.

²⁹³) ovo uređenje naišlo je i u Austriji na prigovore, v. naročito Hanaušek, Das gesetzl. Erbrecht des Ehegatten nach den Novellen zum ABGB. (Notariats-Zeitung 1917 No. 22/27), v. i Herrenhausbericht o novelama (Izveštaj pravosudnog odbora austr. gospodske kuće, str. 222 i sl.

U mnogim slučajevima moglo bi uslijed toga, što se udovici daje dio ostavine u vlasništvo, biti ugrožena cijela imovina, za koju je vezana egzistencija djece ostaviteljeve, tako na pr. kad je predmet ostavine trgovačka radnja, tvornica ili koje drugo poduzeće. Da se udovici isplati njezin dio, moraće se često to poduzeće ili prodati ili tako zadužiti, da je njegov dalji opstanak ugrožen. Ostavljena kuća, od čijih prihoda bi svi mogli živjeti, moraće se, često ispod svoje prave vrijednosti prodati, da bi udovica dobila svoj dio. Tako dobivena glavnica neće često djeci, a još manje udovici dati dovoljan prihod pa će tako i djeca i udovica biti primorani da troše glavnicu. Sve to će dakako najčešće nastupiti onda, kada bračni drug ostane sa djecom iz prvog braka umrlog bračnog druga. Je li pravo, da udovica, koja je, može biti, samo nekoliko mjeseci prije smrti ostaviteljeve došla u kuću, odnese znatan dio porodične imovine pa čak upropasti cijelu tu imovinu i time ugrozi egzistenciju djece ostaviteljeve?

Zato mislim, da bi trebalo ostati pri načelu Ogz-a po stanju prije novela, naime da se preživjelom bračnom drugu, kad su ostala djeca ostaviteljeva, odnosno drugi potomci, daje samo uživanje jednog dijela ostavine.²⁹⁴⁾ Mogao bi se preživjelom bračnom drugu dati na uživanje veći dio od onog, koji daje Ogz., kao na pr. polovicu, ali sa pravom nasljednika tražiti ograničenje uživanja do granice pristojnog izdržavanja. Preporučilo bi se predvidjeti i to, da se sporazumom nasljednika i udovice ili na zahtjev jednih ili drugih odlukom suda, koji bi pri tome imao uvažiti sve prilike pojedinog slučaja, može udovici ili odrediti jedan dio ostavine (na pr. izvjesne nepokretnine) na uživanje ili odrediti mjesto uživanja u naravi renta u novcu, koja bi se dakako imala osigurati hipotekom ili na koji drugi način. Takvo uređenje predviđa i tal. codice civile.²⁹⁵⁾

Ovo uređenje bilo bi cjelishodnije i pravednije, jer bi se tako imovina sačuvala za djecu, a pri tome ipak dovoljno osigurao i preživjeli bračni drug, odnosno udovica, o kojoj se uglavnom radi, a odgovaralo bi i bolje pravnoj svijesti većeg dijela našeg naroda, jer se u načelu slaže sa današnjim srpskim i crnogorskim a donekle i sa vojvodanskim pravom.

Za slučajeve, u kojima preživjeli bračni drug konkurira sa rođacima druge i daljnjih linija, može ostati pri uređenju komisijskog projekta, koje je u skladu sa Ogz-om po stanju novela i sa Čslpr-om.

Isto tako slažem se s time, da se preživjelom bračnom drugu

²⁹⁴⁾ za takvo uređenje su i M. Jovanović i St. Lapajne u svojim spomenutim referatima za treći kongres pravnika.

²⁹⁵⁾ v. gore dio IV pod br. 6 pred op. 225.

daje mjesto nužnog dijela samo pravo na izdržavanje, ukoliko mu nedostaje. Ali sam mišljenja da bi trebalo § 796 Ogz-a, koji je naš komisijski projekat preuzeo bez izmjena (§ 779), preuzeti sa izmjenama, koje mu daju spomenute odredbe §§-a 706, 707 Čslpr-a,²⁹⁶⁾ jer smatram da su te izmjene umjesne.

U prednjem sam iznio glavna pitanja, koja se po mome mišljenju pojavljuju glede uređenja pravnog položaja žene u našem budućem jedinstvenom građanskom zakoniku. Iznio sam ih, da tako upozorim na potrebu javne diskusije o njima, da bi se na osnovi rezultata te diskusije našlo ono rješenje, koje će najbolje odgovarati našim posebnim prilikama i pravnoj svijesti našeg naroda.

²⁹⁶⁾ v. dio IV pod br. 7 u tekstu iza op. 241.

Берзански прим и судови

од

д-ра Видана О. Благојевића,

адвоката

Београд

Појава прима уз званичне берзанске курсеве претставља рђаву новину као последицу нередовног и ненормалног привредног и финансиског стања код нас. Она је израз једне неминовности: да се и поред свих девизних строгости и ограничења ипак одреди вредност стране валуте и новца на нашим тржиштима приближно светском паритету. Необичност је у томе, што уместо да се урачуна у званичан курс, износ прима фигурише самостално, али се о њему и као таквом водило и води строго рачуна при обрачунама где долази страна валута или новац у питање.

И пре званичне појаве прима на нашим берзама појавио се је диспаритет између званичног курса на берзама и курса у слободној продаји. Разлога има много: ми се уздржавамо од набрајања и коментарисања ових разлога, јер то премаша обим овог чланка.

Државне власти, затварајући очи пред стварношћу, дуго су званично игнорисале овај диспаритет и потребу прима, док их најзад нису прилике натерале на нашем и светском тржишту, да престану са политиком званичног зававања о вредности нашег новца и да је крајње време да се стварности отворено погледа у очи. О феноменима везаним за привреду и финансије, који се развијају по својим сопственим законима а независно од државних закона који о њима не воде рачуна, чак противно њима, државна власт мора да води рачуна, јер у противном, ово затварање очију пред стварношћу, свети се на много дозвољених и недозвољених начина. И у привреди, као и у државном животу и у животу појединаца, само се о истини може и мора водити рачуна, јер је она једино достојна пажње, и гледајући истини у очи, најлакше се је борити противу рђаве стварности.

Београдска берза први пут означава прим 29. августа 1932. год. за све трансакције сем клиринга и платног промета. Према табели састављеној у Алманаху Београдске берзе од 1933. год. (уредио г. Густав Крклец) на стр. 233., тај прим је на почетку почео са 5⁰/₀, да се већ 17. октобра 1932. год.

попне на 20%, а већ од 10. априла 1933. год. да оде на 28.5%. По клирингу са Италијом прим је претстављао 1. новембра 1932. год. 25% па се је 1. јануара 1933. год. попео на 28.5%, са Швајцарском почео је 6. октобра 1932. год. са 15%, да 1. јануара 1932. год. постигне 28.5% и са Чехословачком почео је 5. октобра 1932. год. са 15%, да на дан 1. јануара 1933. год. достигне 28.5%. По платном промету са Немачком прим почиње 22. септембра 1932. год. са 12%, да достигне 21. новембра 1932. год. 28.5%, док је са Француском почео 29. августа 1932. год. са 5%, да већ 12. децембра 1932. год. достигне 28.5%.

По споразуму о клирингу и платном промету са важношћу од 2. јануара 1933. год. и по осталим девизним трансакцијама са важношћу од 10. априла 1933. год. прим је утврђен на истоветан износ од 28.5%.

Појава прима, у прво време непризната од државних власти, нанела је велике штете и држави и повериоцима. Дужници, који су дуговали у инострану валуту, носили су о року обавезе одговарајуће износе у нашем новцу по берзанском курсу на дан рока обавезе без прима и предавали суду, те су на тај начин били ослобођени дуга. Повериоци, наравно, нису хтели да приме овако положене суме без прима, из простог разлога, што за тако положене суме нису били у стању да набаве девизе и валуте на иностранство, те су губили онолико колико је прим износио. Државне власти-судови морали су примати овако понуђене суме и по закону ослобађати дужника од обавеза, пошто полагање пом. сума у судски депозит повлачи гашење обавезе, утолико пре, што положене суме претстављају тачно прорачунат износ у нашем новцу по курсу на дан исплате, истина без непризнатог прима.

Ова се је пракса почела да уводи у судове онда, кад је, услед непостојања довољног броја страних платежних средстава почела да се осећа оскудица у девизама, па је исте било могуће набавити само уз нарочите жртве. Дужник кад положи одговарајућу суму новаца у нашој валути, прорачунату по берзанском курсу на дан исплате, за рачун повериоца, преноси ову бригу о набавци страних платежних средстава на повериоца па и несумњиву штету која ће отуда настати због горе наведених узрока.

Тако је дошло до веома тешких и анормалних ситуација које су нанеле штете и нашим и страним држављанима и држави, те државне власти нису могле више да воде ову нојевску политику јер је прим почео да добија, полако али сигурно, право грађанства. О њему се је морало водити рачуна, то су најзад и државне власти увиделе.

Службене новине из 1931., 1932. и 1933. год. пуне су разних министарских расписа и наредби о девизним и валутним ограничењима уз строге казне за прекршаје. Пре свега, закон о новцу од 11. маја 1931. год. (Службене новине бр. 107. — XXXII, од 14. маја 1931. год.) и закон од 17. јуна 1931. год. о одобрењу уговора између државе и Народне банке за извршење закона о новцу од 11. маја 1931. год. (Службене новине бр. 137.—XIV, од 20. јуна 1931. год.) садрже важна овлашћења за државу у погледу њене интервенције у овом домену. Јасна слика о овој интервенцији видеће се најбоље из раније наведеног Алманаха Београдске берзе од стр. 245. до 271., уз саопштење клириншких уговора и споразума на стр. 275. до 296. Ми ћемо пак говорити о овој државној интервенцији путем њених обавезних правила само колико је потребно за предмет који изучавамо.

На првом месту наилазимо на решење Министра финансија бр. 37250. од 28. марта 1932. год. (Службене новине бр. 73.—XXXI, од 30. марта 1932. год.), који наређује, да се плаћање обавеза према иностранству врши преко овлашћених банака полагањем одговарајућег износа динара на привремено везани рачун динара иностраног повериоца, с тим, да се овако привремено везана динарска потраживања до ослобођења и преноса на слободно динарско потраживање могу употребити само на плаћања у земљи и не могу служити за обезбеђење валуте за извоз из земље. Овај начин плаћања почиње важити од 30. априла 1932. г.

Поводом овога решења Министра финансија, Министар правде издао је распис под бр. 38786. од 13. априла 1932. год. свима судовима, скрећући им пажњу да горње решење бр. 37250/32. регулише и меничне исплате у ефективної страниј монети. „Ово је решење издато на основу чл. 9. закона од 17. јуна 1931. год. о одобрењу уговора између државе и Народне банке за извршење закона о новцу од 11. маја 1931. год. (Службене новине од 20. јуна 1931. год. бр. 137.), те према томе има карактер доцнијег закона према меничном закону од 29. новембра 1928. год. који у своме чл. 40. регулише исто питање“. (в. Збирку расписа и решења Мин. правде — прилог Правосуђа за 1932. и 1933. стр. 43.).

Ово тумачење Министра правде односно карактера решења Министра финансија као доцнијег закона и једино обавезног у односу на ранији менични закон, могло би се озбиљно критиковати, јер решење министарско никад и ни у ком случају није могло имати карактер закона, па наравно ни дерогирати или тумачити закон на своју руку.

Међутим, Министар финансија је, пошто је продужио важност тач. 1. горе наведеног решења бр. 37250/32. до 31. августа 1932. год. (в. Службене новине бр. 174. — LXXIV, од 1. августа 1932. год.), отступио и сам од горњег решења, па је најважнију тач. 1. изменио решењем својим од 27. септембра 1932. год. бр. II-115400. (Службене новине бр. 227. — LXXXVII, од 1. октобра 1932. год.), у томе смислу, што је решио, да се плаћање обавеза према земљама, са којима наша држава нема клириншких споразума, може вршити и путем полагања одговарајућег износа динара на „привремено-везани“ рачун динара иностраног повериоца и то: а) за робу увезену до 31. децембра 1931. год. — по претходном одобрењу Народне банке и б) за робу увезену од 1. јануара 1932. год. уколико рокови плаћања доспевају, — на основу докумената који су до сада били потребни за стављање динара на слободан рачун иностраног повериоца. О свима тако положеним сумама овлашћене банке су дужне одмах известити Народну банку. Ова се „привремено-везана“ динарска потраживања до ослобођења или преноса на слободно динарско потраживање могу употребити само за плаћања у земљи и не могу служити за обезбеђење валуте за извоз из земље сем случајева предвиђених решењем Министра финансија бр. II-88058., бр. II-95278. и бр. II-100705. од 26. јула, 9. августа и 14. септембра 1932. год.

И поводом овога решења, Министар правде је, на предлог Министра финансија, коме је опет ставила предлог Народна банка, издао распис под бр. 101139. од 8. октобра 1932. год., у коме, као веома важном, следећи ставови су неопходни за третирање горњег питања. Пошто је констатовано, да је овим другим решењем бр. 115400/32. измењено раније решење бр. 37250/32. Министар правде вели: „Овом изменом враћени су понова на снагу прописи о плаћању меница које гласе на страни новац из §-а 40. Меничног закона од 29. новембра 1928. год., уколико ови нису у сукобу са последњим Вашим (тј. Министра финансија) решењем бр. II-115400. од 26. ов. месеца.

„Наиме, према Вашем решењу бр. 115400., остају и даље обустављени од примене само ови прописи §-а 40. Меничног закона:

„а) пропис по коме дужник има да плати меницу ефективним страним новцем на који она гласи, ако је издавалац ставио на меници клаузулу о ефективној исплати, и

„б) пропис по коме дужник, када меницу у страном новцу плаћа динарима, не може да рачуна вредност страног новца по узансима места плаћања, него мора да је рачуна по специјалном

курсу, ако је такав курс на меници означио издавалац, или који индосант.

„Од нарочитог је значаја враћање на снагу оног прописа из §-а 40. Меничног закона, који гласи: „Кад меница гласи на новац, који није у течају у месту плаћања, менична свота може се платити новцем који је у течају, а по вредности коју она има на дан кад се исплата може тражити“ „вредност страног новца одредиће се по узансима места плаћања“, јер се овим прописима даје законска основица постојећем обичају, по коме се, приликом плаћања обавеза према иностранству на привремено везан рачун у динарима, вредност страног новца обрачунава по берзанском курсу, са додатком прима који Народна банка повремено утврђује.

„Примена прописа из §-а 40. Меничног закона а према тексту Вашег решења бр. 115400. од 27. ов. мес. могућа је само онда, када је у питању потраживање повериоца са територије оних страних земаља, са којима Југославија нема клириншки споразум.

„Пошто је измена тачке 1. решења бр. II-37250. од 27. ов. мес. бр. II-115400., учињена на основи члана 9. закона о одобрењу уговора између Државе и Народне банке за извршење закона о новцу, то су и прописи из измењене тачке 1. решења бр. II-37250. санкционисани одредбама Закона о казним санкцијама ради извршења члана 9. Уговора између Државе и Народне банке.“ (в. Збирку расписа и решења Мин. правде. — Прилог Правосуђа за 1932. и 1933. год. стр. 94. до 96.)

Овај распис Министра правде није најсрећније стилизован, што није његова кривица, пошто је у распису у ствари репродукована препорука Министра финансија дата по тражењу Народне банке, али због незгодне стилизације овог расписа, његова се примена показала врло непоузданом, тако да је врло вероватно, да би судови боље примењивали односне прописе, да није било овог расписа.

Да компликује ову материју још више, од надлежних власти издавани су многобројни прописи за регулисање исплате потраживања у страном валути у 1933. год. Нарочито је важно истаћи наређење Министра финансија о полагању новца у корист иностраних поверилаца бр. II-70659. од 15. јуна 1933. год. (Службене новине бр. 140.—XXXIX, од 24. јуна 1933. год.), као и „привремено-везана“ динарска потраживања за плаћање, предвиђена у решењу Министра финансија бр. II-109544., од 3. октобра 1933. год. (Службене новине бр. 229. од 7. октобра 1933. год. велико издање).

Најзад је Министар финансија донео решење под бр. II-16997.

од 28. фебруара 1933. год. које гласи: „Да се у берзанским листовима Београдске, Загребачке и Љубљанске берзе при дну објављује висина прима заведена од стране Народне банке Краљевине Југославије и то 28,5% по споразумима о клирингу и споразумима о платном промету са важношћу од 2. јануара 1933. год. и 20% по свима осталим девизним трансакцијама са важношћу од 17. октобра 1932. год. Ово важи до даљег наређења“. (Службене новине бр. 53. — XV, од 8. марта 1933. год.). На тај начин, званично је признат прим са ретроактивним дејством, те је тако ова ненормална ситуација, која се састојала у томе, што је прим постојао на нашим берзама а државне власти га званично нису признавале, добила законско нормирање.

Сем тога, на питање месне контроле при једној царинарници, да ли се прим има рачунати и на страну валуту означену у товарном листу за подвозне трошкове, или то вреди искључиво за фактурну вредност робе изражену у фактури, Девизно-валутарни одсек Одељења Државног рачуноводства под бр. 123525. од 30. септембра 1933. год. дао је следеће објашњење: „Прим се има додавати и код прорачунавања подвозних трошкова у страном монети, а ради обрачуна скупног пореза“ (в. Службене новине бр. 274. — LXXI, од 28. октобра 1933. год.).

Из овог кратког прегледа законодавства по овом питању, види се, да су многа питања нормирана на брз начин без потребних студија, што је изазвало измене, допуне и укидања новим зак. прописима, а што је опет изазвало непотребну пометњу код судова и других власти позваних да ове зак. прописе примењују.

Проблем примене прима пред судовима поставио је се у свој својој акутности одмах пошто је се прим појавио на нашим берзама. У то време није било решења Министра финансија од 28. фебруара 1933. год. са ретроактивним дејством, већ је суд имао да ствара праксу према постојећим зак. прописима, што није било ни мало лако, пошто прим није улазио ни у какав одређен законски појам, нити је се могла на прим применити аналогија.

У првој својој фази судови су отсудно одбијали примену прима, налазећи, да он није ни једним законом признат. То је изазвало велику штету повериоцима који су тражили хитно нормирање овог случаја.

Под утицајем раније наведеног расписа Министра правде Бр. 38786. од 13. априла 1932. год. а нарочито расписа бр. 101139. од 8. октобра 1932. год., који су могли бити много јасније стилизовани, као и под пресијом наших привредних кругова, судови су почели полако да отступају од свога првобитног становишта,

налазећи, да је у циљу заштите и нашег угледа у иностранству и поверилаца потребно досуђивати и прим уз износ означен у званичним курсевима берзи. Ту судску еволуцију, која је са много тачки гледишта интересантна и инструктивна, саопштићемо поводом четири случаја са територије Београдског касационог суда.

Први случај. Пуномоћник једне фабрике у Београду положио је код Београдског трговачког суда 1. децембра 1932. год. суму новаца као одговарајући износ енглеских фунти, рачунајући по средњем курсу Београдске берзе, без прима, а у циљу исплате меничног дуга, с тим, да се овај новац преда повериоцу уз повраћај оригиналне менице. Пуномоћник поверилачке фирме изјавио је, да прима положену суму само као делимичну исплату целокупног дужног износа по спорној меници, пошто услед тога што није дужник положио и износ прима, његова исплата није потпуна већ само делимична. Суд је нашао да се је дужник по § 895. грађ. зак. полагањем спорне суме у судски депозит ослободио дуга. „Узев у оцену тражење повериоца да је депонент дужан за потпуно измирење овога дуга да плати и прим кога Народна банка, као регулатор девизних прописа, додаје приликом сваке промене у страном валути, суд је нашао, да је овај захтев повериоца недоказан и неумесан, пошто постојање прима није ни једним позитивним законским прописима признато, те се са тога разлога одбија, као од тражења неоправданог — § 178. грађ. суд. пост“. С тога је суд упутио повериоца као слабијег у праву на парницу, да тим путем докаже, да има право наплате, уз курс Београдске берзе, још и прима који Народна банка наплаћује.

По жалби пуномоћника поверилачке фирме, Касациони суд је поништио горње решење, налазећи, да не одговара закону из следећих разлога: „Потребно је да суд у смислу § 323а. грађ. суд. пост. оцени и приговор о легалности наплате прима у смислу решења Г. Министра финансија бр. II-16997. од 28. фебруара 1933. год. по коме се у берзанским листовима поред курса има објављивати и висина прима заведеног од стране Народне банке, а по том ствар поново реши“ (в. Привредни преглед, бр. 26. од 25. јуна 1933. год.).

Поступајући по горњим примедбама као обавезним, суд је упутио дужника на парницу против повериоца, и ствар је у току, која се има несумњиво завршити победом повериоца, јер је његов захтев, да му се уз износ по берзанском курсу плати и износ прима, исправан и на закону основан и сагласан схватању Касационог суда по овом питању.

Други случај. Београдски трговачки суд 27. децембра

1932. год. донео је осудно решење којим је осудио једну београдску фабрику по кратком поступку да плати једној страни фирми у Италији износ швајцарских франака као противвредност у динарима, која ће се вредност утврдити на тај начин, што ће се претходно швајцарски франци претворити у италијанске лире по последњем циришком курсу на дан плаћања, а вредност лира има се утврдити према паритетним курсу са премијом (хоће да се каже примом) одређеном за уплате за Италију на клирингу код Народне банке, уз интерес, таксу и трошкове. Тужена фабрика тражила је задржање од извршења овог осудног решења стога што исправа по којој се тражи осуда, није чиста и јасна, те се њена вредност има ценити у редовном спору.

Београдски трговачки суд одбио је дужничку фабрику од тражења задржања осудног решења од извршења, наводећи између осталог, да има места кратком суђењу, пошто је поднета исправа уз тужбу чиста и јасна, а наређена исплата у нашем новцу као противвредност страног новца, одговара како §-у 40. Меничног закона, тако и споразуму о уређењу плаћања трговачког промета Италије и Југославије од 31. октобра 1932. год. „Навод тужене стране да ни у једној одредби клириншког споразума није статуирано да се и колика премија (хоће да се каже прим) плаћа, неуместан је исто тако, јер постојање ове премије, као и величина исте, коју одређује Народна банка, регулисано је у чл. 9. од. II. закона о одобрењу уговора између државе и Народне банке за извршење закона о новцу Краљевине Југославије од 11. маја 1931. год. — О постојању и законитости ове премије постоји и распис Министарства правде бр. 101138. од 8. октобра 1932. год. — Суд исто тако сматра да се плаћање има да изврши уз додатак прима, који Народна банка повремено одређује, јер је Народна банка позвана да одређује релацију (однос) између динара и страних валута, јер је њој поверено старање о динару као јавна функција, те је одређивање прима од стране Народне банке доказ о постојању разлике између ефективног курса у месту плаћања и курса Београдске берзе. — §§ 10., 548. и 800. грађ. зак. у в. са чл. 2. закона о новцу Краљевине Југославије од 11. јуна 1931. год. Суд даље налази, да депоновање новца у суд од стране дужника у корист поверилачке фирме не ослобађа дужнике од дуга, пошто се према горе поменутом споразуму о клирингу одговарајући износ у циљу ослобођења дуга може положити само код Народне банке у клиринг у см. чл. 3. од. II. пом. споразума о клирингу и тач. 1. решења Министра финансија бр. 37250. од 28. марта 1932. год.

Касациони суд је, по жалби тужене стране, поништио предње решење Београдског трговачког суда, наводећи, да по чл. 6. споразума о уређењу плаћања трговишког промета између Италије и Југославије није предвиђено, да ће се дугови који гласе на другу монету претворити у италијанске лире по последњем курсу, већ по средњим текућим курсевима у Цириху, те према томе, није јасно да се претварање швајцарских франака у италијанске лире има у овом случају извршити онако како је то суд у решењу одредио, нити је тако исто јасно, да по чл. 9. од. II. закона о одобрењу уговора између државе и Народне банке за извршење закона о новцу Краљевине Југославије од 11. маја 1931. год. на које се суд позвао у овом решењу, одређено плаћање премије (ваљда прима) и величине исте“. Па како исправа по којој се тражи осуда није чиста и јасна, то се спорно питање има расправити у редовном поступку.

Пошто је ове примедбе усвојио Београдски трговачки суд пустио је горњи спор у редован ток (в. Привредни преглед бр. 37. од 10. септембра 1933. год.).

Трећи случај. У спору једне немачке фирме против једнога нашег занатлије, због извесног износа у фунтама стерлинга, Београдски трговачки суд, у редовном спору, пошто је потпуно утврђено тужбено тражење, досудио је тужиоцу тражени износ у тужби „у енглеским фунтама односно одговарајућу вредност у динарима по курсу Београдске берзе са додатком прима Народне банке на дан извршења пресуде“.

Ову је пресуду, по незадовољству тужене стране, одобрио Београдски апелациони суд, као што ју је, по жалби тужене стране, оснажио Београдски касациони суд (в. Привредни преглед бр. 11. од 4. марта 1934. год.).

Ово је, по нашем сазнању, први случај у коме су сва три суда стала на сасвим правилно становиште, да се уз износ по курсу Београдске берзе, има исплатити и износ прима на дан извршења обавезе односно пресуде. На тај начин, правилно су примењени односни зак. прописи, поред тога, што је задовољена и правила, чиме је уздигнут углед наших судова према иностранству, пошто су у питању, наравно, били увек инострани повериоци, који су морали бити обавештени о току њихових спорова односно наплата од дужника наших држављана.

Четврти случај. У стечају једнога дужника пријавило се је неколико поверилаца са потраживањима у страниј валути, па је Окружни суд за град Београд, чинећи распоред са новцем стечајног дужника, код једнога повериоца у страниј валути, изриком

означио, да се из депозита, односно стечаја, има исплатити за дужне немачке марке одговарајући износ у динарима по курсу Београдске берзе на дан исплате са 28,5% прима.

Ово је решење Београдски апелациони суд поништио с тога што „кад је стечајни суд досуђујући износ тражбина у страниј валути појединим обезбеђеним повериоцима чије тражбине гласе на страну валуту, наредио, да се исте имају реалисати по курсу Београдске берзе на дан исплате, онда је то било довољно, а не да извесним оваквим повериоцима ставља и прим а неким а не“.

Поступајући по овим примедбама Окружни суд за град Београд донео је ново решење назначујући изриком, да се свима повериоцима, чије тражбине гласе на страну валуту, исплата има извршити на дан извршења обавезе у динарима по званичном курсу Београдске берзе, не назначујући уз то и прим, пошто према раније наведеном, у појму званичног курса берзанског, налази се и појам прима.

Горњим излагањима покушали смо да објаснимо стање законодавства и судске праксе по питању берзанског прима, који је у једно време изазвао велике поремећаје у приведном животу наше државе, али, благодарећи, истина непотпуним и после недовољне студије донетим одредбама у разним министарским расписима и наређењима и на крају крајева правилној судској примени ових и оваквих прописа, питање прима ушло је у завршну фазу, са којом могу бити задовољни и повериоци и поштени дужници, а пре свега држава, чији је углед остао на потребној висини.

Будућност грађанскога права

од

д-ра Стефана Ладаја,
претседника Законодавног савета
Букурешт

Гроф Максимилијан фон Шверин је Бизмарку, који је једном на седници Народне скупштине нагласио, да људи на власти само изреком силе могу да уклоне извесне сукобе, пошто државни живот не застаје ни једног минута, а не може се чекати на доношење суда о праву, придао намеру да хоће да силу стави испред права, док би правилно гледиште било: „Право иде испред силе“.

Бизмарк иначе брутално искрен, није признао, да пристаје уз начело „Сила иде испред права“. Очигледно и он је био гледишта, да се морамо држати Светог писма („Право мора остати право“) и да морамо веровати у једно више правно уређење, које стоји изнад овог свакидашњег позитивног права.

Већ се наша генерација васпитала у епоси, у којој су отишле у оставу за старе ствари оне теорије, које су сводиле постанак права на божанску наредбу или на категорички императив ума или их ставили у неку другу мистичку маглину. Па ипак смо морали да доживимо ренесанс идеје о природном праву, за коју смо веровали да је сасвим дотрајала. Стари се богови поново враћају. И кад читате разлагања извесних модерних аутора, помислићете да живимо у веку Св. Августина: *quasi transcripta est lex naturae in animas nostras*. Било да са Бруном Баухом истакнемо централизацију вредности, где постоје као у природном праву „вредности које важе изнад времена“, — или да са Рихардом Шмитом узмемо резултанту мишљења извесних народних слојева као мерило вредности за позитивно право: увек се ради о истој метафизичкој спекулацији.

Али је баш у најближој прошлости ову спекулацију снажно потиснуло једно схватање, које одбацује идеју о праву и наглашава идеју силе. То је схватање нашло искреног израза, без икаквог увијања, у одлуци немачког касационог суда, која је донета 8 јула 1920 и која је за кратко време постала чувена: „Новој државној власти, створеној превратом (тј. револуцијом 1918) не може се оспорити државноправно признање. Томе ништа не смета, што је нова власт противправно створена, јер

није битно обележје државне власти, њен „правни“ постанак. Са уклањањем старе власти ступа на њено место нова власт, која је надјачала“.

Као што се види, борба је остала стара. Има да се извојује само још једно једино рвање: да ли иде право пред силом или сила пред правом? При површном посматрању могло би се то узети као један чисто теориски сукоб. *Grammatici ser-tant*.... Али се ипак иза тога крије горка стварност. Идеје брже и снажније освајају него мач. Изрека Молијера: „*tous les vices à la mode passent pour vertus*“ није само духовити парадокс већ и једна социјална истина, која се дубоко осећа: страстни поборници једне народске идеје не само што оправдавају већ чак и препоручују недела која су учињена у борби за ону идеју. Мало се или се баш нимало не пита, да ли је идеја добра, јер се не ради о квалитету идеја, већ о светској борби социјалних сила коју обавија ореол борбе идеја. Идеја је светитељски сјај привидних светитеља.

Чињеница је и остаје, да се сада развила гигантска борба између идеје о праву и идеје силе, управо између правне државе и државе силе. Ово страховито рвање већ је и сада, кад скоро још није ни почето, имало последица за које бисмо раније мислили да су немогуће. Куда ће ова борба да доведе, једва може да буде у питању. Ми, људи у годинама, чије је најлепше доба живота падало у епоси правне државе, наравно да смо *laudatores temporis acti*. Али младост друкчије мисли и пошто је само младост орна за борбу, једва ће се моћи посумњати у победу њених идеала. Постепено она осваја и стару генерацију. У својој најновијој књизи („*Jahre der Entscheidung*“) и Освалд Шпенглер изјашњава се за идеју силе. Човек је дивља звер, мисли он, и из тога не може изићи а свештеници врлина и спасиоци човечанства само су зверови са испалим зубима.

Каква ће бити судбина грађанског права после победе нових идеја? Пророштво је увек било горак хлеб као што је то већ једном тврдио млади Гете када је седео између Лаватера и Базедова и више уживајући у благодатима богатог стола него у њиховим пророчанствима, рекао: „Пророци с десне стране, про-роци с леве стране а дете овог света у средини“. Нажалост ускоро ћеће бити више деце овог света и тако ћемо на добро или зло морати услишати разне пророке.

Законодавни радови, који су предузети у овом времену прелаза, још носе, сви без изузетка, печат старог времена. Сви су они прилагођени идеји правне државе. У Пољској, у Чехо-

словачкој, у Мађарској, у Румунији а делимично и у младој. Немачкој најновији закони и основи из грађанског права саграђени су на снажним стубовима идеје о правној држави. За Италију је довољно указати да је прилично конзервативан нацрт облигаци-оног права, који је израдила француско-талијанска комисија.

Али се већ показују контуре будућег стања.

Напади су управљени у првом реду на основну идеју садашњег грађанског права: скоро неограничену слободу деловања. Данас ми кажемо: са својом имовином можеш да радиш, шта хоћеш, — можеш да закључујеш уговоре, какве хоћеш, — смеш и да нашкодиш своме ближњему, само ако то закон не забрањује. Свакако има већ и данас извесних ограничења. Тако на пр. извесни закони одвајају својину на површини земљишта од својине на ми-нералима и дозвољавају неограничену својину само на површини земљишта. Други закони опет познају разне врсте социјализирања, забрана, отуђења, ништавост уговора противних моралу и другим социјалним скрупулама, нужни део итд. али ипак остаје непоколе-бано начело: слободан си, уколико те изрична заповед не везује.

Али се у томе види једно кобно прецењивање личности, један претеран индивидуализам који је створио сталан раздор с једне стране међу појединце а с друге стране међу разне народне слојеве, и натерао их у борбу за личне интересе, где се ретке паузе само зато искористе, да се приберу нове снаге за обновљену борбу. Ово стање сматра се за један материјализам који раздира заједницу, пошто држава тада не може да ради за мир. Њезино мешање се чак и не гледа добрим оком: за имућне је оно једно нежељено социјално старање, а за сиромашне је једно прикривено потпомагање имућних. Као што Бернард Шо каже: интервенцијом државе постају богати још богатији а сиромашни још сиромашнији. И поред своје очигледне нетачности чињеница је да ова изрека изражава мишљење многих милиона људи.

Имајући пред очима социјална зла, која је тобоже проузро-чила идеја слободе што влада грађанским правом, хтело се градити ново право на једној романтичној подлози. Тражи се, да се вра-тимо Хегеловој филозофији и историјској школи. Право треба да је потчињено идеји заједнице, а власт воље, приватна ауто-номија странака, целокупни склоп *legis privatae* сматрају се као застарели и антисоцијални.

Да се савладају социјална зла у првом реду се тражи и потпуна измена нормирања права. Одбацују се кодификације и законици, фикција да закони немају празнина, проналажење воље законодавца или закона, аналогија, сва механика стварања и

примене права. Као највиши пропис треба да је морал, у који као целина улази и право. Мерило доброг права је морално схватање „поштеног“ и „социјално надахнутог“ човека, човека морала. Ово схватање а не једна окамењена правна норма, треба да буде меродавна код судске одлуке у сваком појединачном случају. На тај начин се одбацује одвајање стварања закона од примене закона, пошто свако, странка, судија или други овлашћеник „суделује“ у стварању права.

Ова нам је арија добро позната, пошто су нас њоме доста често забављали хор и солисте слободног изналажења права. Али фактички ново у свој новој тенденцији јесте недостатак сваког правног ограничења. Нема слободе уговора, нема стечених права, нема аутономије приватних странака. Цео овај склоп је заостатак либерализма, начела немешања државе: *laissez faire, laissez aller*.

У првом реду одбацује се начело, које преовлађује у приватном праву, да се законске одредбе само тада примењују, ако странке нису нешто друго уговориле. Није још јасно, да ли се целокупно приватно право хоће да сагради као принудно право или се хоће задржати за судије овлашћење, да пређу преко воље странака. У сваком случају хоће се, да се воља странака збаци са престола, пошто се верује, да воља оличена у уговору није више воља странака, већ воља, која има свој сопствени, самостални, живот. Одатле би се прво извело, да судија и поред несумњиве ништавости уговора ипак може донети одлуку о делимичној важности тога уговора или може створити нов аранжман између странака *ex aequo et bono*. Ако се хоће још безобзирније да изведу закључци, долази се до резултата, да је нетачно и начело „*pacata sunt servanda*“! И да није довољно да се несавитљива правила ублаже начелом „поверења и вере“ и начелом „*rebus sic stantibus*“, већ да се мора уочити целокупан правни и имовински положај учесника, тако да се судска одлука прилагоди, скоро као у кривичном поступку, свима околностима, у које улазе и субјективни елементи. Тражбено право садржавало би само један незнатан број прописа и ови би били или принудни прописи негативне природе, или диспозитивни прописи, који би регулисали опште држање судије.

У стварном праву исто тако траже са радикалне измене.

Пре свега се осећа велико незадовољство са досадашњим правом државине. Оно што по праву и правди треба да буде, потиснуто је фактичким стањем. То је опет, мисли се, грех либерализма. Несме се штитити непоштен или несавестан држалац;

мора се поштеном држаоцу дати право да насилника силом уклони итд.

И појам и регулисање својине излаже се критици. Свакако су ти аргументи већ десетинама година добро познати. Али се ипак овде држало веома резервисано, пошто се није хтело дати оружје марксизму. Тако су се задовољили само објавом рата наследном праву. Разуме се, да је и овде прво нападнути положај — слобода располагати тестаментом, воља странака која се означава као самовоља странке. И овде се истиче, да се закон мора издићи изнад садашње улоге допунских правила у недостатку воље странака. А наследно право да није последица својине, већ последица моралног императива. Оно има корен у основној уставној друштва: у породици и према томе у наслеђу, мора да влада идеја континуитета породице. Стога се пренос имовине треба да врши само у породици. Слобода располагања може се признати само тада ако тестатор нема породице. Али и у овом случају мора заједница, тј. држава да има прече право него удаљени сродници.

У истом оквиру креће се критика брачних имовинских режима. Тражи се напуштање данашњег индивидуалистичког регулисања, које се најпластичније показује у подвојености добара. Нити подвојеност добара, нити заједница добара, нити заједница управе добара. Па шта онда? Ми још нисмо добили одлучан одговор и морамо се задовољити са указивањем на моралну природу брака и са уверавањем, да ће се ови сукоби расправити у ванпарничном поступку.

Да ли се може наћи основни мотив у овим излагањима? Да ли се већ сада може сазнати, који ће основни мотив бити у будућем приватном праву? Ја мислим, да може.

У првом реду изгледа сигурно, да будућа држава силе неће створити социјалистичко правно уређење у марксистичком смислу, пошто је један од његових циљева, да уништи марксизам. Али ће од њега бити далеко једно буржоаско правно уређење у данашњем смислу. Идеал је једна држава, у којој нема класа ни класне борбе и у којој сваки ради за заједницу. Да ли ће се овај циљ макар само делимично остварити и поред многих супротних интереса, питање је на које се не може одговорити.

Ако сада у будућој држави буде важило начело „да се општа корист ставља испред личне користи“, то будуће правно уређење мора пре бити једно принудно уређење. Држава ће идеји слободе дати једну веома узану садржину. Место субјективних права, идејно ограничених само правима других лица, до-

ћиће једна веома узана *facultas agendi*, која ће се признати појединцу само тада, ако је његов рад опште користан или без значаја за саму заједницу. Тиме ће се приватно право просто укинути, пошто ће регулисање имовинско-правних односа бити принудног карактера. Нестаће класичне разлике: *ius publicum*, — *ius privatum* и остаће само једно једино јавно право. Чим *verbum regens* постане опште добро, чим раста, и друге правне радње могу да важе само тако, ако општој користи не шкоде, онда је неизбежно њихово подвођење под принудне норме.

На питање, да ли ће се ово уопште моћи извести, не може се одговорити ни са да ни са не.

Пре свега мора се на то указати, да има једна значајна област приватнога права, где принцип силе не може да важи. Мислим на међународно приватно право. Парадокс је, али је истина, да је баш тамо, где данас влада највећа несигурност, будућност данашњих приватно-правних начела најмање несигурна. Узалуд ће модерна држава силе преобратити своје домаће приватно право у јавно право: она ће у међународним-правним односима, ако не жели да буде избачена из међународног саобраћаја, морати признати слободу уговора, право располагања сопственика, располагања на случај смрти итд.

Али ће тиме пасти и намеравани систем. Немогуће је, да једна држава само у међународном правном саобраћају призна слободу уговора (тј. њихову обавезну снагу, *lex privata*), а да је не призна и у домаћем правном саобраћају. Ако један извозник буде везан уговором, који је закључио са иностраним купцима, то ће се морати без приговора и у пуној правној сигурности признати и његови домаћи уговори, пошто он иначе не може да набави робу, коју има да извезе. Један увозник, чији домаћи купци не би били потпуно и сасвим везани уговорима, морао би ускоро да напусти свој посао. Али ови домаћи пословни пријатељи имају исто тако своје домаће муштерије, који би их могли упропастити неодржавањем својих уговора. Суд дакле мора да огласи обавезним и ове чисто домаће уговоре, ако неће да разруши целокупну привредну зграду. *Lex privata* мора према томе да буде призната и у унутарњем привредном промету.

Насупрот томе могло би се указати на Русију, која у међународном промету признаје сасвим друкчија начела него у унутрашњем саобраћају. Али се не сме заборавити, да је Русија прогласила државном целокупну спољну трговину и да је тиме отклонила горе описане тешкоће. И ако је мешање државе у приватно-правне односе у послератном времену узело сасвим

огромне размере, нико заиста не мисли, да спољну трговину начини државно. И тако можемо мирне душе тврдити, да социјализирање приватног права не може дуго трајати.

Прво је сигурно, да је у модерној држави стварно немогућ радикални преображај тражбеног права. И то и без обзира на кобне привредне последице баш из чисто правних разлога. Ако се уговори, њихова обавезна снага и њихов обим имају да испитају по начелу опште користи, то би се морало знати, шта је то општа корист. Један те исти уговор може у извесном погледу да буде опште користан, а да у другом погледу буде штетан по ту општу корист. Што једном аграрцу изгледа да је опште корисно, то је градском становнику опасност за општу корист. Уговори о извозу могу да буду опште корисни подизањем активног трговачког биланса а штетни поскупљивањем у земљи. И ко ће *in concreto* да утврди ту општу корисност? Државне судије који су ван привредног живота и који су поучени од дневне и стручне штампе, која готово никада није објективна. Или чак судије у ванпарничном поступку, који стоје под упливом свесних или несвесних класних интереса?

Када нам тражбено право *grosso modo* изгледа неизмениво, то мислимо, да стварна права, у главном баштинско право, могу да претрпе извесне радикалне измене. Ограничења својине која данас важе нису довољна. И ако је изрека, да је својина *function sociale* једна празна фраза, ипак је истина, да се римско право схватање својине не може више одржати. Земљиште значи у неку руку држава и оно треба да служи државним интересима. Није без значаја за целину, да ли ће се земљиште добро или рђаво обрадити. Овде постоји потреба за једном контролом и за применом санкција, које у сасвим озбиљним случајевима могу довести и до одузимања поседа. Али и на пољопривредним производима држава је заинтересована, без чега би целокупна та контрола била некорисна. Ако се жетва сакрије, задржи или уништи, могу лако да наступе штетне последице за народно здравље. Исто се тако и градска својина мора подвести под извесне прописе, али који не смеју састојати у вексаторним мерама. Зар је право, да у свима великим градовима хиљаде људи немају стана, а да хиљаду станова стоје празни. Ту је такође у питању народно здравље, које нема никакве везе са индивидуализмом или комунизмом и које се може решити у оквиру буржоаског правног уређења. Разуме се, да ће таква реформа деловати и на облигационо право.

И у наследном праву морамо бити спремни на извесне радикалне измене. Много јаче наглашавање законског наслеђа није на

одмет. То би могло да се изведе проширењем идеје о нужном делу. Законско наслеђе не би се простирало на сроднике даље од трећег реда (деде и бабе) и њихових потомака, сем у случају да живе у заједници са остављачем.

Брачни имовински режим морао би бити заједница стечених имања и то као законски режим. Нова француска основа (23 јуни 1932), по којој ће се напустити заједница у покретним стварима, која сада важи и место ње увести „participation aux acquêts“, већ је један сасвим знатан напредак.

Процесно право, а нарочито поступак принудног извршења могао би се исто тако радикално изменити. Једно уопштавање ванспорног поступка могла би баш најбоље да оствари држава силе, пошто она државног судију хоће да запосли и у управном праву. У поступку за принудно извршење истиче се јака заштита дома, стварање сељачких и породичних имања (bons de famille) спречавање распарчености земљишта итд.

Задржавање приватне својине са јачим наглашавањем оних ограничења која и данас постоје, признање слободе и обавезне снаге уговора, али и енергично истицање моралне садржине права, радикални преображај наследног права у корист породице, узимање у обзир материјалног положаја странака код обавезе из деликата и законских обавеза, уколико је могуће вођење процеса без трошкова и једно блажије извођење принудног извршења, то су главне реформаторске идеје, које се могу већ данас уочити из већ непрегледне литературе о новијим правцима.

Адвокатски Бранич

од

Обрада Б. Благојевића,

адвоката

Београд

Адвокатски **Бранич** најстарији је правни часопис у Српству, који и данас излази, а после **Мјесечника**, органа Правничког друштва из Загреба, који од 1875. год. са изузетком 1920. год. излази непрекидно до данас, **Бранич** је најстарији правни часопис у Југословенству.¹⁾ То на самом почетку треба нарочито нагла-

¹⁾ Први број **Бранича** изашао је 1. јануара 1887. год. под насловом **Бранич**, лист за правне и државне науке, орган Удружења јавних правозаступника у Србији. Излазио је сваког 1. и 15. у месецу редовно сем децембарских бројева који су изашли уједно. Садржавао је многе расправе и чланке уз преглед судске праксе, приказа и званичних саопштења. Међу првим сарадницима **Бранич** је бројао Ђорђа А. Ненадовића, Гигу Гершића, Валтазара Богшића, Јована Ђ. Авакумовића, Милана Капетановића, Милана Ст. Марковића, Ђорђа Б. Несторовића и др. Уредник је био Милан Ст. Марковић адвокат уз три члана редакционог одбора.

Идуће 1888. год. **Бранич** излази редовно као петнаестодневни часопис, каткад и месечни, уређиван на исти начин, од истог уредника и уређивачког одбора и уз сарадњу ранијих сарадника као и нових: Ђорђа Ж. Ђорђевића, П. Ј. Савића, Мате Радосављевића, Мих. Л. Стојадиновића, Јована Милићевића, Андре Ђорђевића, Живка М. Милосављевића и др. Сем тога доноси преводе одличних правних дела Дибуисона, Фистела де Куланжа, Звјерова и др.

У 1889. год. **Бранич** излази као месечни часопис у нешто смањеном обиму. Уредник је био Ђорђе А. Ненадовић адвокат са уређивачким одбором. Поред горњих сарадника јављају се нови: Алекса С. Јовановић, Пера Благојевић, а Др. Миленко Веснић и Ст. Максимовић нарочито много сарађују у овој години.

Због материјалних незгода, Управни одбор Удружења јавних правозаступника за Србију решио је да обустави даље излажење часописа.

Бранич се тек поново јавља 1897. год. у великом ревијалном формату са девет бројева (излазио је сваког 1., 10. и 20. у месецу). Први број је изашао 1. октобра а последњи 20. децембра 1897. год. Уредник је био Милан Ст. Марковић. Поред старих сарадника јављају се нови: Слободан Јовановић, Живојин Перић, Милан С. Пироћанац, Михаило Стефановић, Милан Стефановић, Др. Давид Алкалај, Мих. М. Станојевић, Мих. С. Полићевић, Мих. Јоцић, Јован Миловановић и др.

Идуће 1898. год. као пете своје године, **Бранич** се враћа обичном ревијалном формату, излази редовно сваког 1. и 15. у месецу под редакцијом Милана Ст. Марковића. Уз старе сараднике јављају се многобројни нови као: Др.

сити, да би се могла добити јасна претстава о учешћу **Бранича**, благодарећи његовим многобројним сарадницима, у правном и јавном животу, како Краљевине Србије док је она постојала, тако и Краљевине Југославије.

Покренут као орган Удружења јавних правозаступника за Краљевину Србију, **Бранич** излази све до 1906. последње предратне године. После рата 1925. год. **Бранич** се појављује као орган Удружења јавних правозаступника за бивше Краљевине Србију и Црну Гору, да 1930. год. постане орган Београдске адвокатске коморе.

Бранич је излазио и то: прве три године 1887., 1888. и 1889. непрекидно, затим, 1897. год. па до 1901. год. непрекидно, са прекидом 1902. год. да настави своје излагање 1903. год. непрекидно до 1906. год. са којом годином завршава своје предратно

Војислав Вељковић, Стеван Добривојевић, Милорад Драгутиновић, Живко Ивковић, Милоје Ж. Јовановић, Ђорђе Карајовановић, Арон Нинчић, Драгић Павловић, Боривоје Л. Поповић, Фридрих Попс, Спасоје Радојичић, Димитрије Сеченски, Др. Војислав М. Суботић-млађи, Рафаило Финц, Ђорђе Чохадић и др. У **Браничу** су заступљене све гране правних наука.

У 1899. год. **Бранич** излази првих шест месеци редовно као полугодишњи часопис под уредништвом Милана Ст. Марковића. За другу половину исте године **Бранич** је уредио Др. Миленко Веснић. Као нови сарадници, између осталих, јављају се Др. Чедомир Митровић, Гојко Ст. Павловић и др. уз преводе дела проф. Чубинског, Пасквала дел Ђудиче и Жака Калиндеро.

У седмој својој години 1900. **Бранич** излази полумесечно, месечно или тромесечно под уредништвом Милана Ст. Марковића, Др. Миленка Веснића и Марка Трифковића. Уз старе сараднике који остају верни **Браничу**, јављају се нови: Др. Божа Марковић, Др. Влада Марковић, Др. М. Миљковић, Душан Николић, Лазар Поповић, Жив. М. Протић, Милош Станојевић, Драгић Солдатовић, Сава Шапчанин и др.

У 1901. год. **Бранич** излази као месечни часопис у редакцији Др. Миленка Р. Веснића, Марка Трифковића и Др. Мих. Полићевића. Садржи врло обилан материјал из пера старих сарадника и нових: Др. Косте Кумануди, Др. Вој. Маринковића и др. уз превод одличног дела Тенона.

Пошто **Бранич** није излазио у 1902. год., то се јавља у 1903. год. — деветој својој години — под уредништвом Добре С. Петковића уз уређивачки одбор од четири члана. Први број излази 1. маја 1903. год. Поред старих сарадника јављају се нови: Др. Драг. Аранђеловић, Б. М. Вучићевић, Чедо Марковић, Марко Стојановић, Милан Драговић и др.

У 1904. год. **Бранич** излази под истим уредништвом Добре С. Петковића уз веома значајну сарадњу како старих сарадника тако и нових: Мих. Јовановића, Др. Душана М. Суботића, Др. Андре Г. Живковића, М. М. Миљевића и др.

Исто тако 1905. год. под истим уредништвом Добре С. Петковића **Бранич** се благодарећи сарадњи својих старих сарадника веома добро уређује. Од нових сарадника јављају се: Анд. Шушкаловић, Богдан Јакшић, Душан Р.

излагање. То чини стога, што се те 1906. год. јавља нови часопис Архив за правне и друштвене науке као орган Правног факултета Београдског Универзитета, који наставља рад у истом смислу и правцу и са готово истим сарадницима са којима је **Бранич** учествовао у развоју правне свести код нас.

Кад је се 1887. год. **Бранич** појавио, наставио је рад онде где су стали дотадашњи часописи као: Правда, Говорница, Судски лист, Порота, Српски правник, Право и др. Ови правни листови смењивали су један другог, пошто су створили приличан број солидних правних теоретичара и практичара, тако да је **Бранич** наставио и продужио њихов рад са старим и новим сарадницима, ширећи правну свест у нашем народу и савесно оцењујући све појаве у правничкој и у судској струци, не заборављајући никада, да му је циљ да буде истинити

Трифунац, Живко Тадић, Илија Шуменковић, М. О. Доронтић, Мил. Лазаревић, Мил. Константиновић, Никола Станаревић, Тома Живановић, Чедо А. Костић, Др. Чедо Марковић и др.

Најзад, 1906. год. под уредништвом Добре С. Петковића и четири члана уређивачког одбора, **Бранич** завршава своје предратно излагање у својој дванаестој години излагања. Уз значајну сарадњу ранијих сарадника, јављају се нови: Александар Мијовић, Др. Александар Митровић, Б. Ив. Јакшић, Гојко Никетић, Драг. С. Илић, Јован Лончарић, Јован Мандил, Лазар Марковић и др.

Тек 1925. год. **Бранич** се поново појављује, као повремено лист за судску и административну праксу и као орган Удружења јавних правозаступника за Србију и Црну Гору. Први број излази 31. јануара 1925. год. на већем ревијалном формату под уредништвом Добре С. Петковића и три члана уређивачког одбора, који се доцније комплетира са још двојицом чланова. Сарадници су у овој години били: Др. Драгољуб Аранђеловић, Обрад Благојевић, Др. Видан О. Благојевић, Добривоје Д. Бранковић, Светислав В. Вуловић, Др. Владимир Гоља, Др. Фрања Горшић, Др. Данило Ј. Данић, Жив. Девечерски, Самуило С. Демајо, Др. Метод Доленц, Мих. Дојчиновић, Ђорђе Ђурић, Др. Тома Живановић, Михаило Златановић, Т. Илић, Др. Јанићије Јовановић, Михаило Јовановић, Др. Драгутин Јанковић, Др. Лазар М. Костић, Адам П. Лазаревић, Др. Станко Лапајне, Др. Божидар Марковић, Др. Велизар Митровић, Милан Марјановић, Бора С. Милојковић, Душан Миличић, Рад. М. Никодијевић, Боривоје А. Николић, Живојин М. Перић, Добривоје С. Петковић, Др. Рад. С. Поповић, Ненад Поповић, Љубомир В. Стефановић, Данило В. Стефановић, Драгић Н. Солдатовић, Др. Душан Суботић, Др. Драгутин Тончић, Др. Станко Франк, Александар Христић, Др. Јаков Челебоновић, Др. Арсен Чубински.

Бранич наставља своје излагање у 1926. год. под уредништвом Добре С. Петковића и са уређивачким одбором, прво од пет чланова, па затим од три члана, у истом већем ревијалном формату. Сарадници су му раније још и: Сима Д. Алкалај, Милорад Антоновић, Бора Атанацковић, Живко К. Живковић, Др. Драг. Б. Јовановић, Слободан Јовановић, Душан Ђ. Јовичић, Славко Марковић, Никола Д. Пахорук, Бора Л. Поповић, Реља З. Поповић, Мих. Стојановић, Др. Риналдо Чулић.

тумач и бранич правде и законитости. Он је око себе сакупио сву ондашњу правничку елиту, правнике који су своје скромне снаге ставили на расположење једном вишем идеалу на коме је и са којим је **Бранич** почео своју делатност у најширим нашим правничким круговима.

У исто време, као једино гласило на почетку, а затим заједно са Правником, Гласом права и администрације и другим правничким листовима и часописима, **Бранич** је послужио као школа у којој су млади правници, данас правничке величине, почели свој скроман али солидан рад на правној науци и развијању правне свести код нас. У школи **Бранича** они су научили да слободно и независно мисле и пишу и да својим списима служе једино највишем идеалу којим може бити задахнут један правник, а то је правди и истини. Јер, као што ни онда, тако ни

И у 1927. год. **Бранич** се уређује на исти начин под уредништвом Добре С. Петковића, Љубомира В. Стефановића и Др. Драгутина Јанковића, адв. из Београда. Главни уредник био је Љубомир В. Стефановић. Уз старе сараднике, јављају се нови: Јован Б. Авакумовић, Др. Миодраг Аћимовић, Др. Лујо Бакотић, Др. Александар Бадај, Војислав М. Вујанац, Љубомир А. Дабић, Аполон Еропкић, Милан Константиновић, Србислав Ковачевић, Витор Д. Крстић, Милан Р. Крчић, Васа М. Лазаревић, Славко А. Марковић, Др. Ернест Милер, Душан П. Мишић, Михаило Нинковић, Др. Милета Новаковић, Др. Никола Огорелица, Др. Иво Политео, Јован Поповић, Милорад Д. Поповић, Борђе К. Пупић, Др. Иван Рибар, Славољуб Сова, Васа М. Симић, Др. Јаков Стефанчић, Михаило Л. Стојадиновић, Др. Михаило Чубински, Др. Јосип Шиловић.

У 1928. год. **Бранич** се уређује на исти начин са истим уредницима и главним уредником. Уз старе сараднике јављају се нови: Тихомир Ивановић, Исак Ј. Леви, Алекса И. Матановић, Јован Б. Мијушковић, Илија Петровић, Атанасије Сотировић, А. Таубер, Гојко Терић, Гојко Тодоровић, Здравко Тодоровић, Боривоје Франтловић.

У 1929. год. **Бранич** се уређује на исти начин са редакционим одбором Добре С. Петковића и Љубомира В. Стефановића, адв. који је у исто време и уредник. Од нових сарадника, уз сарадњу старих јављају се: Милан Р. Аћимовић, Др. Милан Ф. Бартош, Богомир А. Богић, Милан Ж. Живадиновић, Драгослав Лазић, Др. Илија Јелић, Др. Миленко Милић, Боривоје Д. Петровић, Л. Таубер.

Са овом годином **Бранич** престаје излазити као орган Удружења јавних правозаступника за Србију и Црну Гору, јер у 1930. год., са оснивањем Београдске адвокатске коморе, постаје орган ове коморе. Излази у истом — већем ревијалном формату, под уређивањем редакционог одбора и уредништвом Обрада Благојевића председника Београдске адвокатске коморе. Од нових сарадника јављају се: Драгољуб Бранковић, Др. Радоје Вукчевић, Стојан Јовановић, Драгутин Н. Ристић, Трајко Стаменковић, Рад. Стојиловић, Др. Марко С. Супић.

У 1931. год. **Бранич** се враћа обичном ревијалном формату. Уређује га

данас, **Бранич** није служио и не служи ничијим другим интересима сем интересима права и правде, којим адвокати и адвокатски ред теже и мора да теже, те тако, штитећи ове високе идеале, штити у исто време и адвокатски ред, уз заштиту његових професионалних интереса.

Стога није никакво чудо што међу сарадницима **Бранича** и пре и после рата видимо наша најкрупнија правничка имена, наше правничке великане, који никад нису заборавили, да су

редакциони одбор а уредник је Обрад Благојевић, претседник Београдске адвокатске коморе. Од нових сарадника јављају се: Трајко Антонијевић, Миливоје Вељовић, Драгомир Ивковић, Радован Јеленић, Др. Милан Марковић, Саво Мићковић, Јб. Остојић, Др. Душан Пелеш, Витомир Петровић, Будимир Плакаловић, Бора Н. Поповић, Илија Пржић, Томаш Пуљевић, Владимир Симић, Д. Станковић, Рад. Станковић, Др. Борђе Тасић, Др. Фердо Чулиновић, Живко Шалом, Новица Шаулић.

На исти начин и под истим уредништвом уређује се **Бранич** у 1932. год. до новембра 1932. год., када постаје уредник Др. Драгутин Јанковић, нови претседник Београдске адвокатске коморе. Уз старе сараднике јављају се нови: Душан Банић, Теодор Богатинчевић, Д. Д. Бранковић, Тихомир Васиљевић, Никола Витановић, Винко Влатковић, Петар Д. Вучковић, Никола Гајић, Александар Давинић, Јагош Драшковић, Момчило Жанић, Радивоје Јовановић, Родољуб Конић, Радомир Милаћ, Милорад Николић, Бошко Перић, Нинко Петровић, Др. Ђура Поповић, Јевта Поповић, Љубомир Радовановић, Сергије Раствоцев, Милосав Смиљанић, Димитрије Станковић, Миодраг Стојановић, Станко Трифуновић, Филип Ћосић, Милан Полић

У 1933. год. **Бранич** се уређује на исти начин, под уредништвом Др. Драгутина Јанковића, претседника Београдске адвокатске коморе и у редакцији редакционог одбора. Уз старе сараднике јављају се нови: Мирко Авакумовић, Миша Бенвенисти, Арсен Боремовић, Миленко Дивац, Илија Грљевић, Братислав Ђелашевић, Бора Јанковић, Јован Јовић, Душан Јовичић, Александар Кнежевић, Богдан Мајсторовић, Рад. Марковић, Милорад Милић, Бранислав Милојевић, Љубомир Милојковић, Јаков М. Михаиловић, Владимир Ж. Мишић, Б. Остојић, Сава П. Павловић, Иван Петковић, Вит. Петровић, Мил. В. Симић, Јован Смиљанић, Бран. А. Стојковић, Ђура Суботић, Владимир Тимошкин, Славко Црнојачки.

У 1934. год. **Бранич** се уређује под уредништвом Др. Драгутина Јанковића, претседника Београдске адвокатске коморе и редакционог одбора, у нешто измењеној техничкој опреми с погледом на нове потребе настале ступањем на снагу новог грађанског парничког поступка, а уз сарадњу старих и нових сарадника: Леона А. Амара, Др. Михаила Вуковића, Драг. Кнежевића, Др. Лазара Марковића. У времену када пишем овај чланак — половина марта — у овој 1934. год. изашла су два броја **Бранича**.

Бранич је излазио после рата као месечни часопис у главном, иако је у неколико махова излазио било двомесечно било вишемесечно, поклањајући нарочиту пажњу судској и административној пракси, уз преглед законодавства и објављивање расправа и чланака из свију области права, претежно приватног и кривичног.

прошли кроз школу **Бранича** и да треба да одржавају **Бранич** на високом научном и моралном нивоу, што чине својом сарадњом која ни данас није престала. Тако, прелиставајући свеске **Бранича** наилазимо на прве радове г. г. Слободана Јовановића, Живојина Перића, Др. Лазе Марковића, Др. Адама Лазаревића и многих других, уз њихову редовну сарадњу и данас.

Да би јаче истакли велику делатност неколико сарадника предатног и поратног **Бранича**, ми ћемо се задржати на набрајању њихових радова, необично важних за развој наше правне науке и то међу предатним:

Јован Ђ. Авакумовић: Крађа (**Бранич**, 1887.).

Гига Гершић: Критичке напомене уз опредељаје нашега грађанскога законика о стварима (1887.); Дакле још мало обавештења о § 191. грађанског законика (1887.).

Ђорђе А. Ђорђевић: Српским правницима (1887.); О објављивању уговора трговачких друштава и о последицама неиспуњења прописа о обзнани (1887.); О последицама необјављивања извода из уговора о ортаклуку (1887.); О ванбрачној деци (1906.).

Ђорђе Б. Несторовић: Теорија и практика или разумевање § 92. трговачког законика (1888.); Стриц и синовица (1899.); Докле има места позивању у заштиту (1905.); Притвор дужника (1905.); Обустава (1905.).

Панта Ј. Савић: Једно питање из права о непокретној залози (1887.); Ради обавештења о § 191. грађ. зак. (1887.); О почетку доказа написано (1887.); Још једном о § 191. (1887.); О уређењу судова у Србији (1887. и 1888.).

Стеван Максимовић: Да ли су побуде извршне пресуде доказ у другом спору? (1887.); Објашњење тачке 10. § 337. зак. грађ. о службености на светлост (1887.); Тумачење једне судске пресуде (1887.); Развитак званичне статистике (1887.); О бранитељској награди (1888.); О значењу § 156а. кривичног поступка (1889.); О накнади штете невино осуђених (1889.); О уговорној-конвенционалној казни или накнади (1889.); Да ли објављен фидеикомис може бити од штете за права трећег (1889.); Да ли је оправдавна тужба § 386. грађ. поступка правно могућна у свима случајевима обезбеђења (1889.); О судовима и суђењу у Србији пре писаних закона (1898.); Да ли презадуженик има право на

вођење парнице у погледу стечајног имања (1898.); Сусед има право на службеност ради оправке свога имања, ако то не може друкче бити (1899.); Касациони суд и унука у питању наслеђа дедовине (1901.); Један приложак к објашњењу § 399. грађ. законика (1901.); Да ли се благодетење у пет дана земље (§ 471. грађ. пост.) простире на децу дужнога земљоделца без обзира на њихово доба (1901.); Из страног правосуђа — опорука је пуноважна ако наследник и није наведен у њој својим именом и презименом, али је међутим тако означен, да га сваки трећи може одмах и лако упознати (1901.); Из страног правосуђа (1901.); По §-у 28. стецишног закона за све несвршене парнице противу презадуженика, којима се што од имања њиховог тражи, надлежан је стецишни суд, а исто тако надлежан је и за разматрање жалбе на пресуду избраног суда, који је по тим парницама састављен (1901.); Касационе судије одговорне су кривично и грађански за своје незаконите поступке (1901.); Грађа за правну историју (1901.); Две одлуке (1901.); Библиографија правничких дела и часописа (1905.).

Др. Миленко Р. Веснић: Да ли пијанство искључује осуду? (1887.); Нов пројекат казненог законика у Италији (1887.); Важност Међународног приватног права и потреба његовог изучавања (1889.); „Јустинијанови закони“ и старо српско право (1889.); Измене и допуне Општег имовинског законика за Црну Гору (1898.); Ђердапске таксе и Међународно право (1900. и 1901.); Имовински законик за Црну Гору у новим преводима (1901.); Валтазар Богишић (1905.).

Андра Ђорђевић: О одржају или застарелости као начину прибављања својине (1888. и 1889.); Заштита државине ствари (1897.); Наследно право (1903. и 1904.); Сусвојина (сувлаштина) или смесништво (1906.); Законска ограничења вршења права својине и законске обавезе сопственика (1906.).

Мата Радосављевић: Баштина и својина (1888.);

Милан С. Пироћанац: О избраном суђењу (1897.); Суштина и значај правне државине (1898.).

Др. Мих. С. Полићевећ: О упутници по наредби (1897.); Оснивачки удели код акционарских друштава (1898.); О меничном покрићу (1898.); О акционарским друштвима по нашем закону (1898.); О вредностима у роби (1898.); О акционарским друштвима

(1901.); Наша професија (1901.); О објављивању или прештампавању лажних или измишљених гласова као и објављивање или прештампавање лажних или лажно неке приписиваних документа — члан 24. закона о штампи од 18. децембра 1901. (1901.); Уништај исправе на доносиоца (1906.).

Слободан Јовановић: О суверености (Уводно предавање из Државног права) (1897.); Историја дводомног система у Енглеској и у Француској (1899.); Теорија о подели законодавне власти (1899.); Односи између два дома (1899.); Организација Горњег дома (1899.); Питање о Горњем дому код нас (1899.); Велика Народна скупштина (студија о уставној власти) (1900.); Образовање Народне скупштине (расправа из Српског уставног права) (1901.).

Живојин М. Перић: Сукоб закона у Међународном приватном праву (1897.); Границе судске власти (1898.); О судској независности (приступно предавање из теорије грађ. суд. поступка) (1899.); О правном карактеру удовичког ужитка (1904.); О народности у српском законодавству (1905.); О правном положају Босанаца и Херцеговаца у страним државама (1905.).

Марко Трифковић: Служитељи и благодетељање из тачке 4а. § 471. грађ. суд. пост. (1899.)

Др. Драгољуб Аранђеловић: О надлежности суда за спорове који потичу из уговора о давању и употреби електричне струје (1899.); Законско заложно право давалаца под кирију и закуп (1903.); Реформе Немачког казненог законика (1903.); О измени нашег грађанског законика (1904.); О оштећењу преко половине код теретних уговора (1905.).

Валтазар Богишић: И опет о стручним изразима у законима (1900.); О сабирању правних обичаја (1901.).

Арон Нинчић: Осми међународни конгрес за Кривично право (1900.).

Сава Шапчанин: О праву стецишних поверилаца да се наплаћује из наслеђа дужникова (1900.).

Др. Душан Суботић: Талон са купонима може независно од акције у ужем смислу постојати (1904.); О утаји (1905.); О кривоклетству и лажном сведочењу (1906.).

Др. Лазар Марковић: О обавези продавца да гарантује за каквоћу ствари (1906.); Фабрички и трговачки жигови (1906.); О меничном јемству (1906.); О налазачу изгубљених ствари (1906.).

Сем тога, **Бранич** је доносио преводе дела најчувенијих правних писаца из онога доба, између осталих наводимо:

Др. А. Дибуисон: Развиће мишљења о урачунљивости (1888.). — Н. Звјеров: Енциклопедија права у реду правних наука (1889.). — Фистел де Куланж: О организацији правосуђа (1889.). — Херберт Спенсер: Конституција државе (1897.). — Чубински: Општа карактеристика нових школа у Кривичном праву (1899.). — Жан Калиндеро: Римско муниципално уређење (1899.). — Фридрих Паул: О идентифирању (1900.). — А. Ролен: Лични статус у Кривичном праву (1900.). — Др. Густав Ашафенбург: Пијанство и злочин (1900.). — Морис де Флери: Идеја о одговорности (1900.). — Ансел Вакар: Мафија (1901.). — Лукијан Трепо: О условној осуди (1901.). — Рихард Хилдебранд: О проблему опште историје развића права и обичаја (1901.). — Л. Тенон: Развиће права и друштвена свест (1901.). — Др. Ђорђе Јелинек: Право мањине (1901.). — Др. Карло Штос: Дух модерног казненог законодавства (1903.). — Алберт Лавалс: Идеја о праву (1903.). — М. Г. Тард: Закон о условној осуди (1903.). — Др. Лудвик Гумпловиц: Шта је право? (1903.). — Др. Јосиф Унгер: О корпорацијама (1903.). О ревизији Општег грађанског законика (1904.). — Др. Рудолф Полак: Реформа стечајног права (1903.). — Др. Франц фон Лист: Злочинство као социјално-патолошка појава (1904.). Кривично право и психологија (1904.). — Др. Август Фингер: Кривична страна злочинства (1904.). — В. Д. Спасовић: Нове школе у Кривичном праву, Италијанска антрополошка позитивна школа (1904.). — Алфред Хујве: О трговачкој надлежности (1904.). Трговачки судови (1905.). — А. Вах: Криминалистичке школе и реформа Кривичног права (1904.). — Емил Фаге: О судској слободи (1904.). — Др. Карло Либлинг: Насилно изнуђавање (1904.). — Н. Д. Сергејевски: Кривично право (1905.). — Др. Лудвик Гумпловиц: Својина као социјална чињеница (1905.). — Др. Јосиф Колер: Правна философија двадесетог века (1905.). — Рудолф Јеринг: Право окупације ствари без господара (1905.). — Митермајер: О разлици између свршеног кривичног дела и о степену покушаја (1906.). — Др. Јосиф Лајмбергер: Појам правичности у казненом праву

(1906.). — Др. Алберт Бернер: Немачко казно право (1906.).
— Др. Густав Шварц: Правна теорија о опструкцији (1906.).
— Вареј Солијер: Дефиниција и правни појам својине (1906.).
— Г. Фереро: Прошлост и будућност браколомства (1906.).

Кад је **Бранич** покренут после рата 1925. год., окупио је око себе много нових сарадника, док му је неколико најугледнијих ранијих сарадника од пре рата, остало и даље верно. Тако на првим странама **Бранича** срећемо се са радовима следећих правних писаца предратних сарадника **Бранича**:

Живојин М. Перић: Преклузивни рок и рок застарелости, у сарадњи са Др. Драгољубом Аранђеловићем (1925.), Породично задружно право у Црној Гори (1925.), О праву задржања (*Jus retentionis*) (1926.), Очинска и старатељска власт (једно упоређење) (1928.), Метод В. Богишића код израде Имовинског законика за Црну Гору (1931.), О обичајном праву у нашој држави (1932.), Међународно обичајно (неписано) право (1932.), Порога (1933.).

Др. Драгољуб Аранђеловић: Преклузивни рок и рок застарелости у сарадњи са г. Живојином М. Перићем (1925.), Доказ саслушањем странака (1925.), Да ли треба у грађанским парницама неограничено допуштати доказ сведоцима (1925.), О праву опције у приватном праву (1927.), Спор маџарских оптаната са Румунијом (1928.).

Слободан Јовановић: О члану 79. Устава (1926.), Оптужба министара и закључење Скупштине (1927.).

Др. Душан Суботић: Анкета о смртној казни (1927.).

Од нових сарадника, због малог простора, навешћемо радове следећих правних писаца:

Др. Милета Новаковић: Накнада штете у међународном суђењу (1926.), Друштво народа као посредник (1927.), Француско турски спор пред Сталним међународним судом (1928.), Папска држава (1929.).

Др. Метод Доленц: Социјално политичке идеје из иностраног криминално-правног законодавства (1927.), Анкета о смртној казни (1927.).

Др. Драгослав Б. Јовановић: Узајамно потискивање закона (1926.); Промена Устава и законодавства (1927.), Застарелост рачуна пред Главном контролом (1928.), Законодавни поступак (1930.).

Др. Иво Политео: Анкета о смртној казни (1927.).

Др. Данило Ј. Данић: Пројект закона о општинама (1926.), Одредбе о уредбама у Видовданском Уставу (1927.), О разумевању члана 42. и 43. закона о Државном савету и управним судовима (1927.), Једна неправилна и незаконита пракса Главне контроле (1927.), Омашке при вотирању закона (1927.), Још нешто о уредбама по Видовданском Уставу (1928.), О социјалним и моралним основима Југословенског кривичног законика (1931.), Неколико спорних случајева из досадашње судске праксе у примени новог кривичног поступка (1931.).

Др. Лазар М. Костић: О рангу чиновника по новом закону (1925.), Значење речи „Указ“ у закону о Државном савету (1927.), Изборне власти (1928.), Ранг министара (1930.), Позивање на законске прописе (1930.).

Др. Адам Лазаревић: Судски казни регистар (1925.), О истраживању очинства (1928.), Неколико општих опаски на нов кривични судски поступак у пракси (1931.), О проглашењу за расипника (1931.), Критичан моменат у изједначењу законодавства (1931.), Неколико спорних питања о предметима обезбеђења (1931.), Награда адвоката као браниоца пупилне масе (1932.), Примена закона о побијању правних дела изван стечаја по предметима преноса непокретног имања (1932.), Тумачење § 49. грађ. суд. пост. у вези са законодавном променом стварне надлежности судова (1933.), Појам и значај државине у смислу § 466. грађ. суд. пост. (1933.).

Др. Радоје Вукчевић: Нужна одбрана (1930.), Судије и адвокати на послу истраживања правде (1930.), Бранилац не-адвокат (1930.), Корекционализација казне из § 71. крив. зак. (1930.), Један сат међу немачким адвокатима (1931.), Елементи задруге и кућне заједнице (1931.), Условна осуда за кривце из закона о штампи (1931.), Ко је надлежан за штампарске кривце: веће или три судије или судија појединац окружног суда? (1931.), Дом лордова и Доњи дом Велике Британије (1931.), За-

конодавна власт Северо-Америчке Уније (1931.), Из Јапанског Устава (доношење устава) (1932.), Права приватног учесника на главном претресу (1932.), Рајхстаг и Рајхсрат у Вајмарском Уставу (1932.), Тортура — незаконито средство истраге (1933.), Обезбеђење у страниј монети (1933.), Улога адвоката по грађанском парничном поступку (1933.).

1934. година обележава двадесет другу годину излажења **Бранича**. С погледом на начин његовог уређивања од 1925. год. па до наших дана, у праву смо да тврдимо, да је **Бранич** одржао светлу предратну традицију и по квалитету својих сарадника и њихових радова и по апсолутној слободи, у колико није противна постојећим законима, остављеној сарадницима при излагању мисли у својим радовима.

Сем тога, у погледу документације и развоја наше правне мисли и пре и после рата, **Бранич** је одличан путоказ свима онима које интересује како су се развијали крупни правници, који су и у правној науци и у држави заузимали прва места. Тако је **Бранич** у 1899. год. под уредништвом д-ра Миленка Веснића објавио готово стенографисане извештаје са Преког суда по атентату на Краља Милана, са законом о Преком суду и проглашењем ванредног стања у Београду и округу Подунавском, уз тужбу државног тужиоца и одбрану како окривљених тако и њихових бранилаца и са пресудом Преког суда. На тај начин, **Бранич** је сачувао од заборава једну од тамних слика из наше недавне прошлости, што је било неопходно потребно нарочито за наше млађе правничке нараштаје, а што је престављало приличну кураж с погледом на време објављивања овога извештаја. Исто тако, **Бранич** је 1901. год. објавио Устав од 1901. год. уз Прокламацију Народу Српском од 6. априла 1901. год. Краља Александра Обреновића.

После рата **Бранич** је 1925. год. посветио свој 7. и 8. број за јули и август Првом Конгресу југословенских правника и оштампао све реферате, кореферате и резолуције спремљене за тај Конгрес, чиме је у многоме допринео, да се овај Конгрес одржи и добије онај значај који су му с правом придавали сви наши правници.

У 1927. год. **Бранич** је приредио анкету О смртној казни и тако сакупио мишљења наших најугледнијих правника о нужности и о начину извршења смртне казне.

Поред тога, **Бранич** је дао места свакоме правнику да слободно пише о сваком питању које интересује правни и др-

жавни живот наш, те је тако посредно утицао на развој правне свести код нас, будући будан посматрач и критичар свега онога што је везано за наш правни и државни живот.

С тога **Бранич**, као орган Београдске адвокатске коморе а раније као орган Удружења јавних правозаступника за Србију и Црну Гору, заслужује, да се о њему са похвалом пише, како би у исто време послужио као пример свима другим часописима које интересује развој правног и државног живота код нас. У исто време, у Споменици г. Др. Ивана Мауровића, проф. Правног факултета Загребачког Универзитета, којој је овај чланак намењен, потребно је истаћи значајан рад српских правника на развоју правне свести и државног живота у Србији и Југославији, кад је опште познато колики велики значај има г. Др. Мауровић за развој права и правне свести у хрватском делу нашег народа. Тако се добија једна општа слика о томе, како се једино мора радити, па да се остави светао траг за собом, да би се млађе генерације, у школи **Бранича** и оних генерација којима је припадао г. Др. Мауровић са генерацијама које су кроз **Бранич** прошле, научиле, како се ради за добро народа и државе, кроз солидну спремност и високе идеале.

Овај мој прилог г. Др. Мауровићу нема у истини никакву другу сврху до ову.

Изједначење грађанског права у Румунији*)

од

д-ра Драгољуба Аранђеловића,
професора Правног факултета београдског Универзитета
Београд

И Румунија, као и наша држава, нашла се после светскога рата пред решењем значајнога задатка: како ће да изједначи грађанско право на својој државној територији. Јер на њој су у важности разни закони из ове правне области: у старој Краљевини Румунији и у Бесарабији у важности је француски грађански законик, у Буковини и Трансилванији аустријски грађански законик од 1811 године, новеле к овом закону од 1914—1916, специјални закони и маџарско обичајно право, најзад у извесним деловима Добруце муслиманско становништво живи под специјалним законима и обичајима, који често допуштају у области породичног права установе најпротивречније модерном правном схватању.

Наравно да ова разноликост својим трајањем шкоди народном јединству. Политичко јединство народа захтева и јединство закона. То нарочито вреди за приватно право, које је толико везано за свакидашњи живот народа. Зато се је у Румунији, као и код нас, одмах по закључењу уговора о миру, настојавало да

*) Један од највреднијих и најутицајнијих радника на изради новог грађанског законика за Краљевину Југославију јесте господин д-р И. Мауровић. Мислим да ћу приказом рада на новом грађанском закону за нама блиску и савезничку Краљевину Румунију у овој споменици, издатој поводом шездесетогодишњице господина д-ра Мауровића, бар унеколико дати израза симпатијама и уважењу, које и ја лично и многобројни други правници гаје према личности и научном раду господина д-ра Мауровића. Рад на новом румунском грађанском закону интересоваће нас, утолико више, што и Румунија на овом пољу има да савлада исте тешкоће, које и за нас постоје, а затим и због тога, што је и румунски народ, за који има да важи нови грађански законик, скоро у истим животним приликама као и наш, те упућује на слична законодавна решења. Предпројекат румунског грађанског законика публикован је, на жалост, само на румунском, мени непознатом језику. Зато сам се у овом приказу румунског законодавног рада послужио темељном расправом г. Александра С. Ангелеска, професора на правном факултету у Орадеи, која је публикована под натписом. *Avant-projet de Code Civil roumain* у часопису *Bulletin mensuel de la Société de législation comparée*, бр. 1—3 1933 године.

се дође до изједначења закона. То су тражили и конгреси правника, професори универзитета, адвокатске коморе и судови, то је изражено и у румунском Уставу од 1923 године.

Скоро једнодушно истиче се у Румунији идеја, да се за основу изједначења узме грађански законик за стару Краљевину Румунију. Овај законик омиљен је у Румунији због свога практичнога духа, због своје јасноће, због својих широких формула генералнога карактера, које допуштају јуриспруденцији и доктрини да омогуће еволуцију законскога текста са потребама живота; тиме је он омогућио развијање јуриспруденције и докрине, које често иду испред живота и дају му национално обележје.

Али ма какве да су биле користи од овога законодавства, ипак се морало признати да је Наполеонов законик у више установа био надмашен доцнијим законодавством. Заштита деце, организација туторства, способност удате жене, савременије су регулисани немачким законима. Систем, који у погледу ових материја постоји у новим румунским областима, у многоме је бољи од онога у румунском грађанском законуку. Зато се нови румунски законик мора тиме инспирисати. И одиста не би се могла замислити једна нова кодификација, која не би усвојила последња правна новачења у нашој материји. Али, наравно, све то претпоставља један спорији рад на изједначењу.

Отуда се онда појавила једна тешкоћа: требало је одлучити да ли изједначење треба прво да се изведе провизорно, проширењем законика старе Краљевине на нове области, остављајући будућности да изради лагано и савршено нове законике, или пак да ли сама идеја ревизије, изражена у Уставу румунском, садржи у себи — да би се обезбедило изједначење — потребу да се модификују стари законици, да би се водило рачуна о установама, по каткад савршенијим, које постоје у новим покрајинама. О томе се много дискутовало,

Усвојено је најзад гледиште да треба обезбедити изједначење генералном ревизијом румунских кодекса, јер ће само она, мисли се, омогућити да се разне потребе појединих покрајина румунских задовоље. Наравно одлучено је да се за основу законодавног рада узме румунски грађански законик јер он је више но ма који други дубоко срастао са румунским народним животом; он ће служити као модел за нову кодификацију, али ће се избегавати и сувише сервилно копирање. У више погледа треба водити рачуна о правним ситуацијама, које постоје у новостеченим областима, о новинама усвојеним од модерне јуриспруденције.

У том погледу претпројекат румунског Законодавног Савета¹⁾ пружа велике користи. Он је водио рачуна о прошлости, одржавајући постојеће позитивно право тамо где се потреба за новачењем није приказивала као апсолутно потребна; проширен је само смисао легалне формуле, дајући старом тексту сасвим ново схватање. У исто време покушало се са новачењем, усвајајући правне установе, које постоје у Трансилванији и Буковини, у мери, у којој су оне биле боље него у старом кодексу и уколико су усвојене у модерном грађанском законодавству.

Дело традиције, прожето међутим захтевима модерне правне мисли, претпројекат даје пространо место прогресу извршеном у иностранству, али, примењујући га у материји о личностима и о породици, он је усвојио овај прогрес само у мери, у којој је он у складу са правним животом народа, за који је израђен. Отуда имамо пројекат закона као једну хармоничну целину са лепим одликама у погледу материје и форме.

II

Главне тенденције претпројекта румунског законика јесу:

Он усваја поново начела слободе и једнакости, која постоје у свима модерним грађанским законикима, и то прво са гледишта вршења права. Тако се у претпројекту налази класична разлика између уживања и вршења права: „Сваком лицу припада у начелу уживање грађанских права, ако закон о томе не наређује друкчије“ (члан 2). Кад се ради о вршењу права треба разликовати према свести, више или мање јасној, коју једно лице може имати о својим делима: док пунолетном лицу или ономе, које се сматра за такво, (члан 7, 8) припада потпуно вршење свога права, није тако у погледу лица, која њихово доба узраста и стање здравља чине неспособним за правни живот. Закон прави разлику између малолетника млађих од 14 година, лица под туторством и малолетника изнад 14 година, лица под старатељством (куратором). За прве прописује потпуну неспособност (члан 2) а за друге ограничену способност.

Примена начела слободе врло је пространа: не само што закон, да би утврдио вредност једног уговора, води рачуна о стварној вољи странака, него, дајући принципу *locus regit actum* факултативни карактер, признајући странкама право да оне саме

¹⁾ претпројекат румунског грађанског законика (под натписом *Ante-proiectul Codului civil. Consiliul legislativ, vol. I 1932.*) поднео је министар правде г. Михаило Поповић румунском парламенту 20 фебруара 1933.

бирају правило, које ће владати условима и дејством правног посла, у многоне олакшава њихне правне односе.²⁾

Свако дакле лице има у принципу потпуну слободу за вршење својих права, наравно под претпоставком да је оно свесно онога што чини; претпројекат чак изречно каже да „закон штити личност човекову у њеној индивидуалној слободи“ (члан 10).

Прва чињеница, која потиче из претпројекта, јесте пуна слободе, призната странкама у вршењу њихних права. Наравно ова слобода ограничена је законима јавног поретка и благонравља (члан VII); злоупотреба у вршењу права треба да се спречи (члан X), али то потиче из самих услова социјалног живота. Претпројекат није заборавио социјални значај кад наређује: „Онај који има једно право дужан је да га врши поштено (*de bonne foi*) и саобразно циљу, у погледу којег је право признато“. Тиме се он приближава модерним законодавствима.

Исто је тако и у погледу права признатих странцима и правним лицима.

Тако пројекат ствара један врло либералан систем у погледу странаца (као и румунски грађ. зак.): њихово грађанско стање, способност, породични односи, управљају се националним законом; они задржавају раније стечена права, под претпоставком, да она нису у супротности са јавним поретком и благонрављем румунским; најзад они добијају право да имају домицил у Румунији (члан XIV). Тиме се завршавају многобројне контроверзе у тој материји и обезбеђује се једној категорији странаца, онима који су без завичаја (*heimatlos*), могућност да се на њих примењује један специјални закон, закон домицила.

У погледу правних лица законодавац разликује: лица јавног права, друштва (*association*) или задужбине (*fondation*), грађанска друштва (*société civil*); док законодавна власт (члан 29) или судска (члан 31) има да интервенише у стварању првих, грађанска друштва стичу личност простим уписом у јавни регистар (члан 30). Мотиви истичу, да је циљ, који ова друштва желе да постигну, пре свега економски и да због тога она не претстављају

²⁾ ништавост једне клаузуле повлачи у принципу ништавост целога правног посла. И одиста треба претпоставити да су странке хтеле потчинити важност правног посла постојању свију његових конститутивних елемената. Међутим, у супротности према старом грађ. законнику, а сходно § 139 немачког грађ. законика, члан IX претпројекта прописује да ништавост једне клаузуле не повлачи за собом ништавост правног посла, када се покаже да је таква била воља странака.

никакву опасност за јавни поредак; отуда пуна слобода у овој материји.

Водећи рачуна о све већем значају задужбина за модерни правни живот, предпројекат допушта њихово оснивање пословима међу живим или тестаментом (члан 83). У погледу поклона или легата задужбинама, које ће се тек основати, члан 30 даје ретроактивно дејство признању личности у погледу способности стицања добротиним правним послом. Тиме се обезбеђује пуна слобода оснивању задужбина путем тестамена и омогућава важност многобројним добротинствима инспирисаним дубоко моралним осећајима.

Правним лицима признаје се не само уживање свију њихових грађанских права, осим оних која су по њиховој природи призната само физичким лицима, него је и сама њихова личност заштићена у њеним разним елементима. Тако законодавац асимилира, у погледу заштите и вршења њихових права, правна лица физичким лицима (члан 32, 47). „Инострана правна лица, основана сходно своје националном закону, моћи ће вршити у Румунији права, која су румунским законима призната иностранцима“ (члан 47).

Ову исту слободу видимо у погледу услова потребних за допуштање једном иностраном друштву (*société*) да функционише у Румунији: овде се прави разлика између грађанских друштава (*sociétés civiles*) (члан 50), асоцијација (члан 51) и задужбина (*fondations*); док прва могу с пуним правом функционисати, без икаквог претходног одобрења, њиховим простим уписом у регистар, другима је потребно, поред овог уписа, овлашћење Краљевским декретом, донесеним на основу одлуке Министарског савета.

Дајући правним лицима сва права; допуштајући иностраним правним лицима, да могу имати домицил у Румунији, предпројекат је покушао, да се избегну злоупотребе, да утврди јасним начином границе њихове одговорности: правна лица, јавна и приватна, одговорна су за своје органе у границама овлашћења, која су им дата (члан 39, 43).

Предпројекат је довео у сагласност индивидуални карактер грађанског законика са социјалним потребама живота. То се показује и у материји породице. Породица, како је схвата румунски предпројекат, заснована је на свесној слободи оба супруга. Истина у породици, заснованој браком, муж и даље има управу, али његова је власт у многоне умањена, како у односу према жени тако и у односу према деци. Идеја неспособности

удате жене искључена је из предпројекта. Позивајући се на „дејства брака“, законодавац прописује узајамне обавезе, синалагматичне, између супруга (члан 155 и сл.). Жена задржава сву своју способност. Она може вршити професије без икаквог претходног одобрења мужа.¹⁾ Њено одобрење довољно је за брак њене деце (члан 99). Муж има право избора домицила (члан 156).

На место очинске власти (*patria potestas*) појављује се нова власт, доста смањена, а која је дата родитељима да је врше заједнички; овде имамо једну праву социјалну функцију, коју врше родитељи у интересу деце и то било да се ради о личности детета било о његовој имовини. Истина задржано је име „очинска власт“; њој подлежи дете до свога пунолетства (члан 265); родитељи задржавају права у погледу дечје религије, васпитања, занимања; они још могу вршити своју власт кажњавања у циљу поправке. Али престаје право на затварање детета; оно се може, кад наврши извесно доба узраста, обратити туторској власти (суду) с молбом, да ова промени начин његовог припремања за будући живот; оно тада може имати друго место бављења а не оно које је отац одредио, кад му то намећу околности.

Тако дакле меша се и држава у породични живот. Туторска власт меша се не само да нареди довођење натраг детета, које је без разлога оставило очев домицил, него и онда, кад треба донети одлуку у случају неслагања родитеља (члан 266), замењујући ове другим лицем, било по захтеву самих родитеља (члан 70 став 2) било и против њихове воље. У члану 271 каже се изречно: „Ако је, услед поступања родитеља, у опасности физичко или интелектуално развиће деце, ако је дете морално запуштено, судска власт моћи ће га поверити другом лицу или којем добротворном заводу.“ Још више, предпројекат прописује губитак очинске власти кад је отац осуђен на извесне казне (члан 299) или кад својим начином живота доводи у опасност живот, здравље или васпитање своје деце (члан 300).

Читав један одељак посвећен је правима на дечјим добрима (члан 275 до 296). У начелу отац још задржава администрацију дечјих добара, али она може бити поверена матери,

¹⁾ Овде се г. Ангелеско, мислимо са разлогом, пита да није румунски законодавац у овом питању отишао предалеко и да неће отуда настати тешкоћа за породични живот. Јединство породичног живота захтева претходно одобрење мужа. Бојазан, да ће муж злоупотребити своје право, може се отклонити признајући жени право да од суда тражи одобрење, ако докаже потребу да врши неку професију.

ако брачни уговор тако одређује (члан 275). Поред оца и држава се меша у вршење ове администрације. Туторска власт стара се по захтеву оца да се састави инвентар у току од месец дана по отпочињању његове администрације; она интервенише у свима важнијим пословима, које ова изискује, и за које је потребно њено одобрење (члан 280).

Онај који врши администрацију треба то да чини као добар домаћин (члан 283). Истина он може да располаже постојећим расположивим износом новца, дајући личне и реалне гаранције, али га закон подвргава под многобројне прописе у погледу надзора и вршења туторства (члан 282). Све се више и више приближава очинска власт туторској власти; очева власт постаје тако социјална функција, подложна надзору државе, која га може те власти лишити у случају злоупотребе. У члану 284 каже се: „туторски суд може оцу одузети право администрације када су интереси детета у питању услед рђавог вођења полова, услед злоупотребе права уживања или услед очевог поновног ступања у брак“.

Туторство законско сродника укинато је у предпројекту; улога породичнога савета знатно је смањена, а што се тиче туторове улоге она је подвргнута општем надзору туторске власти. У исто време се гарантује индивидуална слобода малолетника, коме се од 14-те године признаје извесна права иницијативе у његовим најважнијим пословима. Државна интервенција за бољу заштиту индивидуалне слободе појављује се и у материји стављања лица под старатељство. Не само што јавна власт има много веће право иницијативе (члан 436) него провизорно затварање једног лица не сме се много продужити без интервенције суда (члан 437).

Принцип слободе манифестује се и у организацији својине, коју је усвојио предпројекат. Водећи рачуна о потребама производње, он је покушао да ослободи својину од многобројних терета, који јој смањују вредност и отежавају пренос; ово му се чинило у толико више потребно, што су ови терети често недовољни да задовоље интересе, које су позвани да испуне.

Тако је румунски предпројекат укинуо законску хипотеку удате жене у миразном режиму, као и ону коју су имали малолетници на добрима свога татора. Ове су се установе одавна сматрале као недовољне, кад муж нема непокретнина, те су, у извесним законцима (на пр. немач. грађ. зак.), биле замењене личним и реалним обезбеђењима. Тако је исто са

плодоуживањем надживелог супруга, које је замењено правом својине супруга, чија се величина одмерава према степену сродства оних, који долазе у конкурс са њим.

Овај режим слободе у предпројекту појављује се и код миразних добара, код добара неспособних лица. Може се одиста десити да интерес самих супруга или неспособних лица захтева уклањање многобројних формалности, које тражи румунски грађ. законик у погледу продаје њихових добара. То је на пр. случај код непокретнина мале вредности; трошкови лицитације надмашују често саму вредност непокретнина. Зато предпројекат допушта продају миразних непокретнина без формалности лицитације, кад је то у интересу кућне заједнице; довољна је интервенција турскога суда за овлашћење на продају по споразуму (члан 189 став 3). Исто је тако и у погледу деобе, у којој је заинтересован малолетник; и овде продаја путем лицитације непокретнине није потребна; довољна је интервенција судске власти. Најзад, сходно новим принципима, турско може продати по споразуму непокретнину малолетника на основу претходног овлашћења турскога суда.

Предпројекат је знао да доведе у склад ову слободу са заштитом интереса странака и трећих лица.

Водећи рачуна о увек променљивим потребама живота, предпројекат отстрањује принцип неизмењивости брачних уговора. Члан 162 прописује да „брачни уговор може бити модификован или раскинут за време трајање брака“. Ово је сасвим умесно, јер се ситуација супруга може изменити за време трајања брака; усвојени режим није онда више у сагласности с интересима странака. Међутим лако је схватити опасности, које може донети такав систем како према странкама тако и према трећима. Због тога предпројекат потчињава важност модификације значајнијих клаузула претходном испуњењу извесних формалности. Тако по члану 165 свака клаузула, одређена за чување имовине, може бити промењена само са претходним одобрењем турске власти. Полазећи с истога гледишта предпројекат потчињава важност брачних уговора и модификација њихових за време трајања брака састављању јавне исправе. Водећи рачуна о интересима трећих лица брачни уговори морају бити јавно објављени, о чему ће ближе прописе садржавати законик о грађанској процедури.

С погледом на те интересе трећих лица члан 438 наређује: „Пресуда о стављању под старатељство производи своја дејства тек од дана публикације у Службеним Новинама; у принципу она нема повратно дејство.“ Међутим ако је постављен привремени

администратор, пресуда, којом је изречено стављање под старатељство, производиће своја дејства од дана кад је постављање привременог администратора било публиковано у Службеним Новинама. У погледу укидања старатељства члан 488 прописује да дејства стављања под старатељство престају онога дана, када пресуда, донесена у овој материји, постане дефинитивна; међутим неће се моћи истаћи према трећем лицу, које је закључило уговор са турском, престанак права заступања, осим ако је то споменуто у регистру турскога или ако је треће лице то сазнало на други начин пре закључења. На тај начин сачувана су овим мерама публицитета права трећих лица.

Исто је тако и у материји држављанства. Предпројекат прописује: „Странац, који је неспособан или чија је способност ограничена, а који има свој домицил или своју редовну резиденцију у Румунији, или који у њој има непокретнина, не може истаћи своју неспособност лицима, са којима је закључио уговор у Румунији, осим ако је ту неспособност објавио сходно следећим прописима, или да је треће лице за њих сазнало на други који начин.“ Тај се систем усваја и у материји брачних уговора, које закључују странци. Ови се уговори могу истицати према трећима само по испуњењу формалности публицитета, које установљује предпројекат у овој материји (члан XXIX). Таква се наредба да лако разумети: странац одиста не може имати више права од држављанина румунског.

Значај, који предпројекат прописује економском фактору, показује се у многобројним материјама: потреба кредита навела га је да ограничи типове неспособности за правне послове, да подвргне једином правилу — личном статуту — право наследства страних држављана. Стабилност у пословима захтева да се избегава, у колико је год могућно, неважност правних послова неспособних лица, и да се допусти поништај једног уговора због једне неважне клаузуле у њему само онда, кад је утврђено да је ова била одлучујућа за правни посао. Ти исти разлози диктовали су проглашење несталог за умрлог. Усвајајући оно што постоји у Трансилванији, предпројекат допушта проглашење смрти судском пресудом. Члан 23 каже: „Последица овог проглашења је то, што се претпоставља, док се противно не докаже, смрт несталог на дан утврђен пресудом.“ Треће лице, које се позива на смрт несталог, мора бити савесно (de bonne foi), да није дотле знало да је нестали жив.

Ова савесност, поштење, има значајну улогу у предпројекту. Заштита трећих лица мерама публицитета, признање потреба

стабилитета, али у исто време и признање савесности као извора постања права, то су важне економске појаве, које произилазе из предпројекта. Тиме овај рад добија велику социјалну вредност, што ћемо видети говорећи о идеалним факторима. Држава интервенише у односе странака да помогне слабима, да спречи злоупотребе права.

Предпројекат, као и последња модерна законодавства, утврђује једнакост полова, поправља ситуацију деце, допуштајући интервенцију државе, да би се избегле злоупотребе. Он је ставио савесност као извор постојања права, он је допустио судији да угушује злоупотребе и да суди по правичности. И одиста у члану VI гл. I уводне главе наређује се: „Суд ће одлучивати по правичности (l'équité) увек кад закон оставља решење случаја његовој одлуци или га оптерећује да одлучи водећи рачуна о околностима или озбиљним разлозима“.

Оно што чини његову оригиналност јесте то што је знао помирити тенденције модерног живота са потребама индивидуалне слободе.

Законска породица остаје и даље битни услов напретка; брак, који јој служи за основу, приказује се као социјална институција, те предпројекат покушава да ограничи број узрока за развод брака. Он то хоће да постигне не само тиме што не допушта развод на основу узајамног споразума, него и истакнутом тежњом да формулише на ужи начин текстове, који одређују узроке за развод. Тако је место сувише широке формуле „тешке увреде“ стављен један много ужи текст. У члану 221 каже се да се тражи да је повреда брачне везе тако тешка, да заједнички живот постаје немогућ. Развод због душевне болести допуштен је само у случају хроничне болести.⁴⁾

На браку заснована породица појачана је у неку руку тиме, што сваки од супруга има право наследства и у стицају са децом. Али кад је брак трајао врло кратко време (мање од три године) право свакога супруга смањује се на трећину.

Кохезија у породици захтевала је да се тужба за порицање брачног патернитета призна само ограниченом броју лица и то само за кратко време. Тако се она допушта оцу и

⁴⁾ Ангелеску не слаже се са овим прописом, тражећи, у интересу будућих генерација, да се развод допусти без обзира на то да ли је болест хронична или није. Он тражи, даље, да се развод допусти увек кад се један од супруга налази у таквом стању, да постоји опасност за здравље другог супруга или за будуће потомство.

тутору, који треба да је подигну за три месеца откада су знали за рођење детета (члан 246). После очеве смрти његови наследници могу интервенисати само у лимитативно одређеним случајевима (члан 248).

Ако би се десило да је отац нестао, онда с обзиром на правичност допушта се детету, рођеном за триста дана после несталости, да побија тужбом патернитет свога тобожњег оца, тражећи за то овлашћење своје матере, која је позвана да чува интерес свога малолетног детета. Исти осећај правичности према детету не допушта да се побија његова законитост услед недостатка подношења акта о браку кад су његови родитељи нестали или стављени под старатељство.

Узајамни односи супруга знатно су модификовани. И ако отац задржава и даље извесну власт управе, ипак је он не сме злоупотребити, јер држава интервенише да надзирава његово вршење те власти. Администрација миразних добара припада, у принципу, мужу; његово одобрење је потребно за важност продаје покретних добара, јер он на њима има плодуживање. Али ако се његово одбијање одобрења показује као злоупотреба, турска власт може одобрити ову продају. Она има да води рачуна само о економском или моралном интересу, који продаја треба да задовољи. Мужевљева власт и овде није апсолутна. Она може бити вршена само у интересу породице.

Такав је систем сасвим логичан, али он није такав, кад су миразна добра непокретна. Жеља редактора да обезбеде једнакост супруга, као и бојазан од злоупотребе од стране мужа, допустили су жени да може отуђити своје непокретности без икакве интервенције мужа са одобрењем турског суда (чл. 189⁵⁾).

Сходно француском закону од 1924 предпројекат сматра као деликат напуштања породице кад је неко одбио за три месеца да испуни судском пресудом наложену му дужност плаћања издржавања своје супругу, својим претцима или потомцима (члан 43).

Предпројекат задржава генерални пропис о обавези издржавања између сродника (члан 364), али он ју је проширио, допуњајући грађански законик, који је предвиђа само између сродника у директној линији, и између браће и сестара. Ипак члан 365 каже: „Ко је пао у беду услед своје моралне погрешке може само тражити апсолутно нужно издржавање.“

⁵⁾ Ову одредбу критикује г. Ангелеску, за коју вели да је противна циљу, који она жели да задовољи.

Предпројекат олакшава закључење брака: сертификат о оглашењу (члан 117, 122) отклања могућност потајног венчања или ненадлежности чиновника, који је ненадлежан за склапање брака; малолетник се може венчати с одобрењем само једног родитеља; турски суд може интервенисати да замени одбијање од стране турса, најзад смрт првога супруга бигамнога супруга не допушта више развод његовог другог брака, кад је овај био савестан.

Неједнакост полова ишчезава; у извесним случајевима само закон даје првенство мужу, било што му даје право управе — апсолутно потребне у свакој асоцијацији⁶⁾ —, било тиме што му допушта да може бирати између разних закона, под које потпадају супрузи⁷⁾.

У погледу веридбе предпројекат допушта да може бити осуђен на накнаду штете онај, који ју је раскинуо или дао разлога другој странци да раскине веридбу.

Што се тиче ванбрачне деце, ванбрачном детету дају се према матери и сродницима њеним иста права, која би оно имало да је брачно. Предпројекат прописује иста доказна средства у оба случаја.

Односно очинства према оцу оно се утврђује било добровољно било судским путем. Укида се дакле пропис члана 307 румунског грађанског закона, који забрањује истраживање очинства. Тешкоће које се појављују у овој материји потичу од сукоба разних моралних интереса: с једне стране разлози моралне природе траже да се одржи јака породица, заснована на браку; они захтевају да природно дете има неповољнији положај. Међутим достојанство брака не треба да иде дотле да ванбрачно дете лиши права на тужбу; то би било противно духу хуманости, која треба да буде основица целе друштвене организације.

Редактори румунског предпројекта покушали су да помире ова два интереса, дајући тужбу за истраживање патернитета са потпуним дејствима — грађанскога стања — само у одређеним, лимитативно побројаним случајевима. Обично пак тужба производи много ограничења дејства; она даје ономе који ју је поднео право на издржавање. Овај систем, који је избегао да

⁶⁾ Овде г. Ангелеску примећује да се може жалити што редактори и сувише често жртвују ово право управе потреби једнакости супруга.

⁷⁾ Тако, ако је легални брачни режим свакога од супруга регулисан различитим законом, примењује се закон мужа у времену закључења брака.

усвоји сувише наглу еволуцију у нашој материји, сматра се као „најсавршенији тип модерних законодавстава“⁸⁾.

Има одиста случајева где се, услед околности, веза природног сродства приказује очигледно. На пример у случају силовања или отмице и кад се ови догађаји подударају са моментом затрудњења. Тада одиста никакав озбиљан разлог не може да спречава истраживање природнога очинства, а то је допустио и сам грађ. законик. Предпројекат допушта истраживање природног патернитета у свима случајевима где слична извесност потиче било из писама било из таквих догађаја као што је веридба или ноторни конкубинат родитеља у моменту затрудњења. Извесност, која отуда потиче у овим случајевима, таква је да нам се чини да би било потпуно неморално искључити тужбу за утврђивање патернитета и ослободити лице, за које се тврди да је отац, од сваке одговорности. Разлози хуманости као и друштвени интерес захтевају такође да се заведеној матери призна право на тужбу, која јој обезбеђује плаћање накнаде штете.

Систем усвојен од предпројекта потпуно је уместан; интерес детета које ће се родити захтева, да се на оца пренесе један део трошкова око порођаја. Ван ових случајева даје се суду, код којег је подигнута тужба за истраживање очинства, право да утврди износ издржавања, који ће отац плаћати као правичан принос за трошкове одржавања детета.

Интерес ванбрачне деце такође је очуван интервенцијом турскога суда; овај има праву улогу арбитра у пословима, који су од интереса по ванбрачно дете, чак и онда кад су га оба родитеља признала.

Међутим, желећи да утврди закониту породицу, предпројекат даје тужбу за истраживање патернитета једном ограниченом броју лица (члан 11, 316) и то у врло кратком року (члан 313 и сл.). Осим тога када, услед тужбе, буде утврђено ванбрачно очинство, положај ванбрачног детета није у свему изједначен са положајем брачног. Он се разликује не само у погледу наследног права⁹⁾ него и одсуством везе између ванбрачног детета и сродника очевих.

О моралном фактору води се рачуна и у првој глави предпројекта, у којој се говори о лицима. Саображавајући се по-

⁸⁾ R. Saleilles, La recherche de la paternité.

⁹⁾ Ванбрачно дете, долазећи у стицај са законитом децом, добија половину дела наследства, који би добило да је законито. Међутим ванбрачни отац има право да повећа — у мери квоте којом може располагати — део добара који закон додељује ванбрачном детету.

следњим модерним законодавствима, он у широким формулама признаје право физичким лицима (члан 10) и моралним (правним) — члан 36 — да штите своју личност. Грађанско право све више проширује поље своје примене; оно штити не само живот, здравље лица, него и његову индивидуалну слободу, његову част. Предпројекат је потврдио тиме читаву једну раније завршену еволуцију и приближио право моралу.

Тако је исто и у погледу чланова где он утврђује одговорност правних лица. Тако члан 39 став 2 прописује да је правно лице одговорно за дела, која учине његови органи, радећи у овом својству.

Сасвим нов значај идеалног фактора у предпројекту показује се и у члану X „Генералних наређења“. Ту се каже да „закон не штити злоупотребу права“. Пошто се овај члан налази у уводу, то и генерални карактер његове формуле довољно истиче велики значај социјалне стране права. Не само зла намера него и проста немарност може довести до поништаја једног посла због злоупотребе. Тиме је предпројекат напустио традицију немачког грађанског законика,¹⁰⁾ да би усвојио формулу сличну чл. 2 швајцарског грађ. законика.

III

П л а н. Редактори предпројекта увиђали су потребу за једним општим делом закона; њему су посветили велики број чланова (I до LXXIV) које су скупили под именом „titlul preliminar“. У њему се третира општа теорија закона; у својој првој глави он говори у „општим одредбама“ о примени права с погледом на време. Ту налазимо скуп правила о обавезној сили закона, о неповратној сили закона, о укидању закона: ту се износе овлашћења дата судији за случај празнина у закону (члан I) или кад му закон наређује да суди водећи рачуна о околностима члан VI).

Вредност правног посла посматрана је са двојног гледишта: субјективног и објективног; не води се рачуна само о савесности

¹⁰⁾ Систем немачки претпоставља не само један посао противан праву него и то да је онај, који је извршио тај посао, знао да је он противан праву; потреба ове намере показује се не само у § 226 него и у § 826 немачког грађ. зак. Г. Ангелеску пита се да неће такав пропис, у румунском предпројекту, ићи на руку арбитрарном поступању, допуштајући судији да се и сувише меша у сферу активности где треба да влада индивидуална слобода. Јасно се види какве опасности могу отуда настати. Стога изриче наду и жељу да нови законик нађе у примени један одличан судијски сталеж, који ће бити на висини широким овлашћења, која су му дата...

или несавесности оних који учествују у правном послу, него и о друштвеном интересу који правни посао има да задовољи. Закон не штити злоупотребу права а савесност ствара право кад је било обичне заблуде.

Желећи да буде потпун, редактори су у глави II општега дела под именом „Територијална примена закона“ изложили правила међународног приватног права, која се односе на сукоб закона. Ту се говори: о способности и породичним односима (члан XII до XXXIV), о добрима и стварним правима (члан XL до XLIV), о правним пословима (члан LXV до LXVII), о грађанској одговорности (члан LIV), о застарелости (члан LV), о наслеђу и поклону (члан LVI до LXII), најзад о заједничким одредбама (члан LXIII до LXXIV), у свему више од 60 чланова посвећених нашој материји. Предпројекат с овим својим одредбама претставља праву реакцију против неизвесности, која је потицала од великог броја закона, који су владали више од десет година у Румунији; оне су у ствари једно право међупокрајинско право, позвано да решава многобројне сукобе интереса. Место које им је дато у предпројекту објашњава се „узаним везама које постоје између одредаба ове природе и опште теорије закона“.

Изгледало је на први поглед, вели г. Ангелеску, логично да се, после излагања правила о примени закона у времену, пређе на излагање о његовом територијалном распрострањању, али то се може критиковати.

Скупљање ових правила у једну главу општега дела пружа ту велику корист, што имамо један општи поглед на правила међународног права, чиме се олакшава рад доктрини. Међутим правила која се односе на сукобе закона јесу правила приватнога права, одређена да допуне прописе грађанскога права о браку, способности итд. Чинећи једну целину с овим последњим, па би изгледало нормално ставити их на крај сваке специјалне институције, на коју се односе. Овај систем пружа велику корист тиме што задовољава принцип интегралности у свима материјама, где он интервенише. Према томе чини нам се да је требало, ако је било нужно да ова правила уђу у грађански законик, ставити их после сличних прописа овога законика. Међутим има разлога да се из грађанског законика искључе правила међународног приватног права. У овој материји еволуција се врши много брже него у материји грађанског права; отуда настаје потреба да се врло често мењају текстови, што само даје места неизвесности и противречности.

С друге стране не треба заборавити да имамо пред собом једно право у формацији; све веће развиће правила међународног приватног права могло би довести до „правог рушења“ грађанског права. Због тога г. Ангелеску мисли да је сва ова правила требало донети специјалним законом.

Методични разлози као и разлози „јуридичког стила“ можда би захтевали, да се у овај општи део уврсте и општа правила о доказу, о услову итд. То би зацело олакшавало разумевање. Отсуство свега овога објашњава се, вели г. Ангелеску, жељом редактора да више обезбеде гипкост текста, избегавајући апстрактне формуле или „цепање“ једне исте институције; још више: они су хтели да искључе из предпројекта „све материје стране грађанског права“. Тако су искључена многобројна процесуална наређења — у материји о друштвима, асоцијацијама, о стварању и публицитету брачних уговора, о разводу — остављајући их за кодекс о грађанској процедури. Признајући, вели г. Ангелеску, вредност таквог поступања, које у многоме олакшава текст и избегава понављања и губитак времена, ипак морамо скренути пажњу да је често разлика на материјална правила и правила форме извештачена; предпројекат је требало да садржи у свом општем делу општа правила о доказу, упућујући ближе регулисање на законик о грађанској процедури.

Ипак поред свега овога мора се признати да је општи део одлично израђен. Избегнуте су сувише апстрактне формуле, теоријског карактера; тако ће општи део, далеко од тога да смета правној науци, баш олакшати њено развиће. И тиме се још предпројекат приближује последњим кодификацијама грађанског права.

Тако је исто у погледу прописа, који су у њему посвећени материји о лицима и о породици. Већ се зна да наши грађански законици регулишу у једној специјалној књизи материју о лицима, коју они стапају с оном о породици. Ту се говори не само „о уживању и вршењу грађанских права“, „о пословима грађанског стања“, „о домицилу“, „отсутнима“, него и „о браку“, „о разводу“, „о очинству“ итд. То се објашњава уским везама, које постоје између ових разних права.

Међутим засебно студирање ова два права интересује не само са гледишта „јуридичког стила“ него и са гледишта методе; оно олакшава схватање права о лицима као једне целине и осигурава тако развиће правне мисли у нашој материји. То су разумели редактори предпројекта, те прву књигу свога рада посвећују праву о лицима, које разликују од породичног права.

Ту се једно за другим, у разним одељцима, третира о фи-

зичким и правним лицима. Сваки од ових одељака дели се на главе, које се опет деле на секције. Предпројекат је уједилио у једној јединој глави разна правила, која се тичу физичке личности, растурена данас по целом румунском грађанском законнику; он их је доунио прописима о правним лицима. Он посвећује разне главе општим правилима, постојећим у материји правне личности, асоцијација и фондација. У овим последњим он види (глава III) једну специјалну институцију а не једну врсту легата или поклон. Он још посвећује једну специјалну секцију заштити човечје личности (књ. I, гл. I, сек. II, чл. 9 до 13).

Друга књига третира породично право. Ту се једно за другим говори о браку и сродству, затим о тудорству, старатељству и привременој управи.

Систем предпројекта и овде је много бољи од румунског грађанског законика. Уске везе, које постоје између брачних уговора и брака, диктовале су да се ови уговори ставе после дејства брака. Затим су још регулисани у разним главама доказ о закључењу брака (гл. III) и ништавост брака (гл. IV); тиме се прекинуло са системом грађанског законика, који је ове две различите материје ставио у једну главу (глава IV: „о тужбама за поништај брака“).

Румунски грађански законик регулише сродство у материји о наследству. При редакцији предпројекта са разлогом се константовало да „право наследства није једино дејство сродства, да има и других дејстава, као право на име, на издржавање“. Поред тога филијација је један од темеља сродства. Стога је изгледало нормално да се о овој материји говори у породичном праву а не у наследном.

Језик предпројекта има одличних својстава по мишљењу г. Ангелеску. Значај популарног изражавања, вели, разумели су редактори предпројекта. Само оно чини разумљивим законски текст већини грађана и тиме олакшава његово прилагођавање. Сваки законски текст има чисто практички разлог; он постоји само зато да се реализује. Међутим лако је разумети да такав језик може стварати опасности својом непрецизношћу или недостатком чврстине. Ове се опасности нарочито појављују кад се један исти термин употребљава у законнику у разном смислу. Познате су многобројне тешкоће и контроверзе, које су извесне речи у румунском грађанском законнику проузроковале. Стога треба само честитати редакторима предпројекта што су знали дати више чврстине и прецизности употребљеним изразима. Наглазећи се у присуству два разна схватања, која су служила за

основ редакцији Наполеоновог законика и грађанског законика немачког, они су покушали да држе средину, доводећи у склад ове две противне тежње. „С једне стране они су покушали да језику даду технички карактер, да би извесност смисла обезбедили прецизношћу терминологије, с друге пак стране они су се трудили да као техничке изразе употребљавају фамилијарне изразе, са чисто националним обележјем; ово не само због тога да би законска формула била лако разумљива него нарочито стога да би осигурали њену еластичност и лако прилагођавање“.

Ова техника језика обезбеђена је употребом разних речи за изражавање различитих правних мисли, граматичким конструкцијама које показују, изразом глагола, ауторитет и санкцију законских наређења.

Такав начин поступања, изведен до крајности, имао би као дејство да правној терминологији да вештачки карактер, алгебарску строгост. Међутим таква строгост не сме постојати у правној материји, иначе се ризикује да право учини неразумљивим и неприлагодљивим животу. Због тога редактори предпројекта, и ако су се држали ових техничких принципа, применили су их само у мери где је то било могућно, пазећи да не осиромаше правни језик или да не смање практички карактер права.

Овде се такође опажа јасна тенденција да се помире супротна схватања. Још сада не може се сигурно тврдити да су потпуно успели, али они су, дајући више прецизности закону, искључујући из правне терминологије стране нове речи, олакшали много разумевање закона.

Ово разумевање потиче такође и из одсуства апстрактних правила, из битно практичног карактера формуле. Редактори су не само покушали да цело једно правно питање третирају у једном члану, да избегавају упућивање на друге чланове, него су, удаљујући из предпројекта сва реглмантерна наређења, олакшали текст и увећали његову гибкост. Ако потсетимо да ове формуле садржавају општа правила, да судији дају широка овлашћења да се обзире на правичност — омогућавајући му да допусти еволуисање законског текста са променљивим потребама живота — онда ће се разумети сва вредност овога рада.

I
Kritische Bemerkungen zu den
Bestimmungen über die Gründung
von Aktiengesellschaften nach dem
Entwurfe eines jugoslawischen
Handelsgesetzbuches

II
Weltaktienrecht?

von

Dr. Dr. h. c. Dr. h. c. Max Hachenburg,

Rechtsanwalt

Mannheim

Vorbemerkung.

Die gesetzgeberischen Probleme des Aktienrechts.

Gegen die Würdigung eines Gesetzentwurfs eines fremden Landes lassen sich Bedenken nicht ganz von der Hand weisen. Namentlich, wenn es sich, wie beim Aktienrecht, um eminent wirtschaftliche Probleme handelt. Sie hängen eng mit den die Wirtschaft beherrschenden Strömungen zusammen. Diese kennt schliesslich nur, wer im Lande selbst wohnt und arbeitet. Andererseits aber mag bei der Beurteilung gesetzgeberischer Lösungen vielleicht der Blick eines ausserhalb deren Geltungsgebiets stehenden Beobachters mehr losgelöst von der zeitlichen und räumlichen Verbundenheit der Verfasser des Entwurfs erscheinen. Seine, auf eigene Erfahrung gestützten Bemerkungen können zur nochmaligen Prüfung veranlassen.

Dabei ist zu beachten, dass die Grundprinzipien des Aktienrechts, die aus der wirtschaftlichen Natur der Aktiengesellschaft fliessen, für die verschiedenen Staaten die gleichen sind. Aus dem sehr sorgfältig durchgearbeiteten Motivenbericht ersieht man, wie stark die Gesetze anderer Länder herangezogen wurden. Sie gehen oft von einander abweichende Wege. Ihr Ziel ist aber stets das gemeinsame, die AG. zu einem möglichst vollkommenen Gliede des Wirtschaftslebens zu machen. Dabei kreuzen sich die verschiedenen Interessen. Es wird bald das eine, bald das andere durch die jeweiligen Ergebnisse in den Vordergrund geschoben werden. Bei der Schaffung eines neuen Rechts wird es nötig sein, Bestimmungen der vorhandenen Gesetze, die nur aus besonderen Anlässen und für diese entstanden sind, als solche zu erkennen und zu bewerten.

Vor dem Eintritt in die Betrachtung des jugoslavischen Entwurfs selbst dürften einige wenige Worte über die im Gesetz zu lösenden Fragen nicht unzweckmässig sein. Sie können das Verständnis für die vorgeschlagene Regelung erleichtern. Das Kennzeichen jeder AG. in allen Ländern ist einmal die Begrenzung des Risikos der Gesell-

schafter auf ihre Einlage und zum andern die Zerlegung des Vermögens der Gesellschaft in leicht übertragbare Anteile (Aktien). Das erstere ist auch bei der Kommanditgesellschaft für den Kommanditisten und bei der G. m. b. H. für alle Gesellschafter gegeben. Das letztere aber nur bei der AG.. Es wirkt mitbestimmend auf ihre gesetzliche Regelung. Diese beiden Möglichkeiten dienen der wirtschaftlichen Aufgabe der AG. Sie bestimmen die Kapitalisten, einen Teil des Vermögens dem Unternehmen anzuvertrauen. Insofern ist die AG. die Sammelstelle für zerstreutes Kapital. Es wird durch sie den Unternehmungen zugeführt. Dabei ist das Bewusstsein, die Gefahr des Verlustes auf ein von vornherein bestimmtes Mass zu beschränken, ein unverkennbares Motiv. Hand in Hand damit geht der Wunsch, durch die kapitalistische Einlage an dem Gewinn des Unternehmens teilzunehmen und eine höhere Rente als bei der verzinslichen Anlage zu erzielen. Die Erleichterung des Erwerbs der Aktie und deren Wiederveräußerung spielt keine geringe Rolle. Sie erweckt die Hoffnung auf einen durch Aufnahme und Wiederabstossung von Aktien zu erzielenden Nutzen. Dabei zeigt sich schon eine Schattenseite der Aktiengesellschaft. Die Aktie kann dem Spieltrieb im Menschen dienen. Die Verhütung einer Ausnützung desselben liegt aber ausserhalb der Aufgabe des Aktienrechts. Eine Erschwerung des Aktienhandels wäre unverträglich mit dem Wesen der Aktiengesellschaft. Wohl aber hat die Gesetzgebung bei einer anderen Gefahr, die der Wirtschaft aus der Aktiengesellschaft drohen kann, die Möglichkeit verhütender Fürsorgemassregeln. Die Beschränkung der Haftung wälzt das Risiko des Unternehmens zum Teile auf die Kreditgeber ab. Eine Erschütterung des Kredits durch einen Missbrauch einer Gesellschaftsform kann unheilvoll für den ganzen Kredit eines Volkes sich auswirken. Die wirtschaftliche Tätigkeit der Aktiengesellschaft beruht auf dem Vertrauen, das man ihr schenken darf. Nicht minder aber ist dieses Vertrauen für das anlagesuchende Kapital erforderlich. Man kennt aus der Geschichte der Wirtschaftskrisen die Zusammenbrüche von Aktiengesellschaften und deren verheerende Folgen. Daraus ergibt sich die Fürsorge der Gesetzgebung für die Beschaffung und Erhaltung des Kapitals der Aktiengesellschaft. Sie setzt bei der Gründung ein. Sie ist aber nicht minder bei der Erhöhung des Grundkapitals geboten. Dieser Gedanke durchzieht alle Aktienrechte. Er ist bald mehr oder minder stark durchgearbeitet. Entbehrlich ist er nicht. Hier kann es sich überall nur darum handeln, dass das der Gesellschaft gewidmete Kapital ihr auch wirklich zufließt. Es dauernd zu erhalten, liegt nicht in der Macht des Gesetzgebers. Hier setzt ein anderer Gesichtspunkt ein. Die Verwaltung des Vermögens und die Leitung des Unter-

nehmens muss die Gesellschaft einzelnen Personen anvertrauen. Hieraus entsteht einmal die ungeheure Verantwortung der Mitglieder der Verwaltung. Damit zugleich auch deren Wachbestreben. Die Gefahr liegt nicht nur in der Untreue ihrer Mitglieder. In den meisten Fällen entstehen Verluste der Gesellschaft durch eine unglückliche Hand oder ein leichtsinniges Verhalten. Hier gehen Machttriebe, Ehrgeiz und das Streben nach Gewinn Hand in Hand. Demgegenüber steht die Aufgabe der Überwachung der Verwaltung. Die Aktionäre treten in Gegensatz zu ihr. Vertrauen und Misstrauen wechseln, je nach den Ergebnissen. Das Problem der Kontrolle der Verwaltung, ohne dass sie hierdurch lahmgelegt wird, ist eines der schwersten des ganzen Aktienrechts. Manche Gesetzgebung ist geneigt, die Generalversammlung der Aktionäre als die Herrin des Unternehmens in den Vordergrund zu schieben. Dann zeigt sich wieder, dass dieser Geschäftsinhaber zu schwerfällig ist, die ihm obliegende Wahrung der eigenen Interessen durchzuführen. Es entstehen leicht Reibungen zwischen Verwaltung und Aktionären. Sie arten in ungleichen Zeiten zu einem erbitterten Kampfe und einer Überspannung der Verantwortung aus. Versucht man aber, die Selbstverwaltung der Aktionäre als wirtschaftlich versagend zurückzudrängen, so schiebt sich unwillkürlich der Staat in den Vordergrund. Er hat auch hier die Interessen der Volksgesamtheit zu wahren. Nicht so sehr des einzelnen Aktionärs, der sein Geld wagt und auch den Verlust tragen muss. Je bedeutender im wirtschaftlichen Leben eines Volkes die Aktiengesellschaft wird, desto weitere Kreise zieht die über sie hereinbrechende Krisis. Daraus erklärt sich wieder das Bestreben, dem Staat sowohl bei der Geburt wie während des Lebens einer Aktiengesellschaft einen stärkeren Einfluss zu verschaffen. Es liegt in der Natur des Menschen, dass er in schweren Zeiten sich an eine höhere Gewalt klammert. Darin liegt aber zugleich auch wieder eine Gefahr. Man fürchtet, dass dem Staat Aufgaben zufallen, die er nicht bewältigen kann. Es entsteht eine Verantwortung, die gerade in kritischen Zeiten auch zu einer Erschütterung des Vertrauens in die Leitung des Staates selbst führen würde. Zweifellos spielen bei dieser Frage auch andere Momente mit herein. Sie sind vielfach politischer Art. Diese können nur in jedem Lande, je nach den besonderen, in demselben herrschenden Strömungen, berücksichtigt werden. Eine nicht unerhebliche Bedeutung kommt dabei auch dem Umstande zu, dass im allgemein wirtschaftlichen Interesse der Staat durch seine Hilfe die Zusammenbrüche grosser Unternehmungen verhüten muss. Daraus leitet er auch wieder sein Recht ab, den Ausbruch derartiger Gefahren zu verhüten.

Selbstverständlich werden diese, im Vorstehenden beschriebenen

Aufgaben des Gesetzgebers nicht jede einzeln für sich durchgeführt werden. Schon aus der kurzen Skizzierung zeigt sich, dass sie einander berühren. Die hier vorwaltenden Interessen schneiden sich. Man kann kaum einen Punkt ausschliesslich aus einem einzigen Gesichtswinkel heraus betrachten. Eine vollkommen restlose Lösung wird es wohl auch hier nicht geben. Der Gesetzgeber hat genug getan, wenn er eine Versöhnung der verschiedenen Elemente zu einem einheitlichen Ganzen herbeiführt. Ein Rest, der nicht aufgeht, wird wohl immer bleiben.

Zwingendes Recht.

Aus dieser Aufgabe des Gesetzgebers und dem überwiegenden Interesse der Gesamtheit an einem gesunden Aktienwesen ergibt sich zugleich auch, dass die Vorschriften des Gesetzes nicht durch Willkür der Beteiligten beseitigt werden können. In ihrer Unantastbarkeit liegt der Schutz des Publikums. Daher sind die Regeln des Aktienrechts in der grossen Mehrzahl zwingender Natur. Sie können durch die Satzungen nicht beseitigt werden. Absolut ist diese Regel nicht. Es gibt überall wieder Punkte, an denen die Allgemeinheit kein Interesse hat. Hier ist das Gesetz nachgiebig.

In § 222 Entwurf wird dies ausdrücklich ausgesprochen. Abweichungen von Bestimmungen des Gesetzes sind nur insoweit möglich, als das Gesetz diese selbst zulässt. Man kann zweifeln, ob eine solche Bestimmung im Gesetz notwendig ist. Nicht nur, dass sie einen etwas doktrinären Anstrich hat. Sie erklärt etwas, was sich aus dem Gesamthalt des Aktienrechts ergibt. Sie kann unter Umständen aber auch zu einem Hemmschuh in der Entwicklung der Wirtschaft und der Handhabung des Gesetzes in deren Interesse werden. Man wird sofort die Frage aufwerfen, ob die Zulassung der Abweichung im Gesetz eine ausdrückliche sein muss. Ist dies gemeint, so stösst man, bei an sich durchaus rationeller Fortbildung des Gesetzes auf eine Mauer. Dann gerät man in die Versuchung sie zu umgehen. Legt man aber den § 222 so aus, dass die Zulassung der Abweichung sich aus der Natur und dem Zwecke jeder einzelnen Bestimmung ableiten lässt, dann braucht man den § 222 nicht. Dann sagt er etwas, was durchaus selbstverständlich ist. Es wäre zu erwägen, ob nicht aus den angegebenen Gründen diese Bestimmung entbehrt werden kann.

Gemäss § 270 Abs. 3 des Entwurfs kann ein Vorzugsrecht auch darin bestehen, dass der Inhaber einer Vorzugsaktie eine bestimmte Anzahl der Mitglieder des Gesellschaftsorgans aufstellen oder vorschlagen darf. Auch statutarisch kann Dritten das Recht einer solchen Bestellung des Vorstandes gegeben werden (§ 232 Abs. 1). In § 335

ist der Versammlung das Recht gegeben, ohne Angabe von Gründen jederzeit Mitglieder der Verwaltung abzusetzen. Kann man dieses Recht der Aktionäre auf das Vorliegen wichtiger Gründe beschränken? Das steht nicht im Gesetze. Man wäre geneigt, für den Fall, dass ein Vorzugsaktionär oder ein sonstiger Berechtigter die Ernennung von Mitgliedern der Verwaltung vornehmen darf, eine solche Beschränkung zuzulassen. Denn sonst könnte ja dieses Recht der Benennung illusorisch werden. Ist aber die Bestimmung des § 335 absolut zwingend, dann wäre auch eine Auslegung des Gesetzes, welche die Beschränkung des Widerrufs der Bestellung aus wichtigen Gründen gestattet, nicht möglich.

Mindestkapital.

In alle Probleme hinein ragt die Frage nach dem Mindestkapital der AG. Sie wird von der Einstellung zu deren Aufgabe in der Wirtschaft beherrscht. Legt man den Nachdruck auf die Beschränkung der Haftung, so ist man geneigt, sie ohne Rücksicht auf die Grösse des Grundkapitals zuzulassen. Dann wird es nur durch die Mindestzahl der bei der Gründung zu übernehmenden Aktien bestimmt. Lehnt man aber die unbedingte Zulassung der Haftungsbeschränkung für jede Unternehmung ab, so gelangt man zu einem Mindestvermögen. Je mehr man auch für die mittleren Unternehmungen die Notwendigkeit eines persönlich verantwortlichen Geschäftsinhabers unterstreicht, desto weiter steigt das Grundkapital der AG. in die Höhe. Es ist nicht zu ersehen ob der Entwurf auch die Kommanditgesellschaft auf Aktien aufnimmt. Geschieht dies, so würde diese die geeignete Form für Unternehmungen mittleren Umfangs. Sie muss nur so gestaltet werden, dass die phG. nicht doch wieder nur Angestellte der Gesellschaft werden. Dann ergibt sich die Abstufung von selbst. Für die kleineren Geschäfte die Einzelfirma oder offene Handelsgesellschaft oder einfache Kommanditgesellschaft. Für die mittleren, bei denen fremdes Kapital in der Form der Aktien gewonnen werden soll, die Kommanditgesellschaft auf Aktien. Für die grossen, bei denen der Einzelne zurücktritt und die Verwaltung den Aktionären gegenübersteht, die Aktiengesellschaft. Ob neben dieser die G.m.b.H. erforderlich erscheint, oder ob nicht durch eine Erleichterung der Gründung bei Aktien auf Namen, die nur mit Genehmigung der Gesellschaft übertragbar sind, der gleiche Zweck erreicht wird, wird man nur nach den besonderen Interessen der Wirtschaft jeden Landes entscheiden. Nach diesen richtet sich auch die Ziffer des Mindestkapitals. Sie wird in einem kapitalreichen Lande grösser sein als in einem kapitalarmen. Der Entwurf verlangt (§ 228) eine Million Dinare. Das entspricht ungefähr

dem deutschen Mindestsatze. Ob er für Jugoslawien zutrifft, kann nur aus der Kenntnis der dortigen Wirtschaft beantwortet werden. Schliesst man sich der Anregung an, die AG. nur für Grossunternehmungen zuzulassen, für die mittleren die Kommanditgesellschaft auf Aktien zu bestimmen, so wird man den Betrag von 1 Million Dinare für die letzteren, nicht aber für die ersteren als entsprechend ansehen. Es bleibt dabei immer noch die Möglichkeit für Aktiengesellschaften mit besonderen Zwecken (§ 228 Abs. 3) oder mit besonderem Aufbau (vinkulierte Aktien) ein kleineres Kapital vorzusehen. Oder es kann eine Gesellschaft mit Staatsgenehmigung aus anderen Gründen unter dem hochgespannten Kapitale bleiben.

Ob das Grundkapital auf die heimische Valuta zu lauten hat, soll den Wirtschaftskreisen unterbreitet werden (Motive zu § 228). Man sollte meinen, dass nicht diese, sondern der Staat darüber entscheidet. Das politische Interesse verlangt die ausschliessliche Geltung der eigenen Währung. Wenn man eine fremde zulassen wollte, so würde durch die Einwirkung der Valutaschwankungen ein Moment der Unsicherheit in die Aktien hineingetragen werden. Zu der Gefahr, dass die Aktie je nach ihrer Gewinnaussicht Spekulationsobjekt werde, tritt die Versuchung, auch aus der Agiotage Gewinn zu suchen. Die Rücksicht auf das ausländische Kapital verlangt nicht, dass man es dessen Währung anpasst. Es empfiehlt sich gleich anderen Gesetzen die eigene Länderwährung vorzuschreiben.

Im Zusammenhang mit der Mindesthöhe des Grundkapitals steht die Vorschrift des § 397 über dessen Herabsetzung. Sie darf nicht zu deren Unterschreitung führen. Ausser, wenn gleichzeitig mindestens in demselben Betrage die Erhöhung des Stammkapitals beschlossen wird. Diese muss binnen der Frist von zwei Jahren zum Handelsregister angemeldet sein. Andernfalls hat das Gericht die Auflösung der AG. auszusprechen (§ 395 Abs. 1; § 397 Abs. 3). Eine, ohne gleichzeitige Erhöhung des Kapitals erfolgte Herabsetzung unter das Mindestkapital ist ungültig. Sie verstösst gegen eine zwingende Gesetzesvorschrift. Der gleichzeitige Beschluss der Erhöhung macht die Herabsetzung nur bedingt wirksam. Durch die Frist von zwei Jahren zur Anmeldung der Erhöhung kann dieser Zustand allzulang dauern. Dass bei Unterlassung der Anmeldung der Kapitalerhöhung die AG. aufgelöst wird, schafft einen Gegensatz zur Herabsetzung unter den Mindestbetrag ohne gleichzeitigen Erhebungsbeschluss. In diesem Falle bleibt die AG. bestehen. Es wäre eine Gleichbehandlung zu überlegen. Die Gültigkeit der Kapitalherabsetzung unter den Mindestbetrag wäre nur wirksam, wenn gleichzeitig mit ihr die vollzogene Erhöhung des Grundkapitals auf den Mindestbetrag angemeldet wird (§ 394).

Auch aus den Motiven zu den §§ 397, 398 (S. 109) ist zu ersehen, dass die Ausgabe der neuen Aktien „gleichzeitig“ mit der Herabsetzung des Stammkapitals geschehen soll.

Konzessions- oder Normativsystem.

Das Interesse der Allgemeinheit führt auch zur Beantwortung der Frage nach dem Erfordernis der staatlichen Konzession zur Errichtung einer AG. (§§ 225, 226 E.). Alle Aktiengesellschaften haben mit dem Konzessionssystem begonnen. Im Fortgang der Entwicklung wird mehr und mehr es abgestreift. Der Entwurf hält es in beschränkter Masse bei. Im wesentlichen besteht dieses Erfordernis bei Bankgeschäften und Unternehmungen des Verkehrs. Daneben kann für die Gründung von Industriegesellschaften, die für die Verteidigung des Landes von besonderer Wichtigkeit sind, die staatliche Bewilligung angeordnet werden. Bei Erledigung der Gesuche ist nur auf das öffentliche Interesse zu achten. Auf privatrechtliche Fragen und Interessen der Aktionäre, namentlich, ob das Unternehmen für sie einträglich ist, soll nicht eingegangen werden (§ 226 Abs. 2 E.). Mithin tritt hier der Staat nicht als Schützer des Vertrauens der Geldgeber in die Gründung auf. Er kümmert sich nicht um die Richtigkeit der Angaben der Gründer. Deren Haftung ist die gleiche, einerlei ob es sich um ein freies oder ein konzessionspflichtiges Unternehmen handelt. In Wirklichkeit ist nicht die AG. als solche, sondern nur das Unternehmen konzessionspflichtig. Man kann den Entw. nicht unter die Gesetze zählen, die vom Konzessionsgedanken in dem Sinne ausgehen, dass die AG. nur durch Staatsakt entsteht. Daher sollte nicht die Gründung, sondern nur der Geschäftsbetrieb der Genehmigung bedürfen. Ihre Erteilung ist allerdings Voraussetzung der Entstehung der AG. Sie darf nicht eingetragen werden, ehe die Konzession erteilt ist (vgl. § 249 Abs. 2 Ziff. 5 E.). Es genügt aber, dass sie in diesem Augenblick vorliegt. Ist die AG. staatlich konzessioniert, so kann trotz der Ablehnung im Gesetze im Publikum doch sehr leicht der Anschein erweckt werden, als ob der Staat im öffentlichen Interesse doch auch die Gründung selbst geprüft habe. Andererseits ist es nicht sicher, ob es nicht Zeiten geben kann, in denen der Staat sein Recht der Genehmigung der AG. von anderen Gesichtspunkten aus erfasst. Mit dem Systeme der Konzession zur Gründung der AG. steht deren staatliche Auflösung im Zusammenhange. Sie kann durch die zur Erteilung der Genehmigung zuständige Behörde ausgesprochen werden, wenn eine ohne Genehmigung gegründete Gesellschaft sich mit genehmigungspflichtigen Geschäften befasst (§ 405 Abs. 1 Ziff. 1), oder wenn die Bedingung der Genehmigung oder des

Gesetzes trotz wiederholter Mahnung verletzt ist (§ 405 Abs. 1 Ziff. 2). Das Verfahren im Verwaltungswege ist geregelt (§ 409 Abs. 3). Ist aber nicht das Einschreiten der Verwaltung bei unzulässigem Gewerbebetrieb oder die Entziehung der erteilten Konzession möglich, ohne die Gesellschaft zu vernichten? Gerade, wenn die Genehmigung nicht mit Rücksicht auf die allgemeinen wirtschaftlichen, aus der Aktiengesellschaft entspringenden Gefahren eingeführt werden soll, sondern nur zur Kontrolle des besonderen Betriebs, muss die Nichtbeachtung der hieraus entspringenden Massnahmen bei einer AG. wie bei jeder anderen Unternehmerform die gleichen Folgen haben. Es kann sich nur um die Unterdrückung des ohne die Genehmigung begonnenen Gewerbes handeln. Die AG. als solche mit einem anderen Gegenstande könnte bestehen bleiben. Es ist Sache der Aktionäre zu bestimmen, ob die Gesellschaft unter erlaubten Zwecken weiter bestehen, oder ob sie aufgelöst werden soll. Damit dürfte auch ein Bedenken gegen § 403 Abs. 2 sich erledigen lassen. Dort ist der von den Aktionären gefasste Beschluss der Auflösung der AG. von der Genehmigung der Behörde abhängig, wenn sie dies bei der erteilten Genehmigung vorgesehen hat. Damit könnte die AG. zu einem Weiterbestehen gezwungen werden, obwohl dies bei unrentablem Geschäftsgange gegen die Interessen der Aktionäre ist. Man begreift es, dass der Staat von seinem Hoheitsrecht bei der Ordnung der Gewerbe insoweit Gebrauch macht, als er bestimmte, für das Leben des Volkes bedeutsame Unternehmungen nicht jedem beliebigen Unternehmer freigibt. Dass er aber diese an dem begonnenen Gewerbe gewaltsam festhält, lässt sich nicht wohl begründen. Die AG. muss auf die ihr erteilte Genehmigung wieder verzichten können. Ob man in solchen Fällen dem Staate oder anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts ein Recht gibt, das Unternehmen zu erwerben, wird man je nach dessen Bedeutung bejahen oder verneinen. Man könnte fragen, ob nicht auch daraus, dass der Staat sich zwar nicht die Genehmigung der Gründung der AG., sondern nur des Geschäftsbetriebs derselben vorbehält, sich ergäbe, dass mangels einer solchen Genehmigung oder bei deren Wiederentziehung die Gesellschaft selbst ihre Existenz verlieren muss. Dem ist aber nicht so. Der Entwurf stellt es ja auch in das Ermessen der Behörde, die Auflösung der AG. auszusprechen. Damit ist anerkannt, dass es Fälle gibt, in denen die Vernichtung der AG. nicht angezeigt ist. Dahin werden gerade die gehören, in denen die Gesellschaft sich anderen Zwecken zuwendet. Der Staat wird sich bei konzessionspflichtigen Betrieben stets damit begnügen, dass er vom Standpunkte der Gewerbepolizei aus den unerlaubten Betrieb verbietet und verhindert.

Eine andere Frage ist, ob nicht der Verwaltungsbehörde allgemein, also nicht nur bei einem konzessionspflichtigen Betriebe, das Recht zugesprochen werden soll, in fest umgrenzten Fällen die Auflösung der AG. auszusprechen. Hier wird eine Entscheidung des Staatsrats als Verwaltungsgericht herbeigeführt werden können. Der Gedanke des § 405 Abs. 3 wäre verallgemeinert. Voraussetzung wäre, dass das Weiterbestehen der AG. das Gemeinwohl schädigt. Ihre Vernichtung wäre dann eine Strafe für ihr Verhalten. Es kann unter Umständen auch in dem fortgesetzten Betriebe eines genehmigungspflichtigen Geschäfts bestehen. Aber stets nur, wenn das Staatswohl ernstlich gefährdet wird. Der Beschluss, eine solche Befugnis des Staates in das Gesetz einzufügen, wird zum wesentlichen Teile auch von politischen Erwägungen abhängen.

Die Gründung der Aktiengesellschaft.

1. Die Gründer.

Auch der Entwurf kennt den Begriff des Gründers (§ 220 Abs. 2). Das ist derjenige, der die Statuten unterschreibt. Mehr wird nicht verlangt. Die Gründer haben den Bericht über Sacheinlagen oder Sachübernahmen zu erstatten (§ 234). Sie stehen in der vordersten Reihe der „Beteiligten“, die für den durch ihre Nachlässigkeit verursachten Schaden aufzukommen haben (§ 429 Abs. 1). Sie übernehmen daher durch ihre Mitwirkung bei der Feststellung der Statuten (§ 220 Abs. 1) eine weittragende Verantwortung. Die gleichzeitige Übernahme von Aktien wird von ihnen nicht gefordert. Zur Gründung gehören aber auch fünf Aktionäre. Bei der Simultangründung (§ 234) müssten, wenn kein Gründer Aktien übernimmt, daher 10 Personen mitwirken. Es ist aber nicht wahrscheinlich, dass sich eine solche Trennung durchsetzt. Die Übernehmer der Aktien bei der Simultangründung gelten ebenfalls als Beteiligte. Sie haften neben den Gründern, wenn auch nur für den durch ihr eigenes Verschulden der AG. zugefügten Schaden (§ 429 Abs. 2). Sie können sich also durch das Einschleichen anderer Personen als „Gründer“ nicht von ihrer Verpflichtung freimachen. Es ist ein gesunder Gedanke des Entwurfs, dass er unter dem Sammelnamen der Beteiligten alle die zusammenfasst, welche für die Entstehung der AG. verantwortlich sein sollen. Ebenso, dass er ohne Unterscheidung der einzelnen Vorfälle sie schlechthin für haftbar erklärt, wenn sie nicht den Mangel eines Verschuldens erweisen. In dieser Art der Regelung der Verantwortung ist ein Fortschritt gegenüber den oft komplizierten Vorschriften älterer Gesetze zu sehen. Bei der weitgreifenden Ausdehnung der verantwortlichen „Beteiligten“

erschien es auch geboten, die Bezeichnung als „Gründer“ nur auf die Unterfertiger des Statuten zu beschränken.

Dem Versuche, durch Vorschieben vermögensloser Personen, die für Rechnung der eigentlichen Beteiligten handeln, sich von der Haftung zu befreien, baut der Entwurf in § 439 Abs. 2 vor. Für den Schaden bei Gründung der AG. haften auch diejenigen, für deren Rechnung andere Aktien übernommen haben, Sie können sich auch damit entschuldigen, dass sie die den Aktienübernehmern als Verschulden angerechneten Umstände weder kannten, noch kennen mussten. Hier wäre aber die Frage erlaubt, weshalb diese Haftung des hinter den Kulissen bleibenden Interessenten auf die Aktienübernehmer beschränkt ist. Wäre sie nicht folgerichtig auf alle „Beteiligten“ im Sinne des § 420 Abs. 2 auszudehnen? Auch bei der Feststellung der Statuten kann ein Gründer bestrebt sein, sich eines sog. „Strohmannes“ zu bedienen. Nicht minder bei der Sachübernahme der Veräusserer. Es ist überall die gleiche Gefahr der Einschaltung des für Rechnung des eigentlich Beteiligten Auftretenden. Um sie zu bannen, müssen beide der Gesellschaft haften.

Die Zahl der Gründer beträgt mindestens fünf. Ebensoviele die Mindestzahl der z. Zt. der Gründung vorhandenen Aktionäre. Die Zeitpunkte, in welchen diese Zahl von Personen vorhanden sein muss, sind aber verschieden. Die Feststellung der Statuten in notariellem Akte ist der Beginn der Gründung. Die Aktienübernahme muss spätestens bei der Anmeldung zum Handelsregister erfolgt sein. Erst dann hat der Registerrichter zu prüfen, ob die vom Gesetze verlangten fünf Aktionäre vorhanden sind. Die Worte „zur Zeit der Begründung“ könnten irre führen. Im Augenblicke des Gründungsaktes brauchen überhaupt noch keine Aktien gezeichnet zu sein. Bei der Sukzessivgründung können sie es noch garnicht. Nur wenn die Gründer zugleich alle Aktien übernehmen, ist durch die Vorschrift über deren Zahl zugleich auch die Zahl der Gesellschafter erreicht. Es wäre angenehm, wenn die Zeit, in der die fünf Aktionäre vorhanden sein müssen, unzweideutig angegeben wäre.

Der Entwurf weiss wohl, dass sich ein solches Gebot nur für die Zeit der Gründung ermöglichen lässt. Sofort nach der Entstehung der AG. können die Aktien veräussert werden. Damit sinkt sehr leicht die Zahl der Aktionäre. Das Erfordernis der Fünzfzahl erklärt sich hier wie bei den Gründern, aus dem Bestreben nach einem genügend grossen Kollegium, dessen Mitglieder für die vorgeschriebene Sorgfalt bei der Gründung einzustehen haben. Dieser Zweck ist mit der Durchführung der Gründung erreicht. Auch dieser kann zum Scheine werden. Nicht selten werden unbeteiligte und vermögenslose

Personen nur zugezogen, um der Vorschrift zu genügen. Sie übernehmen je eine Aktie. Sind alle Aktien voll bezahlt, so ist das Heruntergleiten der Zahl der Aktionäre gleichgültig. Bei nicht vollbezahlten kann jeder Gläubiger die Auflösung der AG. beim Registergericht beantragen. Die Vorschrift ist zum Schutze der Kreditgeber getroffen. Sie gehört in die dieser Aufgabe dienende Gruppe. Nur ein Gläubiger kann den Antrag stellen. Damit ist diesem eine Waffe in die Hand gegeben, die er sehr leicht zu anderen Zwecken als zur Befriedigung seiner berechtigten Forderung benutzen kann. Sie ist andererseits stumpf. Die geschickte Verteilung der Aktien unter Freunde oder Untergebene des Erwerbers derselben verhütet das gerichtliche Einschreiten. Schliesslich lässt sich keine Gefährdung der Interessen der Gläubiger durch eine geringere Zahl der Aktionäre, die eine solche Massnahme als geboten erscheinen lässt, erweisen. Bei der Weiterveräusserung der nicht vollbezahlten Aktie haftet der ursprüngliche Aktionär wie jeder Vorgänger des letzten für die restliche Einzahlung fünf Jahre lang. Nur nach Ablauf dieser Zeit verliert die AG. und damit der Gläubiger die Sicherung des Vermögens. Allein entweder darf man diese Haftung der Vormänner überhaupt nicht befristen. Denn weshalb soll den Gläubigern der AG. diese nur dann nicht entzogen werden dürfen, wenn durch die Weitergabe der Aktien weniger als fünf Aktionäre vorhanden sind? Oder wenn man sie im Interesse des Verkehrs zur Herbeiführung sicherer Zustände für notwendig hält, dann sollte die Zahl der Aktionäre keine Rolle spielen. Es wäre demnach das Antragsrecht der Gläubiger zu beseitigen.

Mit der vielumstrittenen Frage, ob die AG. bestehen kann, wenn alle Aktien in einer Hand vereinigt sind, hat die nur für die nicht vollbezahlten Aktien gegebene Bestimmung des § 221 Abs. 2 nichts zu tun. Ob bei vollbezahlten Aktien die AG. als „Einmanngesellschaft“ weiterbesteht, ist damit der Rechtsprechung überlassen. Sie wird sich für das Fortbestehen der AG. entscheiden. Gerade aus den Bestimmungen über die nicht vollbezahlten Aktien und aus der Auflösung der AG. nur auf Antrag eines Gläubigers erhellt der Wille des Gesetzes, in allen anderen Fällen nicht einzugreifen. Die gegenteilige Auffassung lässt sich nur dann verstehen, wenn man in dieser Vereinigung aller Aktien in einer Hand einen Missbrauch der Form der AG. zu dem ausserhalb ihrer wirtschaftlichen Aufgabe liegenden Zwecke, der Beschränkung ihrer Haftung, sieht. Das hängt zum Teil mit dem ethischen Prinzip zusammen, dass jeder Unternehmer die volle Verantwortung für seine Geschäftsführung tragen soll. Dem steht der wirtschaftliche Gedanke gegenüber, dass gerade aus der Möglichkeit der Begrenzung des Risikos eine Befruchtung der wirtschaftlichen Arbeit zu erwarten

ist. Wer sich mit einem solchen Unternehmen einlässt, müsse wissen, was er tut und was er wagt. Entscheidend dürfte auch hier sein, dass eine Ablehnung der Einmanngesellschaft doch nur zur Verheimlichung derselben durch die Einschlebung eines oder mehrerer Aktionäre führt, die nur für Rechnung des eigentlichen Inhabers des Geschäfts einige wenige Aktien besitzen. Es ist in solchen Fällen stets besser einen Vorgang, den man wirtschaftlich doch nicht verhüten kann, auch rechtlich anzuerkennen.

Einem völlig anderen Gebiete gehören die Bestimmungen des Entwurfs in § 221 Abs. 1 u. 2 über die Einwirkung der statutarischen Vorschrift an, wonach nur Aktionäre Mitglieder der Gesellschaftsorgane sein können. Dann müssen soviel Aktionäre vorhanden sein, als zur Bestellung der in der Statuten vorgesehenen Organe erforderlich ist. Fehlt es daran, so ist die Gründung nicht dem Gesetze entsprechend und daher der Eintrag in das Handelsregister abzuweisen. Sinkt die Zahl der Aktionäre unter die notwendige Zahl, so kann jeder Aktionär die Auflösung der AG. beim Registergericht beantragen. Aus der Fassung des § 404 Abs. 1 Ziff. 1 ist zu entnehmen, dass das Gericht dem Antrage stattgeben muss, wenn die AG. nicht innerhalb der ihr gesetzten Frist wieder für die entsprechende Zahl von Aktionären sorgt und die Ämter vorschriftsmässig besetzt. Dem würde man eine Änderung der Statuten, durch welche die Eigenschaft als Aktionär zur Bekleidung eines Amtes der AG. aufgehoben wird, vorziehen. Man hat es hier mit einer Anordnung zu tun, die nicht zu den Schutzmassnahmen bei der Gründung, sondern in das Gebiet der Beziehung zwischen Aktionär und Verwaltung gehört. Der Entwurf kennt zwei Organe der AG. Zum einen den Vorstand. Er kann aus einer Person bestehen. Er kann ein Kollegium bilden (§ 331). Ihm gegenüber stehen die „Aufsichtseinrichtungen“ (§ 349). Das kann ein Aufsichtsausschuss oder eine Revisionskommission sein. Jede AG. muss ein Aufsichtsorgan haben. Bei Gesellschaften mit Namensaktien und einem Kapital nicht über 5 Millionen Din. kann an deren Stelle die Aufsicht einer Treuhandgesellschaft anvertraut werden. Bei Gesellschaften mit einem Kapitale über 10 Millionen Din. ist der Aufsichtsausschuss obligatorisch. Vorstand und Aufsichtsausschuss sind Gesellschaftsorgane. Ob auch die Revisionskommission, ist nicht sicher (vgl. § 363). Es kann nun im Interesse der Gesellschaft liegen, dass nur ihre eigenen Aktionäre dem Vorstände oder dem Aufsichtsausschusse angehören dürfen. Der Besitz von Aktien wird zur Voraussetzung für die Wahl zum Vorstände oder Aufsichtsmitgliede. Nach § 331 Abs. 4 ist dies gleich der dort ausdrücklich erwähnten Fachbildung zugelassen. Doch ist das nachträgliche Fortfallen des Aktienbesitzes nicht wie bei

den in Abs. 5 behandelten Fällen als Grund des Erlöschens der Mitgliedschaft der Verwaltung bezeichnet. Das gleiche gilt für die Mitglieder der Aufsichtsorgane (§ 350 Abs. 2). Auch hier ist zwar auf § 331 Abs. 3, 5 u. 6, aber nicht auf Abs. 4 verwiesen. Daraus würde folgen, dass ein Veräussern oder ein sonstiges Aufhören des Aktienbesitzes der Fortdauer der Zugehörigkeit zum Vorstand oder Aufsichtsausschuss nicht im Wege steht. Das verträgt sich schlecht mit dem Verlangen der Auflösung der AG., wenn infolge der Abstossung der Aktien eines Vorstandes oder Ausschussmitgliedes nicht mehr soviel Aktionäre vorhanden sind, als es zur Vollbesetzung der beiden Organe bedarf. Die in § 331 Abs. 4 aufgestellten Voraussetzungen sind auch nicht wie die Bedingung der jugoslavischen Staatsangehörigkeit, (Abs. 3) oder die Beschränkung auf zehn Mitgliedschaften in Vorstand oder Aufsichtsausschuss oder die sonst in Abs. 5 aufgezählten Punkte im allgemeinen Interesse gegeben. Die Versammlung der Aktionäre kann auf jene verzichten. Das liegt in der Wahl eines Nichtaktionärs. Gegen diese kann ein Aktionär zwar die Nichtigkeitsklage (§ 323) erheben. Die Statuten sind verletzt. Geschieht dies nicht innerhalb der Frist von 30 Tagen, so ist die Wahl unanfechtbar. Die Versammlung kann auch unter die in den Statuten bestimmte Zahl der Mitglieder eines Organes heruntergehen (§ 331 Abs. 1). Das wird sie tun, wenn die AG. nicht soviel taugliche Aktionäre besitzt, um alle Posten zu besetzen. Dann gibt es überhaupt keine Anfechtung des Beschlusses über die Bestellung der Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsausschuss. Auch daraus erhellt die Verzichtbarkeit auf deren Eigenschaft als Aktionäre. Jedenfalls kann ein Aktionär nicht mehr fordern, als dass ein Nichtaktionär nicht gewählt wird. Mit diesem negativen Mittel muss er sich begnügen. Nicht aber kann er beanspruchen, dass die Gesellschaft, bei Strafe ihrer Vernichtung, stets für soviel Aktionäre sorgen muss, um die statutenmässige Zahl von Vorstand und Aufsichtsausschuss zu besetzen. Man wird daher auch auf diesen Teil des § 221 Abs. 2 verzichten können. Gegen diesen spricht auch das Bedenken, das sich bei fast allen ähnlichen Rechten der Aktionäre erheben lässt. Sie verführen leicht zum Missbrauche gegen die Interessen der Gesellschaft. Das hat die Erfahrung bei der Anfechtungsklage (Nichtigkeitsklage) des Aktionärs gelehrt. Man muss diese Möglichkeit ertragen. Das Schutzbedürfnis des Einzelnen gegenüber der Mehrheit, die Reaktion gegen gesetz- oder statutenwidrige Beschlüsse, überwiegt. Für den Antrag auf Auflösung der Gesellschaft wegen des Herabgleitens ihrer Aktionäre unter die Zahl der Mitglieder ihrer Organe liegt aber eine solche Notwendigkeit nicht vor.

2. Der Inhalt der Statuten.

Der Entwurf teilt ihn in zwei Gruppen. Die eine umfasst den unentbehrlichen Bestandteil der Statuten (§ 223). Das Fehlen einer dieser Festsetzungen hat die unbedingte Wiedervernichtung der Gesellschaft zur Folge (§ 225 Abs. 2). Die zwangsweise Auflösung kann aber durch Änderung der Statuten verhütet werden (256 Abs. 1). Einstimmigkeit wird nicht verlangt (§ 383). Das wird freilich bei Ziff. 3 (Höhe des Stammkapitals und Nennwert der Aktien) zu Schwierigkeiten führen. Indess wird der Fall, dass Gründer und Aktionäre über die Höhe des Stammkapitals nicht einig waren, kaum je vorkommen. Es müssen auch die Aktien in bestimmter Höhe übernommen sein, sowohl bei der Simultan- wie bei der Sukzessivzeichnung (§ 234 Abs. 2, § 237 Abs. 2 Ziff. 1). Aus der Gesamtzahl der übernommenen oder gezeichneten Aktien ergäbe sich die Feststellung des vergessenen Stammkapitals, wenn je ein solches Versehen von den Gründern, dem Urkundsbeamten und dem Richter übersehen werden sollte. Man wird daher auch mit dem Entwurfe die Heilung dieses Geburtsfehlers durch Mehrheitsbeschluss der Aktionäre zulassen. Die Verletzung der Vorschriften des § 223 hat keine absolute Nichtigkeit zur Folge. Hier greift das Verkehrsinteresse wie an so manch anderer Stelle ein. Die AG. ist auch dann nur auflösbar. Sie behält ihre Rechtspersönlichkeit. Sie wird aber liquidier (§ 258 Abs. 1). Die Wichtigkeit der notwendigen Bestandteile bringt es mit sich, dass der Antrag auf Auflösung der Gesellschaft nicht nur von der Oberstaatsanwaltschaft und jeder interessierten Person gestellt werden kann. Er ist auch an keine Frist gebunden. Es bedarf auch keines Nachweises schädlicher Folgen aus der Verletzung des Gesetzes. Hier muss wieder das Bedenken, wie es schon oben bei der Zulassung jeden Aktionärs zum Auflösungsantrag geäußert wurde, auftauchen. Soll man wirklich jedem „Interessenten“ ohne weiteres das Recht geben, die Gesellschaft mitten in ihrer Tätigkeit vor die Gefahr der Vernichtung zu stellen? Sie kann sie allerdings durch Änderung des Gesellschaftsvertrags abwenden. Aber wird dies immer möglich sein? Der Registerrichter und der Oberstaatsanwalt unterliegen freilich auch keiner Beschränkung. Aber diese werden trotz der ihnen belassenen Freiheit doch nur zugreifen, wenn das öffentliche Interesse es fordert. Wegen eines Formfehlers, der niemandem schadet, werden sie sich kaum zu einem Vorgehen entschliessen. Sie werden wohl von der AG. die Richtigstellung der Statuten fordern. Wenn diese aber aus irgendwelchen Gründen sie nicht erreicht, werden sie im allgemeinen Interesse lieber die Gesellschaft mit dem Fehler weiter leben lassen als sie zerstören. Gibt man

aber jedem Aktionär oder Gläubiger das Recht, das Verfahren in Lauf zu setzen, so muss das Gericht es durchführen. Man wird die Erfahrung machen, dass ein solches Recht sehr leicht zum Pressionsmittel wird. Es gibt zwar Fälle, in denen der Aktionär selbst durch einen wesentlichen Mangel in den Statuten geschädigt ist. So wenn er seine Aktien verkaufen will und erfährt, dass sie nach Entdeckung des Fehlers nicht lieferbar sind. Er kann dann ein Interesse daran haben, sein Kapital durch die Liquidation aus dem Unternehmen herauszuziehen. Das Gesetz hat aber zu prüfen, ob dieses Einzelinteresse dem der Gesamtheit an der Erhaltung eines Unternehmens vorgeht. Bejaht man dies, so wäre doch der Antrag eines Aktionärs an den Nachweis eines solchen Interesses zu knüpfen. Auch dann müsste es dem Gerichte freistehen, bei überwiegendem Interesse der Gesamtwirtschaft an dem Weiterbestehen der AG. den Antrag abzulehnen. Anderen Personen als den Aktionären wird man den Anspruch auf Auflösung nicht zuzusprechen brauchen. Auch nicht den Gläubigern der AG. Ob es von solchen Personen ausgeübt werden kann, denen nur Rechte an der Aktie (Pfandrecht, Niessbrauch) zustehen, ist nach den Vorschriften des Zivilrechts zu beurteilen, und braucht hier nicht weiter verfolgt zu werden.

Die „anderen Bestimmungen der Statuten“.

Der Entwurf zählt in § 234 die Bestimmungen auf, welche nur gelten, wenn sie in den Statuten enthalten sind. Sie stehen insoweit im Gegensatze zu dem in § 223 geregelten gesetzlichen Inhalt der Statuten als sie zur Entstehung der AG. nicht notwendig sind. In diesen beiden negativen Momenten liegt das Gemeinsame. Dass trotzdem die in § 224 zusammengeschlossenen Fälle verschiedener Art sind, war man sich bei dessen Abfassung wohl bewusst. Man hat erwogen, ob die nur in den Statuten zulässigen Abweichungen vom Gesetze bei der Aufzählung des Inhaltes der Statuten aufzuführen seien, oder ob es genüge, die Möglichkeit der Abänderung jeweils bei den nur dispositiv gedachten Vorschriften zu erwähnen. Man hielt dies für Geschmackssache. Man glaubte aber doch durch die in § 225 erfolgte Zusammenstellung die Abfassung der Statuten zu erleichtern (Motive S. 8/9.).

Indess dürfte es sich nicht nur darum handeln, ob man auch die Fälle der in den Statuten erlaubten Abweichung vom Gesetze aufzählen soll. Weit wichtiger ist es, ob eine Verbindung dieser mit den zur Gründung gehörenden, wenn auch zum Entstehen der AG. nicht notwendigen Vorgängen befürwortet werden soll. Sie wird ja nur durch rein negative Momente hergestellt. Das verwischt leicht die

Wirkung der Unterscheidungsmerkmale und verlockt zu einer Gleichbehandlung auch wo sie weder geboten noch zweckdienlich ist. Die Bestimmungen in Ziffer 1 und 2 sind von ganz anderer Art als die der Ziff. 3 bis 9. Auch bei diesen hat Ziff. 9 eine andere Bedeutung als 3 bis 8. Sie nähert sich mehr den Ziffern 1 u. 2. Dies wird durch die Vorschrift des § 255 Abs. 2 Ziff. 2 bestätigt. Auf diese selbst wird später noch zurückzukommen sein. Die Wichtigkeit gerade der Regelung des Sacheinbringens und der besonderen Vorteile verlangt deren Herausnahme aus der Gesamtheit der der Aufnahme in die Statuten bedürftenden Bestimmungen.

Sacheinlage und Sachübernahme.

Einlagen, die nicht in barem Gelde bestehen, sind Sacheinlagen. Gegenstände, welche die Gesellschaft bereits bei ihrer Gründung von Dritten erwirbt (Anschaffungen) sind Sachübernahmen (§ 229 Abs. 2 § 230 Abs. 1). Gemeinsam ist bei beiden, dass sie die Unterlagen des Gewerbebetriebs der Gesellschaft bilden sollen. Auch wo diese nur mit Geld gegründet wird, bleibt es nicht bei diesem Zustande. Auch dieses ist in werbendes Kapital umzusetzen (§ 296 Abs. 1 Ziff. 6 und Abs. 2). Hier handelt es sich um die vielleicht wichtigste Aufgabe des Gesetzes bei der Gründung. Das der AG. geschenkte Vertrauen beruht auf der Solidität ihrer Gründung und der Sorgfalt ihrer Geschäftsführung. Hier steht das erstere Moment in Frage. Die Gefahr, dass bei der Gründung die Gesellschaft mit minderwertigen Vermögensgegenständen ausgestaltet wird, lässt sich nie völlig beseitigen. Es war und ist aber überall das Bestreben der Gesetzgebung, sie auf das geringst mögliche Mass herabzudrücken. So verfährt auch der Entwurf. Er fordert die Offenlegung des Sacherwerbes in den Statuten (§ 224 Ziff. 1). Dazu ist die genaue Angabe des Gegenstandes erforderlich. Das erwähnt § 224 Ziff. 1 zwar nicht ausdrücklich. Es ist aber selbstverständlich. Dazu die Bezeichnung der Person. Für die Sacheinlage wird die genaue Angabe der Aktien nach Zahl und Gattung, für die Sachübernahme die für sie vereinbarte Vergütung verlangt. Man spürt aus dem letzteren Momente bereits, dass auch zwischen Sacheinlage und Sachübernahme ein Unterschied besteht. Auch er wird sich bemerkbar machen. Bei beiden sieht man aber, dass sie, im Gegensatz zu den Bestimmungen der Abweichung vom Gesetze (§ 224 Ziff. 3 bis 8) überhaupt keine Regelung der künftigen rechtlichen Beschaffenheit der AG. enthalten. Es sind Absprachen der Gründer und ihnen entsprechend der Aktienübernehmer über den Vollzug der Zusage der Gesellschaftseinlage

oder über die Verwendung des durch die Geldgründung in die AG. fließenden Geldes. Der Entwurf verlangt, dass sie bekanntgegeben werden. Jeder Kreditgeber und jeder Aktienkäufer soll wissen, dass bestimmte Objekte schon bei der Gründung das Vermögen der AG. bilden. Das ist noch keine Sicherheit für das Vorhandensein des Stammkapitals. Es ist ein Warnungssignal für alle Interessenten. Zugleich der Ausgangspunkt für die weiteren Massnahmen. Soll dieser Zweck erreicht werden, so muss die Angabe über die Sacheinlage oder Sachübernahme vollständig sein. Der Entwurf verlangt in § 230 Abs. 1 Ziff. 1 im Gründerbericht die Mitteilung der „Rechtsverhältnisse und Bedingungen“. Für die Sachübernahme wird die Vorlage eines bereits geschlossenen Vertrags vorgeschrieben. Wenn dies unterbleibt, so würde hierdurch nicht nur die Entstehung der AG., sondern auch die Gültigkeit des Vertragsinhaltes nicht berührt. Es soll aber Klarheit darüber herrschen, dass ein Vertrag über den Erwerb eines Gegenstandes, der mit der Entstehung der AG. für sie wirksam wird, nur insoweit für sie Geltung beanspruchen kann, als sein Inhalt in den Statuten ersichtlich ist. Man denke an den Übergang eines bestehenden Handelsgeschäfts auf die AG. Hierbei sind oft eingehende Abreden erforderlich. So über den Ausschluss von Gewährleistungen, über das Recht des Veräusserers auf Kontrolle der Geschäfte bis zur Vollzahlung, über Schuldenübernahme, über eine Zusage eines Rechts auf Vertrieb der Produkte der AG. u. anderes. Man darf nicht davon zurückschrecken, dass alles dies durch die Statuten offengelegt wird. Die Verweisung in den Gründerbericht ersetzt dies nicht. Das gleiche wird erst recht für eine Sacheinlage gesagt werden. Nur was in den Statuten beurkundet ist, hat Anspruch auf Geltung. Wer ein Gebäude gegen Gewährung von Aktien in die Gesellschaft einbringt, kann ein von ihm dabei ausbedungenes Wohnrecht nicht beanspruchen, wenn es nicht in den Statuten erwähnt ist. Der Gegenstand der Sacheinlage muss die ganze Absprache über diese umfassen. Da aus dem Gesetzestext Zweifel entstehen können, wird empfohlen, dies ausdrücklich zu sagen.

An jede Sacheinlage oder Sachübernahme schliesst sich der Gründerbericht an (§ 230). Hier liegt der Nachdruck auf der Rechtfertigung des Wertes der „Sache“. Die Anweisungen in § 230 Abs. 1 Ziff. 2 sind nicht erschöpfend. Wo die angegebenen Hilfsquellen fehlen, werden Gutachten von Sachverständigen beigebracht werden dürfen. Der Richter hat darauf zu achten, dass sich der Bericht nicht in allgemeinen Redewendungen oder persönlichen Meinungen ergeht. Es empfiehlt sich in Ziff. 2 nach dem ersten Satze einzuschalten: „Die Bewertung ist durch Angaben von bestimmten Tatsachen zu

begründen“. Dies auch deshalb, weil die Haftung der Gründer an Aufnahme unrichtiger Tatsachen in Statuten und Bericht oder deren Verschweigen oder Verdrehen geknüpft ist (§ 429 Abs. 3 Ziffern 1 u. 2). Dies gilt auch für die Sacheinleger oder Sachveräusserer selbst (§ 429 Abs. 2). Es muss genügen, dass solche Unrichtigkeiten von ihnen verursacht sind. Andernfalls wäre ihre Haftung für die Richtigkeit der Bewertung illusorisch. Der Entwurf kürzt die Verantwortung der Gründer und Sacheinbringer dadurch ab, dass er sie zur Übernahme und Bezahlung von Aktien in Höhe des in Betracht kommenden Betrages des Stammkapitals zwingt (§ 429 Abs. 4). Gleichgültig ist, wie hoch der Minderwert ist. Für den Sacheinleger kommt eine Übernahme der Aktien nicht in Frage. Er hat sie ja schon gezeichnet. Nur muss er statt der Sache Geld geben. Die AG. hat bei nachgewiesenem Verschulden diesen Umwandlungsanspruch. Ist der Sacheinleger nicht zugleich Gründer, so können diese, stets unter der Voraussetzung, dass ihnen der Beweis des Nichtverschuldens nicht gelingt, zur Übernahme der Aktien gegen Geldeinlage angehalten werden. Sie erhalten die Aktien des Sacheinlegers. Auf die Auseinandersetzung mit diesem braucht hier nicht eingegangen zu werden. Sie richtet sich nach den Bestimmungen des Zivilrechts. Etwas anders dürfte die Durchführung der Vorschrift des § 429 Abs. 4 sich bei einer Sachübernahme gestalten. Auch die „von welchen bei der Gründung Anschaffungen gemacht sind“ trifft die Verantwortung für die unwahren oder unvollständigen Angaben. Sie haben aber keine Aktien übernommen. Wie ist die hierauf gerichtete Verpflichtung des Abs. 4 zu verstehen? Man sollte meinen, dass sie auf diesen Fall überhaupt nicht anwendbar ist. Der Verkäufer kann, abgesehen von der zivilrechtlichen Haftung für die Mängel einer Sache, auch aktienrechtlich, für einen Minderwert, den er kennen musste, verantwortlich gemacht werden. Aber ihn zur Übernahme von Aktien zu zwingen, liegt kein Anlass vor. Das scheidet auch schon daran, dass ein Beschluss über die Erhöhung des Stammkapitals erforderlich wäre. Schon hier macht sich der Unterschied zwischen Sacheinlage und Sachübernahme geltend.

Dieser Unterschied zwischen Sacheinlage und Sachübernahme kommt noch in stärkerem Masse zur Geltung, wenn man die Folgen der Unterlassung der Erwähnung in den Statuten prüft. Aus § 224 Ziffer 1 ergibt sich dass diese beiden Bestimmungen nicht gelten, wenn sie nicht in den Statuten enthalten sind. Die Absprachen unter den Gründern oder zwischen diesen und den Sacheinlegern und Sachveräusserern sind also mangels der Aufnahme in den Statuten ungültig. Dem entspricht § 252 Abs. 2, letzter Satz: „In Verpflichtungen aus

Verträgen über Sacheinlage und Gründeranzahlung kann die Gesellschaft nicht eintreten, wenn diese nicht ausdrücklich in Statuten, Prospekten und Zeichnungsscheinen angeführt wurden“. Über die Haftung für Rechtsgeschäfte namens der noch nicht entstandenen Gesellschaft wird später noch zu sprechen sein. Hier ist wesentlich, dass die Verträge über Sacheinlage und Sachübernahme ausdrücklich als nicht der Genehmigung der Gesellschaft fähig erklärt werden. Dazu kommt nun die bereits früher erwähnte Vorschrift des § 255 über die Wiederauflösung der eingetragenen Gesellschaft. Sie erfolgt ohne Rücksicht auf die Zeit, die nach der Eintragung verflossen ist, auf Antrag jeder interessierten Person oder der Oberstaatsanwaltschaft, wenn die Statuten die Bestimmung über Sacheinlage und Sachübernahme nicht enthalten, und die Gesellschaft „tatsächlich“ mit solchen gegründet wurde. Auch das Registergericht kann dann von amtswegen dieses Verfahren einleiten. Dabei ist auch hier die Gesellschaft aufzufordern, die „vorgebrachten Verletzungen des Gesetzes“ zu beseitigen (§ 256 Abs. 1). Bei dieser Regelung des Entwurfs fällt es auf, dass auf der einen Seite das Unterlassen der Aufnahme der Sacheinlage und Sachübernahme in die Statuten deren Ungültigkeit bedeutet. Daher kann sich ein Aktionär nicht durch Überlassung des vereinbarten Gegenstandes an die Gesellschaft von seiner Einlagepflicht befreien. Diese besteht aber trotzdem. Sie geht, da nichts anderes erwähnt ist, auf Geld. Zugleich aber soll auch jeder Aktionär das Recht haben, die Auflösung der Gesellschaft herbeizuführen. Dies gerade dann und nur dann, wenn die Leistung der Sache erfolgt war. Hier möchte man schon fragen, warum nur in diesem Fall? Das Gesetz wäre ebenso verletzt, wenn die beabsichtigte Sacheinlage verheimlicht ist, ohne dass es zu ihrer Leistung kam. Ja, in einem solchen Fall wäre wohl erst recht ein Grund zur Wiederauflösung der Gesellschaft gegeben. Die zweite Frage ist aber, warum neben die Unwirksamkeit der Abrede eine Vernichtung der Gesellschaft gestellt ist? Die Interessen der Gläubiger sind hinreichend gewahrt, wenn die Aktionäre trotz der gegenteiligen Absicht zur Einzahlung von Geld verpflichtet sind. Ein weiteres Bedenken aber fließt aus der im Entwurf vorgesehenen Aufforderung zur Heilung des Mangels. Bei der Sacheinlage ist dies schlechthin unmöglich. Die Gesellschaft ist ohne die gültige Vereinbarung einer Sacheinlage gegründet. Dieses Moment kann nicht aus der Welt geschafft werden. Man kann auch nicht nachträglich durch eine Änderung der Statuten die Sacheinlage einführen. Denn die Gründung ist ein historisches Ereignis. Es ist so erfolgt, wie es beurkundet wurde. Die nachfolgende Umgestaltung der Statuten wirkt nicht zurück. Sie kann auch nicht verhindern, dass in der Zwischenzeit die Gesell-

schaft auf Grund der der Öffentlichkeit zugänglichen Statuten Kredit erhielt. Diese Gläubiger wissen nichts von einer Sacheinlage. Es würde also dem Zweck des Gesetzes, durch seine Vorschriften die Gläubiger zu sichern, widersprechen, wollte man aus der beurkundeten Geldeinlage eine Sacheinlage machen. Würde man die Leistung der Einlagepflicht des Aktionärs durch Hingabe einer nicht in den Statuten erwähnten Sache zulassen, so wäre dies die Einführung einer auch dem Entwurf nicht bekannten Leistung an Zahlungsstatt. Nur auf dem Umwege, dass man das Stammkapital herabsetzte — selbstverständlich unter Beobachtung aller hierfür erforderlichen Vorsichtsmassnahmen (§ 397 ff.) — und dann das Stammkapital unter Vereinbarung einer Sacheinlage wieder erhöhte, liesse sich das Versehen, wenn ein solches vorliegt, wieder gut machen. Ist aber diese Heilung der Ungültigkeit der Sacheinlage nicht möglich, so wird man auch die Vorschriften des § 256 nicht anwenden können. Dann fällt aber auch die Grundlage der Auflösung der Gesellschaft. Es wäre unwirtschaftlich, sie zu vernichten. Es bleibt der Verwaltung der Gesellschaft überlassen, die Ungültigkeit der Sacheinlage geltend zu machen.

Wieder anders ist die Rechtslage bei einer Sachübernahme. Auch der hierüber von den Gründern mit dem Dritten abgeschlossene Vertrag ist ungültig. Aus ihm kann weder die Gesellschaft noch ein dritter Kontrahent einen Anspruch ableiten. Auch hier gibt es keine Heilung. Was man bei der Gründung versäumt hat, kann man nicht wieder nachholen. Aber ein Grund, deswegen, weil ein Veräusserungsvertrag im Gründungsstadium ohne rechtliche Wirksamkeit abgeschlossen wurde, die Gesellschaft aufzulösen, lässt sich nicht finden. Hier hat die Gesellschaft die Möglichkeit, unter Beobachtung der besonderen Vorschriften über den Erwerb von Gegenständen nach der Eintragung zwar nicht das ungültige Rechtsgeschäft gültig zu machen, wohl aber, den für sie wichtigen Gegenstand zu erwerben (§ 296 Abs. 1 Ziffer 5 Abs. 2 u. 3). Es dürfte sich empfehlen, diese Stelle in unmittelbarem Zusammenhang mit der Regelung der Sachübernahme in § 224 einzufügen. Es wird sich dann auch zeigen, dass eine Vervollständigung gerade dieser Vorschriften wünschenswert ist. Entweder kommt man dazu, dass man den Erwerb der Liegenschaften oder dauernd dem Unternehmen bestimmte Anlagen trotz Genehmigung der Generalversammlung und der Erstattung des Berichts der Verwaltung für unwirksam erklärt, wenn er bereits bei der Gründung vereinbart war, oder aber man muss ihn ohne Rücksicht auf den letzteren Umstand unbedingt wie die Sachübernahme bei der Gründung der Prüfung durch die Revisoren unterwerfen. Das in § 296 Abs. 2 vorgeschlagene Recht der Minorität, die Revision zu fordern, genügt

nicht. In der ersten Zeit nach der Gründung beherrschen vielfach die Gründer und ersten Aktienübernehmer noch die Generalversammlung. Der Versuch, die Revision zu umgehen, wird dann gern gemacht werden, wenn nicht mehr verlangt wird als ein Bericht an die Generalversammlung. Verlangt man aber unbedingt für jeden innerhalb der ersten drei Jahre nach der Gründung erfolgenden Sacherwerb die Prüfung durch die Revisoren, so wird der Hauptanreiz zur Umgehung des Gesetzes genommen sein. Man wird auch weiter daran anknüpfend zu fragen haben, ob die Beschränkung der Vorschriften des § 296, Abs. 1, Ziffer 5 auf Grundstücke und dauernde Anlagen gerechtfertigt ist. Wenn bei der Gründung die AG. einen grossen Posten Rohmaterial, oder, wenn sie kein Industrie- sondern ein Handelsgewerbe betreibt, einen grossen Posten Ware zur Weiterveräusserung kauft, so bedarf dieser Vertrag zur Gültigkeit der Aufnahme in die Statuten. Warum sollte dann nicht auch für diese Gegenstände die Beobachtung der Vorschriften in § 296 erforderlich sein? Wenigstens dann, wenn dieser Kauf einen erheblichen Teil des in bar eingezahlten Stammkapitals in Anspruch nimmt. Nur wäre hier eine weit kürzere Frist als bei dem Erwerb von Immobilien oder Anlagen angezeigt. Hält man dieses System für gerecht, dann wird man auch wieder darin einen Beleg dafür haben, dass eine Auflösung der Gesellschaft wegen des Unterlassens der Aufnahme der Sachübernahme in die Statuten nicht gerechtfertigt erscheint.

Noch einer anderen Umgehung der Vorschriften über die Sacheinlage soll gedacht werden. Die Gesellschaft wird mittels reiner Bargründung errichtet. Das Stammkapital ist das mindest zulässige. Unmittelbar nach der Eintragung beschliessen die Aktionäre die Erhöhung des Stammkapitals. Diese Erhöhung kann das Vielfache des Ursprünglichen bedeuten. Dabei kann bei der Zeichnung der neuen Aktien eine Sacheinlage vereinbart werden. Aus § 287 Abs. 1 wird man in entsprechender Anwendung des § 224 Abs. 1 entnehmen, dass der Beschluss über die Erhöhung des Stammkapitals auch die Sacheinlage bezeichnen muss. Dagegen fehlen die Vorschriften, die dem Gründerbericht (§ 230) und der Prüfung durch die Revisoren (§ 231 ff.) entsprechen. Aus § 391 ist aber ersichtlich, dass offenbar sowohl der Gründerbericht wie der Revisorenbericht vorausgesetzt ist. Damit ist der Versuchung, die Bestimmung des Gesetzes in der eben beschriebenen Weise zu umgehen, ein Riegel vorgeschoben. Der Anreiz, den Weg der Erhöhung des Stammkapitals zu wählen, statt dieses sofort vollständig anzugeben, wird erstickt, wenn doch Prüfung durch Revisoren nicht zu vermeiden ist. Man kann hierin wieder eine Bestärkung des im Vorhergehenden gemachten Vorschlags sehen, dass bei der

Sachübernahme in den ersten drei Jahren nach Gründung der Gesellschaft die Revision durch die üblichen Prüfer stattzufinden hat. Andererseits aber wirft sich die Frage auf, ob der Revisorenbericht bei jeder Erhöhung des Stammkapitals mit Sacheinlage erforderlich ist, auch dann, wenn länger als drei Jahre seit der Gründung der Gesellschaft verstrichen sind. In § 391 Abs. 3 sind die Vorschriften des § 296 Abs. 1 Punkt 5 und der Absätze 2 und 3 auch für die Erhöhung des Stammkapitals angeführt. Dies könnte sich nur auf Sachübernahmen beziehen. Auf solche aber, soweit sie nicht in die ersten drei Jahre seit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister fallen, wird man doch die Vorsichtsmassnahmen nicht erstrecken dürfen.

Wie aus dem Vorhergehenden schon ersichtlich legt der Entwurf entscheidenden Wert auf die Prüfung der Gründung durch die Revisoren. Hier setzt die unmittelbare Fürsorge des Staates ein. Auch da, wo er nach dem Entwurf sich die Erteilung der Konzession vorbehalten hat, prüft er zwar nicht selbst die Unterlagen der Gründung. Er zwingt aber überall deren Revision durch die vom Gericht zu ernennenden Revisoren. Die eingehenden Bestimmungen der §§ 231 bis 233 zeigen, welche Bedeutung gerade diesem Faktor zukommt. Auch bei der Prüfung der Anmeldung spielt der Bericht der Revisoren eine erhebliche Rolle (§ 250 Abs. 2). Dort ist die Behebung von Mängeln im Gründerbericht und auch die fehlenden Aufklärungen und Verbesserungen desselben erwähnt. Wird dem nicht innerhalb einer vom Gericht zu bestimmenden Frist entsprochen, so wird die Eintragung der angemeldeten Gesellschaft zurückgewiesen. Damit ist aber der bei weitem wichtigere Fall nicht geregelt, dass die Revisoren zu einer von der der Gründer erheblich abweichenden Bewertung der einzubringenden oder von der Gesellschaft zu erwerbenden Sachen gelangen. Man kann im ersteren Falle daran denken, dass bei dem Einbringen einer minderwertigen Sache auf die zu übernehmenden Aktien ein Verstoss gegen das Verbot der Unterpari-Emission vorliegt (§ 229 Abs. 1). Es ist nicht erlaubt, auf eine Aktie über 1000 Dinare nur eine Barzahlung von 800 Dinaren festzusetzen. Es muss ebenso unstatthaft sein, auf eine solche Aktie einen Gegenstand, der in Wirklichkeit nur 800 Dinare wert ist, einzubringen. Man kann hieraus die Befugnis des Gerichts zur Zurückweisung der Anmeldung ableiten. Bei der Sachübernahme würde dieses Moment versagen. Das Gericht müsste die Eintragung vornehmen, auch wenn durch den Revisorenbericht unzweideutig erwiesen würde, dass der verkaufte Gegenstand weit weniger wert ist, als in den Statuten hierfür bewilligt wird. Man müsste sich damit begnügen, dass gegen die Gründer und gegen den Sachverkäufer ein Regressanspruch

besteht. Dieser aber könnte wieder nur von der Gesellschaft und beim Nachweis des eingetretenen Schadens geltend gemacht werden. Dies zwingt dazu, im Gesetz selbst dem Gericht das Recht der Zurückweisung ausdrücklich zuzusprechen. Den Beteiligten steht dann die Anrufung der höheren Instanz frei. Sie können den Nachweis versuchen, dass die Auffassung der Revisoren unrichtig ist. Man wird auch bei zweifelhaften Fragen geneigt sein, nicht allzu rigoros zu verfahren. Wo aber eine Täuschung über den Wert der Einlage offen zu Tage liegt, fliesst die Unterbindung der Entstehung der Gesellschaft aus der ganzen Tendenz der Aktiengesetzgebung.

Den letzten Schritt in der Sicherung des Verkehrs vor unsoliden Gründungen macht der Entwurf durch die Sperre der mit Sacheinlagen beglichenen Aktien (§ 265 Abs. 1). Sie sind mit dem Vermerk der Sacheinlage zu versehen (§ 265 Abs. 2). Sie bleiben entweder bei der Gesellschaft oder auf Verlangen des Aktionärs bei einem der in § 236 des Entwurfs beschriebenen Geldinstitute hinterlegt. Dies bis zur Genehmigung der Jahresbilanz auf Ablauf des zweiten Geschäftsjahres nach Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister. An den Aktien besteht gleichzeitig auch ein Pfandrecht der Gesellschaft zur Sicherheit für die ihr auf Grund der Sacheinlage zustehenden Schadensersatzansprüche. Hiedurch wird der Weiterverkauf dieser Aktien so lange verhütet, bis nicht das Unternehmen selbst erprobt wurde. Ein absolutes Mittel zur Sicherheit liegt natürlich auch hierin nicht. Aber immerhin kann der Zwang zur Zurückbehaltung der Aktien verhüten, dass alsbald nach der Gründung diese in ein geschäftsunkundiges Publikum eindringen. Rechtsgeschäfte aus diesen Aktien sind nicht verboten. Sie können unbeschadet der Forderung der Hinterlegung gültig abgeschlossen werden. Solche Verträge gehören aber nicht dem regelmässigen Geschäftsverkehr an. Man wird diese Art der Regelung im Entw., die einen mittleren Weg einschlägt, als eine brauchbare Lösung ansehen müssen.

Nicht ganz deutlich ist die dem § 265 Abs. 4 zu Grunde liegende Absicht. Die Bestimmungen über die Sperre sollen auch, sofern die Gesellschaft mit Gründungseinzahlungen gegründet wurde, für den Betrag gelten, welcher den Beträgen für diese Sachübernahme entspricht. Nun erhält doch der Veräusserer von Grundstücken oder sonstigen Gegenständen keine Aktien. Sie können also nicht hinterlegt werden. Soll der Sinn dieser Bestimmung sein, dass von den gegen Geldeinlage gezeichneten Aktien ein dem Kaufpreis für die von der Gesellschaft laut Statut übernommenen Objekte gleichkommender Betrag in Aktien vom Verkehr ausgeschlossen ist? Dies dürfte nicht einfach durchzuführen sein. Die Motive (S. 38) erklären es für Sache

der Gründer, vertraglich für die Bindung der Aktien zu sorgen. Das Registergericht habe sich dann zu überzeugen, ob diese Bedingung erfüllt ist. Man denkt hier also an einen mittelbaren Zwang. Jedenfalls wäre eine Verdeutlichung der Bestimmung des § 265 Abs. 4 erwünscht.

Persönliche Vorteile, Entschädigungen und Entlohnungen.

Neben den Sacheinlagen bilden die Versuche, für die Gründer besondere Vorteile zu erlangen, ein Hauptquell der Gefahr für die Aktiengesellschaften. Begrifflich lassen sie sich von den Sacheinlagen trennen. In der Wirklichkeit gehen sie leicht ineinander über. Sind die Gründer zugleich Sacheinleger, so kann sich in der Bemessung des Wertes die Vergütung für die Gründertätigkeit verbergen. Ebenso kann man begrifflich dem Gründervorteil die Gründerentlohnung gegenüberstellen. Die letzteren sind Vergütungen für die Aufwendungen an Mühe und Geld bei Gelegenheit der Gründung. Sie lassen sich als „Dienste“ bezeichnen (§ 224 Abs. 2). Die ersteren erscheinen dagegen lediglich im Gefolge der „Beteiligung“. Aber auch hier werden im Leben beide Vorgänge leicht ineinanderfließen. Es wird schwer festzustellen sein, ob eine Zusage an die Gründer, sobald sie selbst Aktionäre werden, nur für ihre Beteiligung oder auch für ihre Mühewaltung versprochen wurde. Man wird vielleicht geneigt sein, eine Gegenleistung für Arbeit und Geldaufwand mit anderen Augen anzusehen als eine nur aus der Beteiligung fließende Zuwendung. Aber auch dies ist nicht durchweg zutreffend. Besteht die Sacheinlage eines Gründers in einer Erfindung, so ist es wirtschaftlich, diesem Aktionär wenig Aktien zu geben, zugleich aber ein persönliches Vorrecht am Gewinn. Dabei ist es durchaus möglich, dass derselbe Aktionär sich für die Gründung bemühte. Es können sehr wohl die mehreren Momente zusammenfließen. Daher erscheint es durchaus begrifflich, dass der Entwurf (§ 224 Abs. 2) zwar die verschiedenen Fälle erwähnt, sie aber gleichzeitig auch wieder als eine Einheit behandelt. Dem entspricht auch dann wieder, dass der Gründungsbericht über die persönlichen Vorteile, Entschädigungen und Entlohnungen sich auszusprechen hat (§ 230 Abs. 1). Die Revisoren haben bei ihrer Nachprüfung darzulegen, ob die persönlichen Vorteile, Entschädigungen oder Entlohnungen den Umständen angemessen sind (§ 233 Abs. 2). Die Nicht-Aufnahme der Abreden über diese persönlichen Vorteile oder Entschädigungen und Entlohnungen in die Statuten hat auch hier die Folge, dass eine Verpflichtung der Gesellschaft hieraus nicht entsteht. Auch das ergibt sich hier aus der einleitenden Bestimmung in § 224. Es können daher auch an sich gerechtfertigte

Vergütungen für die Bemühungen um die Gründung nicht eingefordert werden. Eine Erfüllung von Zusagen in dieser Richtung durch die Gesellschaft nach ihrer Entstehung ist unzulässig. Das Geleistete kann zurückgefordert werden. Der Vorstand ist der Gesellschaft verantwortlich. Der Entwurf entscheidet nicht hiebei, wem diese Vorrechte, oder die Entlohnungen und Entschädigungen zukommen sollen. Es muss sich nicht um einen Gründer handeln. Auch nicht einmal um einen Aktienübernehmer. Jeder Dritte gehört hierher stets unter der Voraussetzung, dass es sich hier um einen Ausfluss der Gründung handelt. Dies ergibt sich nicht nur aus dem Wortlaut sondern auch aus der in § 224 Abs. 2 vorgesehenen Ausnahme. Die Ansprüche von Banken und Rechtsberatern gehören nicht hierher. Vorausgesetzt, dass die herkömmliche Provision oder das angegebene Honorar nicht überschritten ist. Dem liegt der wirtschaftlich gesunde Gedanke zugrunde, dass man die Vereinbarungen mit solchen Hilfspersonen nicht in die Statuten aufzunehmen pflegt. Auch entfalten sie ihre Tätigkeit nicht selten erst nach der Feststellung der Statuten. Auch die Genehmigung durch die konstituierende Versammlung bei der Sukzessivgründung (§ 252 Abs. 2) ist nicht üblich. Man wird den in § 224 Abs. 2 niedergelegten Gedanken weiter fassen dürfen. Alle Verträge mit Personen, die nicht Gründer oder Aktionäre sind, deren Dienste aber für die AG. im Gründerstadium in Anspruch genommen wurden, gehen zu Lasten der Gesellschaft, vorausgesetzt, dass sie sich in dem Rahmen des Angemessenen halten. Die Bestimmungen des Entwurfs müssen stets unter dem Gesichtspunkt der Vermutung unlauterer Gründungen betrachtet werden. Dies führt zu Massnahmen gegen die Gründer und die ersten Aktienzeichner, namentlich bei Sacheinlage oder Sachübernahme. Es besteht aber keine Veranlassung, harmlosen Dritten, welche ohne jede Nebenabsicht für die Gesellschaft tätig wurden, einen Anspruch gegen die Gesellschaft zu verweigern. Den Banken und Rechtsanwälten stehen Ingenieure, welche die Fabriken besichtigen, Revisoren, welche die Bücher und Bilanzen geprüft haben, gleich. Es liegt auch keine Grund vor, nur die Provisionen der Banken zu privilegieren. Es können auch sehr wohl erfahrene Vermittler für das Zustandekommen der Gründung eine übliche Provision verdient haben. Nur wenn sich unter dem Deckmantel dieser Vergütung in Wirklichkeit geheime Gewinne verbergen, wenn die Bank unter dem Namen der Provision für einen der Gründer einen Gewinn einstreicht, wird man dieses Abkommen für ungültig erklären. Daher empfiehlt sich eine grundsätzliche Beschränkung der Bestimmung des § 224 Abs. 2 auf die Einräumung von Vorteilen oder die Zuerkennung von Entlohnungen und Entschädigungen an Gründer oder Aktienübernehmer. Wobei es

wieder gleichgültig ist, ob es sich um eine Simultan- oder eine Sukzessivgründung handelt. Dagegen wird man die Entlohnung und Entschädigung für ausserhalb dieses Kreises stehende Personen für ihre Tätigkeit bei der Gründung der Gesellschaft auch ohne Aufnahme in die Satzung für rechtsgültig erklären. Will man vorsichtig sein, so fügt man nicht nur bei, dass sich diese Vergütung in den angemessenen Grenzen halten, sondern auch, daß es sich um eine zur Entstehung der Gesellschaft erforderliche Tätigkeit handeln muss. Dann ist zugleich auch damit gesagt, dass die Gesellschaft mit diesen Verpflichtungen belastet ins Leben tritt. Der Entwurf enthält noch eine weitere Beschränkung. Er verbietet die Auszahlung von persönlichen Vorteilen, Entschädigungen und Entlohnungen zu Lasten des Stammkapitals. Das ist zweifellos richtig, soweit es sich um Vorteile für einen Aktionär handelt. Man würde ihm auf diesem Wege das von ihm eingezahlte Kapital wieder zurückgeben. Daher sind Zusagen auf jährliche Zahlung einer bestimmten Summe nur aus dem Gewinn statthaft. Es ist Sache der Auslegung der Statuten, diese Beschränkung als gewollt festzustellen. Man wird es auch billigen, dass man eine derartige Zuwendung aus dem Stammkapital an Aktionäre auch für deren Dienste für bedenklich hält. Dagegen dürfte es wohl nicht angehen, in dem oben erwähnten Fall der Arbeiten Dritter für die Gesellschaft die Heranziehung des einbezahlten Kapitals zu verbieten. Denn die eben entstandene Gesellschaft kann noch nichts verdient haben. Sie kann aber nicht die Bezahlung der ihr geleisteten Dienste auf so lange verschieben, bis ihr Unternehmen einen Ertrag abwirft. Sie muss ja auch die an die Gründung angeknüpften Abgaben alsbald begleichen können. Das wird dann freilich auch wieder dazu führen, dass den Gründern und Erstaktionären die ihnen für ihre Hilfeleistung zukommenden Vergütungen doch wieder aus dem Vermögen der Gesellschaft bezahlt werden dürfen. Man kann sie, wenn es sich um wirklich geleistete Dienste handelt, schliesslich hier nicht schlechter stellen als die Fremden. Andernfalls würde ein Bank, welche die Gründung der Gesellschaft durch Bezahlung des Kapitals ermöglichte, von der Übernahme von Aktien praktisch ausgeschlossen sein. Der Kernpunkt der gesetzgeberischen Regelung wird stets darin liegen, die Gesellschaft vor einem Missbrauch des Einflusses, den die Gründer und Erstaktionäre haben, zu bewahren. Soweit dies nicht geboten erscheint, wolle man sich vor einer Überspannung einer Schutzmassregel hüten.

Dies gilt dann auch wieder hier von der im Entwurf für die Verletzung der Vorschriften in § 224 Abs. 2 vorgesehenen Auflösung der Gesellschaft. Deren Interessen sind hinreichend geschützt, wenn die nicht in den Statuten erscheinende Vereinbarung ungültig ist. Man

kann die Gesellschaft als solche, deren Aktien vielleicht in ganz anderen Händen sind als bei der Gründung, nicht dafür strafen, dass bei der Vereinbarung zu Gunsten eines der Gründer bestimmte Vorteile nicht in die Statuten aufgenommen wurden. Auf eine solche Strafe käme aber die Wiedervernichtung der Gesellschaft hinaus. Ein aufblühendes Unternehmen könnte durch einen Konkurrenten, der sich einige Aktien beschafft hat, zur Liquidation gezwungen werden. Eine Heilung dieses Unterlassens kann es im vorliegenden Fall nicht geben. Die Aufnahme der Gründervorteile in die Statuten ist nur bei der Gründung möglich. Eine spätere Änderung der Statuten entspricht dem nicht. Auch dies zeigt wieder, dass man an die Verletzung des Gesetzes nur die Ungültigkeit der nicht in die Statuten aufgenommenen Vereinbarung knüpfen soll.

Verpflichtungen zu Nebenleistungen.

Der Aufnahme in die Statuten bedürfen auch die Bestimmungen über nebensächliche zeitweise Leistungen von Aktionären, die nicht in Geld bestehen (§ 224 Abs. 9). Gedacht ist hier an die Verarbeitung landwirtschaftlicher und forstwirtschaftlicher Produkte. Die Motive geben zu (S. 49), dass dies in Jugoslawien nicht oft vorkommt. Man will aber trotzdem die Möglichkeit offen lassen. Dem ist durchaus zuzustimmen. Vielleicht wird gerade durch die gesetzliche Regelung ein wirtschaftlich nützliches Unternehmen geschaffen. Der nähere Inhalt dieser Abrede ist in § 285 bestimmt. Auch dies in durchaus sachentsprechender Weise. Bedenken erweckt aber hier wieder die Einreihung einer Verletzung der Vorschrift des § 224 Ziffer 9 unter die Fälle der Auflösungen der Gesellschaft. Auch in den Rechtsgebieten, welche an den Aktienbesitz angeknüpfte Verpflichtungen zur wiederkehrenden Leistung nicht kennen, begnügt man sich mit zivilrechtlichen Verträgen. Man hatte keinen anderen Weg. Dies allein zeigt schon, dass man eine Gesellschaft nicht vernichten darf, weil sie auf die aktienrechtliche Festlegung dieser Nebenleistung verzichtet und nur eine obligatorische Leistung der Aktionäre einführt. Die Gesellschaft entsteht dann allerdings nicht, wenn dieses Übereinkommen nicht in die Statuten aufgenommen wurde. Höchstens, dass die Aktienübernehmer unter sich eine Verpflichtung zu Gunsten der Gesellschaft eingegangen sind. Diese Verträge müssen dann von der Gesellschaft selbst nach ihrer Entstehung übernommen werden. Oder, wo diese noch nicht getätigt sind, wird die Gesellschaft, auf den Vorbereitungen fussend, selbst die Lieferungsverträge abschliessen. Es kann Fälle geben, in denen sich auch trotz gewisser Nachteile dieser Modus empfiehlt. Jedenfalls erhellt

auch hieraus wieder, dass man einen Antrag auf Auflösung der Gesellschaft nicht anerkennen sollte. Daher gelangt man schliesslich zu dem Resultat, dass die Bestimmung in § 255 Abs. 2 Ziffer 2 gestrichen werden soll.

Die anderen Bestimmungen in den Statuten.

Dass Bestimmungen über erlaubte Abweichungen vom Gesetz nur durch die Statuten getroffen werden können, ist schon früher anerkannt worden. Die in § 124 Ziffern 3 bis 8 u. 10 bis 17 enthaltene Aufzählung erscheint entbehrlich. Sie kann unter Umständen irreführen. Dies hängt wieder mit der früher erörterten Frage zusammen, ob alle gesetzlichen Vorschriften, die nicht ausdrücklich als dispositiv erklärt sind, zwingenden Charakter haben. Sieht man von einem solchen Ausspruch des Gesetzes ab, so dürfte hieraus auch die Entbehrlichkeit der Aufzählung der abänderlichen Vorschriften sich ergeben. Es ist immerhin möglich, dass sich andere als die in § 224 benannten Anordnungen ganz oder teilweise als einer abweichenden Festsetzung zugänglich herausstellen. Man sollte auch hier der Entwicklung des Rechts keinen Riegel vorschieben.

In eine andere Kategorie gehört die in § 252 erwähnte Möglichkeit, Geschäfte durch Einfügung in die Statuten mit dem Entstehen der Gesellschaft für diese rechtswirksam zu machen. Ob dies bei der Regelung der Materie „rechtliche Entstehung der Gesellschaft“ geschieht, oder ob man dies schon bei dem Inhalt der Statuten erwähnt, ist gleichgültig. Wenn man, wie es in § 252 geschieht, auch andere Möglichkeiten der sofortigen Wirksamkeit der für die Gesellschaft geschlossenen Rechtsgeschäfte ins Auge fasst, so wird man besser dies dort im Zusammenhang behandeln. Dabei darf allerdings ein Zweifel nicht unterdrückt werden, ob man bei der Sukzessivgründung sich mit der Erwähnung dieser Geschäfte in Prospekten und Zeichnungsscheinen, verbunden mit der Genehmigung der konstituierenden Versammlung begnügen sollte. Denn schliesslich sind doch die Statuten die Stelle, an welcher man sich über die Entstehung der Gesellschaft unterrichtet.

3. Die Übernahme der Aktien.

Auf die Feststellung der Statuten folgt die Deckung des Stammkapitals durch die Übernahme der Aktien. Auch hier hat die Fürsorge des Gesetzes eine wichtige Aufgabe. Der Entwurf geht gleich den Gesetzen des Kontinents von dem Prinzip der Volldeckung aus. Eine AG. kann nicht entstehen, wenn nicht alle Aktien übernommen sind. Die Übernahme bedeutet zunächst nur die Entstehung einer Verpflich-

tung zur Leistung der Kapitaleinlage. Aber auch diese selbst wieder ist an späterer Stelle (§ 249) in den Bereich der gesetzlichen Bestimmungen gezogen.

Mit dem Prinzip der Volldeckung hat der Entwurf auch den in der letzten Zeit viel besprochenen Gedanken des sogenannten genehmigten Kapitals abgelehnt. Er ist im englisch-amerikanischen Recht durchgebildet. Das „authorized capital“ steht im Gegensatz zu dem „issued capital“. Nur das letztere muss begeben sein. Das erstere steht offen. Die Verwaltung soll in dem ihr richtig erscheinenden Moment, ohne nochmal die Generalversammlung zu fragen, die Aktien herausbringen können. Die Motive (S. 104/105) weisen auf den deutschen Entwurf des Aktienrechts hin. Dort ist das genehmigte Kapital, wenn auch mit einigen Beschränkungen vorgesehen. Man wird dem Entwurf für Jugoslawien zustimmen, wenn er von dieser Übernahme des englischen Rechts absieht. Auch der Vorschlag des deutschen Entwurfs ist nicht ohne starken Widerspruch geblieben. Er geht weniger von den Gefahren aus, welche dem alten Aktienbesitz durch das unerwartete Herausbringen der jungen Aktien droht. Der Schwerpunkt liegt hier in dem bereits an früherer Stelle erwähnten Konflikt zwischen der Verwaltung und der Gesamtheit der Aktionäre. Sehr lehrreich wären hierfür die Beratungen des deutschen Entwurfs im Reichswirtschaftsrat. Der Widerspruch gegen die Vorlage der Regierung entsprang hauptsächlich aus dem Misstrauen gegen Vorstand und Aufsichtsrat. Schliesslich hat man sich dort auf ein Kompromiss geeinigt. Man liess das autorisierte Kapital zwar zu. Es musste aber von seiner Genehmigung in den Statuten innerhalb von zwei Jahren Gebrauch gemacht sein. Damit näherte sich aber das autorisierte Kapital erheblich einer Erhöhung des Stammkapitals im Normalweg des Beschlusses der Generalversammlung. Auch in diesem Fall wird man den Beschluss der Erhöhung nicht auf unbestimmt lange Zeit gelten lassen können. So hat auch der vorliegende Entwurf die zwei jährige Frist eingeführt (§ 396). Welches Interesse das stärkere ist, das, zur Ausnutzung eines günstigen Geschäfts oder zur Erzielung des richtigen Kurses den geeigneten Zeitpunkt sich nicht entgehen zu lassen, oder aber das der Aktionäre, einen Missbrauch der Verwaltung zu eigennützigen Zwecken zu verhüten, wird sich theoretisch nie entscheiden lassen. Massgebend werden nur die praktischen Erfahrungen sein, die man in einem Lande gemacht hat. Jedenfalls ist es aber besser, wenn man sich zunächst von solchen Experimenten fernhält. Auch in Deutschland ist noch das letzte Wort über dieses vielumstrittene Problem nicht gesprochen.

Eine Ausgabe der Aktien unter pari ist nicht gestattet (§ 229

Abs. 1). Auch hier hält der Entwurf an einem erprobten Grundsatz des Aktienrechts fest. Bei der Gründung lassen sich auch keine wirtschaftlichen Momente für deren Zulassung anführen. Sie tauchen erst bei der Erhöhung des Grundkapitals auf. Bei Gesellschaften, deren Aktien unter pari stehen, wird die Aufnahme neuen Kapitals ausserordentlich schwierig sein. Die Stammaktionäre müssen Opfer bringen. Diese bestehen in der Einräumung von Vorzugsrechten, die wieder für die Stammaktien recht drückend sein können. Aber auch dann ist eine Unterpari-Ausgabe nicht zu befürworten. Eine solche bedeutet stets einen offenen Verlust am Stammkapital. Er müsste aus den künftigen Gewinnen wieder beseitigt werden. Am ehesten liesse sich noch eine Unterpari-Emission dann denken, wenn Reserven vorhanden sind. Die Übernehmer der neuen Aktien zahlen nicht den vollen Nennbetrag. Die Differenz würde aus den Reserven gedeckt werden. Dies also ginge zu Lasten der alten Aktionäre. Sie könnten die Reserven ja aufteilen und die ihnen hiernach gutkommenden Beträge den Übernehmern der neuen Aktien zugute kommen lassen. Indess liegt ein Bedürfnis für ein solches Verfahren wohl nicht vor. Man wird mit Recht zweifeln, ob eine Gesellschaft mit entsprechenden Reserven in der Tat ihre neuen Aktien unter pari ausgeben muss. Das Verfahren ist auch ein ziemlich kompliziertes. Dass in § 386 Abs. 2 Satz 2 für den geringsten Kurs der neuen Aktien der Nennwert zuzüglich des Anteils an den Reserven auf jede Aktie verlangt wird, spricht ebenfalls den Willen des Gesetzgebers aus, auch diese Art der Unterpari-Emission zu vermeiden.

Simultan- und Sukzessivgründung.

Je nach der Art der Aktienübernahme unterscheidet man die Simultan- und die Sukzessivgründung. Die beiden Worte haben ursprünglich eine andere Bedeutung, als sie jetzt im Entwurfe zeigen. Die Simultangründung deutet darauf, dass zugleich mit der Feststellung der Statuten alle Aktien übernommen werden. Bei der Sukzessivgründung werden erst allmählich stufenweise die Aktionäre gewonnen. Beiden Formen liegen auch verschiedene wirtschaftliche Vorgänge zu Grunde. Die Simultangründung wird durch einen einheitlichen Willen der Aktienübernehmer herbeigeführt. Sie werden in den meisten Fällen eine Gesellschaft unter sich bilden. Aber auch, wo das nicht der Fall ist, sind sie durch das an sie unmittelbar gerichtete Vorgehen der Gründer zu einem geschlossenen Kreise vereint. Der wirtschaftliche Kernpunkt liegt in dem letzteren Momente. Die Gründer wenden sich nicht an ein grosses Publikum, das mit ihnen nicht in unmittelbarer Berührung steht. Die von ihnen gewonnenen Aktionäre

bedürfen keines besonderen Schutzes. Es ist ihre Sache, sich über die Grundlage der neuen Gesellschaft zu orientieren. Daher liegt in der Bestimmung des § 234 der Nachdruck darauf, dass die Aktienübernahme ohne öffentliche Zeichnung, also auch ohne einen Prospekt erfolgt. Erforderlich ist die vorherige Feststellung der Satzung durch die Gründer. Offenbar wird auch die Erstattung des Berichts der Gründer und der Revisoren vorausgesetzt (§ 234 Abs. 1 Satz 2). Hieran schliesst sich die Erklärung der Aktienübernehmer an, dass sie den Inhalt der Statuten billigen und dass sie von den Berichten der Gründer und Revisoren Kenntnis genommen haben. Hieraus ist ersichtlich, dass die Vorbereitung der Gründung der Aktienübernahme vorausgehen soll. Andererseits aber muss damit gerechnet werden, dass auch die Gründer unmittelbar nach der Feststellung der Statuten die Aktien zeichnen (Motive S. 24). Dann kann aber doch der Gründerbericht, jedenfalls nicht der Revisorenbericht, in diesem Momente bereits vorhanden sein. Beide setzen die Errichtung der Statuten und die darin enthaltenen Bestimmungen über die Sacheinlagen und Sachübernahmen voraus. Daraus wird man wieder folgern müssen, dass die Verschiebung des Gründerberichts und der Revision in den Zeitpunkt nach der Aktienübernahme nicht unzulässig ist. In § 255 Abs. 1 ist an die Verletzung jeder Bestimmung des Gesetzes die Möglichkeit des Auflösungsverlangens geknüpft, wenn daraus schädliche Folgen entstehen können. Darunter würden auch die in § 234 Abs. 1 Satz 2 enthaltenen Vorschriften fallen. Wohl wird es nur selten möglich sein, hierdurch einen Schaden für die Gesellschaft nachzuweisen. Es dürfte sich trotzdem empfehlen klarzustellen, dass eine zwingende Vorschrift, wonach auch bei der Simultangründung vor der Aktienübernahme die Berichte von Gründern und Revisoren vorliegen und den Aktienübernehmern zur Kenntnis gebracht werden müssen, nicht gewollt ist.

Das äussere Kennzeichen für die Simultangründung ist die notarielle Urkunde. Ihr Inhalt ist genau vorgeschrieben. Das Verlangen, dass auch die Sacheinlagen und Sachübernahmen darin angeführt werden müssen, soll als Sicherung für die Aktienübernehmer dienen. Sie werden hierdurch nochmals auf diese Grundlagen der Gesellschaft hingewiesen. Sie müssen aber doch auch bei der Übernahme erklären, dass sie mit den Statuten einverstanden sind. Aus diesen haben sie bereits die Sacheinlagen und Sachübernahmen ersehen. Es dürfte sich daher die Wiederholung erübrigen. Man sollte Urkundee, von deren korrektem Inhalt die Wirkung abhängt, nicht unnötig beschweren. Gerade wenn man davon ausgeht, dass die unmittelbar durch die Gründer gewonnenen Aktionäre sich mit diesen selbst zu verständigen und von diesen

die erforderlichen Auskünfte einzuholen haben, muss man ihnen auch zutrauen, dass sie den Inhalt der Statuten gelesen haben. Man kann deshalb empfehlen in Abs. 2 den zweiten Satz zu streichen. Es heisst ja auch ausdrücklich in Abs. 3, dass der Übernehmer einer Aktie nicht geltend machen kann, dass ihm der Inhalt der Statuten nicht bekannt gewesen sei. Auch nicht, dass er mit denselben nicht einverstanden war. Dies bestätigt wieder, dass die ausdrückliche Aufnahme der Bestimmung über Sacheinlagen und Sachübernahmen in die Übernahmeerklärung der Aktionäre keine Bedeutung haben kann. Das Unterlassen der Aufnahme dieser Bestimmung kann nicht die Nichtigkeit der Übernahme zur Folge haben. Dies würde der aus § 234 Abs. 3. ersichtlichen Richtung des Gesetzes widersprechen. Es knüpft sich hieran die weitere Frage, inwieweit der Aktienübernehmer auch sonst Einwendungen gegenüber dem Anspruch auf Zahlung seiner Einlage erheben kann. Hier stossen zwei Interessen zusammen. Auf der einen Seite die des Aktienübernehmers, auf der anderen Seite die der Gesellschaft und der Gläubiger. Hier wäre grundsätzlich den letzteren der Vorzug zu geben. Ist eine Aktiengesellschaft eingetragen, so muss jeder, der die Aktien übernahm, seinen Beitrag zum Vermögen der Gesellschaft leisten. Er kann nicht nur nicht damit gehört werden, dass er den Inhalt der Statuten nicht gebilligt habe. Es ist auch ausgeschlossen, dass er sich durch Berufung auf einen von den Gründern ihm gegenüber verübten Betrug von seinen Verpflichtungen wieder freimacht. Nur da, wo ein Geisteskranker oder ein Minderjähriger gehandelt hat, wird dessen Schutzbedürfnis vorgehen. Voraussichtlich wird sich die Rechtsprechung in diesem Sinne bilden. Es dürfte jedoch vorzuziehen sein, schon jetzt diese Regel aufzustellen. Sie schliesst sich unmittelbar an § 234 Abs. 3 an.

Der Entwurf enthält keine Bestimmung über die Rechtsfolgen eines unvollständigen Notariatsaktes. Dies ist umso bedeutungsvoller, als von der gültigen Übernahme der Aktien die Beendigung der Gründung selbst abhängt (§ 234 Abs. 4). Auch wird bei der Übernahmeerklärung nicht nur die oben bereits erwähnte Genehmigung der Statuten und die Erwähnung der Kenntnis von den Berichten der Gründer und Revisoren gefordert. Es muss nicht nur die Person, welche die Aktien übernimmt, die Zahl, Art und Eigenschaft der übernommenen Aktien und der Kurs derselben angegeben sein. Es muss auch angegeben sein, wann und wo die Einzahlung zu erfolgen hat. Endlich wird ein weiteres Moment, das mit der Aktienübernahme unmittelbar nichts zu tun hat, die Bestellung des ersten Vorstandes und des Aufsichtsausschusses, herangezogen. Auch die Personen dieser Organe sind hervorzuheben. Je grösser der Umfang einer solchen Erklärung, desto

grösser ist auch die Gefahr eines dabei unterlaufenen Versehens. Der Notariatsakt ist nichtig, wenn er nicht den vorgeschriebenen Inhalt aufweist. In § 237 Abs. 3 ist die Heilung der nichtigen Zeichnungsscheine vorgesehen. Ob der dort vorgeschlagene Weg zu billigen ist, wird später zu besprechen sein. Hier wäre nur erforderlich, auch für die Simultan gründung eine gleiche, im Interesse der Verkehrssicherheit liegende Bestimmung zu treffen. Ist eine Aktiengesellschaft infolge eines wesentlichen Fehlers in den Statuten nicht rechtsgültig entstanden, dann kann sie nur zum Aufhören gezwungen werden. Die Einzahlungen müssen trotzdem gemacht werden (§ 258). Daraus kann man schliessen, dass es erst recht erforderlich ist, die einmal eingetragene Gesellschaft davor zu schützen, dass ein Aktionär durch Berufung auf einen Fehler in der notariellen Urkunde, sich seiner Verpflichtung zur Einzahlung entzieht. Man wäre geneigt zu fragen, ob nicht auch der Mangel der öffentlichen Urkunde überhaupt nach der Eintragung nicht mehr gerügt werden kann. Für den Zeichnungsschein ist er überhaupt nicht erforderlich. Der Wille, Aktien zu übernehmen, träte auch in der privaten Urkunde deutlich zutage. Indes ist zu befürchten, dass eine ausdrückliche Bestimmung über die Heilung des Mangels der notariellen Form durch den Eintrag der Gesellschaft zum Handelsregister leicht dazu führt, von dieser Form abzusehen und man sich der Ersparung der Kosten wegen auf die Eintragung zum Handelsregister verlässt. Das Gesetz wird mit gutem Grunde bei der Simultan gründung die stärkere Form der notariellen Urkunde gewählt haben. Man sollte daher die Beteiligten nicht in Versuchung führen, sie abzustreifen. Das wird nicht ausschliessen, dass die Rechtsprechung vielleicht doch nach der Eintragung die auch nur privatschriftlich übernommene Verpflichtung bejaht. Das mag aber dann der Zukunft überlassen bleiben.

Im Gegensatz zu der Simultan gründung geht der Sukzessiv gründung ein Prospekt voraus (§ 235). Dieser wendet sich an einen unbestimmt grossen Kreis. Er ist ein Aufruf, der zur Zeichnung der Aktien einlädt (§ 235 Abs. 2). Doch wird diese Einladung nicht mit ausdrücklichen Worten erfolgen müssen. Das Publikum weiss, dass ein veröffentlichter Prospekt über die Gründung einer Aktiengesellschaft nur den Zweck haben kann, zur Zeichnung einzuladen. Eine Vorschrift, von wem der Prospekt ausgeht, hat man nicht gegeben. Doch ist aus § 235 Abs. 4 zu ersehen, dass andere Personen, also insbesondere Emissionsbanken, den Prospekt nur im Einvernehmen mit den Gründern erlassen können. Er muss stets von den Gründern mitunterzeichnet sein. Aufgabe des Prospektes ist es, Kapitalisten zur Beteiligung an der Gesellschaft zu gewinnen. Der Kreis ist hier ein unbegrenzter. Grundsätzlich ist jeder, der Aktien übernimmt, will-

kommen. Nur Zahlungsunfähige sollen zurückgewiesen werden (§ 240 Abs. 1). Der Prospekt soll daher auch davon ausgehen, dass die Kapitalisten von dem Aufbau der Gesellschaft unterrichtet werden müssen. Dem entspricht der eingehend geregelte Inhalt des Prospektes (§ 235 Abs. 2). Auch die Art der Veröffentlichung ist vorgesehen (§ 235 Abs. 3 u. § 260 Abs. 1 u. 2). Sacheinlagen und Sachübernahmen sind anzugeben. Der Bericht der Gründer und der der Revisoren muss zwar zur Einsicht offenliegen. Ein besonderer Hinweis ist im Prospekt nicht erforderlich. Der Zeichnungsschein (§ 237 Abs. 2 Ziff. 4) soll, ähnlich wie bei der Simultangründung bestätigen, dass dem Zeichner nicht nur die Statuten und der Prospekt, sondern auch die Berichte der Gründer und Revisoren bekannt sind. Hier wird, im Gegensatz zur Simultangründung, auf die Erstattung dieser Berichte vor der Auflegung der Aktien zur Zeichnung Wert zu legen sein. Freilich dürfte sich wieder aus § 237 Abs. 3 ergeben, dass nicht nur der Ausfall dieser Bestätigung kein unheilbarer Nichtigkeitsgrund ist. Man wird ebenso auch die Verschiebung in der Revision auf die Zeit nach der vollendeten Aktienzeichnung nicht als Grund der Ungültigkeit der Gesellschaft ansehen dürfen. Dies umso mehr, da vor der der vollendeten Aktienzeichnung folgenden konstituierenden Generalversammlung den Zeichnern die Berichte der Gründer und der Revisoren offenzulegen sind. Auch kann in der Versammlung eine nochmalige Revision verlangt werden (§ 248 Abs. 4). Gibt sich die konstituierende Versammlung mit dem nicht schon bei der Aktienzeichnung vorhandenen, sondern erst nach dieser erstatteten Bericht zufrieden, so hat der Registerrichter keinen Anlass, den Gründungsvorgang zu beanstanden.

Die Aktienzeichnung und die Einzahlung des Geldbetrages auf diese kann nur bei den im Gesetze bestimmten, das öffentliche Vertrauen geniessenden Stellen erfolgen (§ 236 Abs. 1).¹⁾ Damit rückt der Staat selbst durch die ihm nahestehenden Banken und Sparkassen in die Reihe der Kontrollorgane ein. Den Prospekt kann jeder erlassen. Auch Ausländer können Gründer und Emissionshaus sein. Durch die Vorschrift über die Entgegennahme der Aktienzeichnung sichert sich aber der Staat doch wieder seinen Einfluss. Eine Verpflichtung zur Annahme des Auftrags, die Aktienzeichnung entgegenzunehmen, besteht nicht. Durch die Zurückweisung kann die Gründung einer Gesellschaft verhindert werden. Es wird sich kaum etwas dagegen einwenden

¹⁾ Nach den Motiven (S. 25) könnte es scheinen, als sei die in § 236 Abs. 1 vorgesehene Kautel nur für die Einzahlung getroffen. Nach dem Wortlaut aber ist auch die Aktienzeichnung nur bei der Nationalbank etz. möglich. Es hat dies, wie oben gezeigt, auch einen sehr guten Sinn.

lassen. Auf unrichtige Angaben im Prospekt sind, wenn sie wesentlich erfolgen; schwere Strafen gesetzt (§ 447 Abs. 1 Satz 2). Dem entspricht auch die Haftung hierfür (§ 429 Abs. 2 u. 3 Ziff. 1). Umso mehr ist es zu befürworten, dass schon die Zeichnungsstelle, die das öffentliche Vertrauen genießt, wenigstens die Beobachtung der formellen Vorschriften über den Inhalt des Prospektes in die Hand nimmt.

Der Zeichnungsschein enthält ein Doppeltes. Einmal muss sich aus ihm die Grösse der Verpflichtung, die der Zeichner übernimmt, ergeben. Das ist aus § 237 Abs. 2 Ziff. 1 u. 2 ersichtlich. Fehlt es an diesem Inhalt, so ist der Zeichnungsschein unvollständig und daher nichtig. Der Registerrichter müsste ihn zurückweisen. Ob der Zeichner zur Ausstellung eines zweiten ordnungsgemässen Scheines verpflichtet ist, wird sich nach der zivilrechtlichen Grundlage seines Vorgehens richten. Dazu kommen aber des weiteren zwei Erklärungen des Zeichners. Einmal die Angabe des Geldbetrages, den er einbezahlt hat (Ziff. 3) und zum andern die bereits früher erwähnte Erklärung, dass ihm die Statuten, der Prospekt und der Bericht der Gründer und Revisoren bekannt sind und dass er seine Zustimmung zu den Statuten und der Gründung gibt. Der Entwurf unterscheidet zwischen diesen beiden Arten des Inhalts des Zeichnungsscheines nicht. Er erklärt den Zeichnungsschein in den beiden Fällen für nichtig (§ 237 Abs. 3 Satz 1). Er verpflichtet aber den Zeichner dennoch zur Leistung seiner Einlage, wenn die Gesellschaft eingetragen ist und wenn der Aktionär auf Grund des Zeichnungsscheines Rechte ausübt oder Verpflichtungen erfüllt. Das gleiche gilt, wenn Zeichnungen unter Bedingungen oder Vorbehalten erfolgen. Wird die Aktienzeichnung trotz dieser unzulässigen Zusätze gültig, so besagt dies, dass sie der Gesellschaft gegenüber keine Geltung hat.

Zur Wirksamkeit der ungültigen Zeichnung verlangt der Entwurf neben der Eintragung der Gesellschaft zum Handelsregister einen Akt des Aktionärs, der, wenn auch stillschweigend, seinen Willen ausdrückt, trotz des mangelhaften Zeichnungsscheines seine Beteiligung anzuerkennen. Schon darin liegt etwas missliches, dass die Gesellschaft diese Willensrichtung nachweisen muss. In dem Augenblick, in dem dem Aktionär die Beteiligung unangenehm wird, wird er nach Einwendungen suchen. Es wird die Frage aufgeworfen, ob die von der Gesellschaft vorgetragenen Vorgänge als Ausübung von Rechten anzusehen sind. Genügt es, wenn der Aktienzeichner in der konstituierenden Generalversammlung erscheint ohne zu stimmen, aber auch ohne die Ungültigkeit seiner Zeichnung zu behaupten? Kann er mit dem Vorbringen gehört werden, dass er die Einzahlung gleichzeitig

mit der Aktienzeichnung geleistet habe, diese also nicht als eine nachträgliche Genehmigung der ungültigen Aktienübernahme betrachtet werden dürfe? Schliesslich spitzt sich auch hier wieder die Frage zu, welche Interessen vorgehen. Wieder muss das der Allgemeinheit das wichtigere sein. Das Vertrauen des Kreditgebers in die korrekte Art der Entstehung der Gesellschaft soll nicht enttäuscht werden. Daher kann man ein Privileg des Zeichners, der vielleicht durch Zufall sich nicht mehr um die Gesellschaft gekümmert hat, vor demjenigen, der in den Generalversammlungen erschien, nicht anerkennen. Man sollte auch hier schlechthin die Heilung des Zeichnungsscheines durch Eintragung anerkennen. Im Vorstadium bis zur Entstehung der Aktiengesellschaft mag der Aktienzeichner seine Rechte wahren. Er kann sich hier auch auf die formellen Mängel seiner Erklärung stützen. Ist aber die Gesellschaft entstanden, so sollte grundsätzlich jeder Beteiligte gehalten sein, auch die Einzahlung auf das Vermögen der Gesellschaft zu leisten. Dies wird man in gleicher Weise dann auch auf die Aktienübernehmer bei der Simultangründung anzuwenden haben.

Die Bedeutung der Konzentrierung der Aktienzeichnung und — einzahlung bei den staatlich anerkannten Stellen zeigt sich bei dem Misslingen der Gründung. Der Prospekt hat einen Termin für den Schluss der Zeichnung festzusetzen. Er darf nicht mehr als 3 Monate betragen (§ 239 Abs. 1). Sind dann nicht alle zur Zeichnung aufgelegten Aktien gezeichnet und einbezahlt, so ist die Gründung verfehlt. Die Gründer sind verpflichtet, den Zeichnern das Geld wieder zurückzugeben. An sich ist der Gedanke der zeitlichen Begrenzung sicher gerechtfertigt. Die Frage ist nur, ob nicht hier eine zu strenge Vorschrift gegeben ist. Auch der Registerrichter hat die Gründungsvorgänge genau zu prüfen. Folgerichtig müsste er die Überschreitung des Zeichnungstermines rügen. Aus § 239 Abs. 2 folgt, dass die Gründung der Gesellschaft vereitelt ist, wenn nicht innerhalb der gesetzten Frist das ganze zur Zeichnung aufgelegte Kapital übernommen wurde. Nun folgt aber doch auf den Abschluss der Zeichnung die konstituierende Versammlung. Wenn zu dieser die Aktienzeichner geladen sind und die Gesellschafter trotz der Überschreitung des Termins die Bildung der Gesellschaft beschliessen, so dürfte kein Anlass vorliegen, deren Eintragung zu verweigern. Ganz besonders wird dies dann gelten, wenn in der konstituierenden Versammlung die Verspätung der letzten Zeichnungserklärung zur Sprache kam, diese aber keine Bedenken dagegen geäussert hat. Der Endtermin für die Zeichnung ist im Interesse der Zeichner eingeführt. Sie sollen nicht auf unbestimmte oder allzulange Zeit gebunden sein. Erstrecken sie selbst aber durch ihr ganzes Verhalten in der konstituierenden

Versammlung die Frist, so hat der Staat kein Interesse daran, die Entstehung der Gesellschaft zu bestreiten. Man käme sonst auch zu dem unangenehmen Ergebnis, dass wenn die Eintragung der Gesellschaft trotz der Überschreitung der Frist erfolgte bei ungünstigem Geschäftsgang ein Aktionär versuchte, sich von den noch offenstehenden Zahlungspflichten zu befreien. Es dürfte auch hier im Interesse der Verkehrssicherheit liegen, dass die eingetragene Gesellschaft hiergegen geschützt wird. Man wird dieses Ergebnis unsomehr anerkennen müssen, als ja auch eine Kombination von Simultan- und Sukzessivgründung möglich ist. Es kann eine Anzahl Aktien seitens der Gründer oder anderer Personen in der Form des § 234 Abs. 1 übernommen werden. Der Restbetrag wird erst im Prospekt zur Zeichnung aufgelegt. Man kann aber ebensogut umgekehrt vorgehen. Man kann den durch die Sukzessivgründung nicht untergebrachten Betrag noch im Wege der notariellen Aktienübernahme decken. Dies dann zu versagen, wenn die im Prospekt vorgesehene Frist umlaufen ist, liegt kein Grund vor. Die Aktienzeichner können in der konstituierenden Versammlung alle Vorgänge prüfen. Sie können sich auch vergewissern, ob nicht nur das ganze Kapital gezeichnet, sondern ob dies auch innerhalb der von ihnen angegebenen Frist erfolgt ist. Beanstanden diese es aber nicht, so sollte es hierbei sein Bewenden haben.

An den Schluss der Zeichnung reiht sich zunächst die Verteilung der gezeichneten Aktien (§ 240). Auch hierüber ist den Zeichnern Rechnung zu legen. Der Prospekt soll den Fall der Überzeichnung regeln (§ 235 Abs. 2 Ziff. 5). Eine Verletzung dieser Bestimmung ist auf die Gültigkeit der eingetragenen Gesellschaft ohne Einfluss. Auch in der konstituierenden Versammlung kann ein Zeichner, dem keine Aktien zugewiesen wurden, keine Rechte geltend machen. Er hat nur einen rein zivilrechtlichen Anspruch gegen die Gründer. Das ist zwar in § 240 nicht ausdrücklich gesagt. Aus Abs. 2 Satz 2 ergibt sich aber deutlich genug, dass der Gesellschaft gegenüber die Aktienzeichner, die weniger Aktien als sie gezeichnet haben oder gar keine erhalten, nur das eingezahlte Geld zurückverlangen können. Bedenken gegen diese Regelung werden nicht anführen lassen.

Auf die Verteilung der Aktien folgt dann die konstituierende Versammlung. Auf die sehr eingehenden Vorschriften hierüber braucht hier nicht eingegangen zu werden. Es genügt, auf einzelne wichtige Punkte hinzuweisen. Die Versammlung ist innerhalb zweier Monate nach Abschluss der Zeichnung abzuhalten. Geschieht dies nicht rechtzeitig, so ist die Gründung nicht erfolgt (§ 243 Abs. 1). Hier gilt dasselbe, was bereits bei der Folge der Verspätung der Zeichnung

gesagt wurde. Man sollte auch hier nicht die Interessen der Aktienzeichner gegen sie selbst wahrnehmen. Wird die Nichteinhaltung der Frist in der konstituierenden Versammlung nicht gerügt, so liegt auch für den Registerrichter kein Grund vor, die Gesellschaft zurückzuweisen. Er kann ja auch die Frist verlängern (§ 242 Abs. 3). Ebensowohl muss er auch den Willen der konstituierenden Versammlung respektieren. Die Vorschrift des § 254 über die Folgen der verspäteten Anmeldung zum Handelsregister wird ohnedies schon dafür sorgen, dass mit möglichster Beschleunigung verfahren wird.

Die konstituierende Versammlung soll feststellen, ob die Einzahlungen auf die Bareinlagen erfolgt sind und ob die Sacheinlagen, soweit möglich, erbracht sind (§ 246 Abs. 1 Ziff. 1 u. 2). Im letzteren Falle haben deren Zeichner kein Stimmrecht (§ 247 Abs. 2). Dabei sind die Aktionäre aber auf die Mitteilungen der Gründer angewiesen. Hier handelt es sich nicht um einen rechtsgestaltenden Beschluss, sondern nur um die Entgegennahme einer Mitteilung. Eine Abstimmung ist nur insoweit von Belang, als es sich um die Entstehung der AG. handelt. Der Entwurf (§ 246 Abs. 2) entnimmt diesen Willen aus den in § 246 Abs. 1 vorgesehenen Feststellungen. Daraus muss man schliessen, dass die Aktienzeichner an ihre Zeichnungen gebunden sind, vorausgesetzt, dass die wesentlichen Momente in Ordnung sind. Indess wird eine trotzdem erfolgende Verweigerung der Feststellung durch die Mehrheit, auch wenn sie unbegründet ist, das Scheitern der Gründung nicht verhüten. Den Gründern bleibt nur der Anspruch auf Schadensersatz. Soweit zu gehen und trotz des verneinenden Beschlusses wegen unbegründeter Ablehnung die AG. für gegründet zu erklären, hat sich der Entwurf mit Recht nicht entschlossen.

4. Das Stadium zwischen der Gründung und der Eintragung zum Handelsregister.

Die Wahl der Organe.

Die gegründete AG. muss einen Vorstand haben. Dessen Bestellung findet bei der Simultangründung zugleich mit der Aktienübernahme statt (§ 234 Abs. 1). Sie ist als ein integrierender Teil derselben gedacht. Indes steht sicher nichts im Wege, dass diese Aktionäre nach der Aktienübernahme zur Wahl des Vorstandes und des Aufsichtsorganes zusammentreten. Doch muss auch hierüber eine notarielle Urkunden aufgenommen werden. Für die Aktienübernahme sind getrennte Urkunden für jeden Übernehmer erlaubt. So muss auch deren Erklärung in verschiedenen Urkunden möglich sein. Wäre es nicht besser, die Bestellung der Organe auch im Gesetzestext inhaltlich von der Übernahme der Aktien zu sondern? Der Entwurf bestimmt nichts

über die Art der Ernennung des Vorstandes. Sie muss nicht einstimmig sein, denn sie ist kein Bestandteil der Statuten. Die Frage ist nicht unstrittig. Eine Klarstellung wäre nicht unerwünscht.

Bei der Sukzessivgründung ist die Ernennung des Vorstandes und der sonstigen Organe Sache der konstituierenden Versammlung (§ 246 Abs. 1 Ziff. 4). Die Wahl geschieht nach den Vorschriften der Statuten. Es scheint, dass man dies als den letzten Akt der Konstituierung ansieht. Denn lt. § 248 Abs. 1 muss das Verlangen der Minderheit auf erneute Prüfung des Gründerberichts vor der Wahl der Organe gestellt sein. Hat dies darin seinen Grund, dass der gewählte Vorstand diese Prüfung von sich aus vornehmen soll? Eine Andeutung über eine solche Pflicht des Vorstandes findet sich im Entwurfe nicht. Er hat bei der Anmeldung die Erklärung über die Leistungen auf die Einlagen abzugeben (§ 249 Abs. 2 Ziff. 3). Über den Wert der Sacheinlagen hat er sich nicht zu äussern. Die Frage, weshalb nach der Wahl des Vorstandes die Minderheit eine zweite Revision nicht mehr fordern darf, ist auch in den Motiven zu § 248 nicht beantwortet. Kann nicht durch die Vorwegnahme dieser Wahl das vielleicht sehr begründete Verlangen der erneuten Prüfung absichtlich vernichtet werden?

Die Befugnisse des Vorstandes in der Zwischenzeit.

Im Innenverhältnis gibt der Entwurf eine negative Vorschrift. Über die Einzahlungen darf der Vorstand erst nach der Eintragung der AG. in das Handelsregister verfügen (§ 241). Dies gilt auch für die Simultangründung (§ 234 Abs. 5). Bei der Sukzessivgründung wird dies durch die Einzahlung bei den hierzu berufenen Instituten gesichert (§ 236 Abs. 1). Damit ist auch jede Zahlung aus den Geldeinlagen auf die gültig für die werdende Gesellschaft eingegangenen Verpflichtungen unzulässig. Bei der Simultangründung hat der Vorstand trotzdem die faktische Möglichkeit. Er ist nur verantwortlich. Bei der Sukzessivgründung fehlt auch diese. Sollte nicht eine Ausnahme für die zur Entstehung der Gesellschaft notwendigen Ausgaben erforderlich sein? Allerdings, wenn die Gründung der AG. misslingt und den Zeichnern ihre Einschüsse zurückzugeben sind, kann sich ein Fehlbetrag ergeben. Allein dieser Fall dürfte aber doch weit seltener sein, als die Notwendigkeit, schon im Zwischenstadium die Interessen der Gesellschaft wahrzunehmen. Die konstituierende Versammlung genehmigt die Höhe der der Gesellschaft zur Last fallenden Gründungskosten (§ 246 Abs. 1 Ziff. 3). Bei der Anmeldung der Gesellschaft soll erklärt werden, dass nicht nur die dauernde Verfügung über

die Einzahlung und Sacheinlage, sondern auch über die Sachübernahme (Gründungsanschaffung) gesichert ist. Bei der letzteren entsteht durch die Aufnahme in die Statuten ein auch für die Gesellschaft rechtswirksamer Vertrag. Man wird aber damit rechnen müssen, dass der Verkäufer seine Ware oder die sonstigen veräußerten Gegenstände nicht immer auf Kredit einer erst entstehenden Gesellschaft ausliefert. Dann müsste es doch auch wieder möglich sein, schon vor der Eintragung den Kaufpreis zu berichtigen. Das Verlangen der Erfüllung der Sachübernahme (Anschaffungsvertrag) vor der Anmeldung der Gesellschaft widerspricht dem Verbote der Verfügung über die einbezahlten Gelder. Man wird im Interesse des künftigen Betriebs der Gesellschaft nicht unbedingt an deren Sperrung festhalten können. Dass die Gründer von sich aus alle derartigen Ausgaben vorlegen, wird nicht angenommen werden können. Die „dauernde freie Verfügung“ über die Einzahlungen (§ 249 Abs. 2 Ziff. 3) darf nicht überspannt werden. Hier müsste es genügen, wenn der Vorstand nachweist, dass er die für die Entstehung der Gesellschaft oder die zur Erlangung der der Gesellschaft lt. Statuten verkauften Sachen notwendigen Ausgaben bestritten werden.

Die Vertretung der Gesellschaft im Zwischenstadium.

Vor der Eintragung zum Handelsregister hat der Vorstand als solcher keine Vertretungsbefugnis. Jedenfalls nicht gegenüber dritten Personen. Soweit es sich um Rechtsakte des Gründungsvorgangs selbst handelt, vertritt er hierbei die Gesellschaft. Zahlungen auf die Aktien nimmt er bei der Simultangründung in Empfang. Bei der Sukzessivgründung wickelt er den Verkehr mit den Empfangsstellen ab. Gibt man der Gesellschaft, wie vorstehend angeregt, das Recht, schon im Zwischenstadium die notwendigen Ausgaben aus den einbezahlten Beträgen zu entrichten, so muss der Vorstand befugt sein, bei den Banken oder Sparkassen über die von ihm abgehobenen Gelder namens der Gesellschaft zu quittieren. Das ist im Entwurf nicht ausdrücklich gesagt. Es versteht sich aber von selbst. Von einer gesetzlichen Anordnung wird man absehen können.

Soweit es sich um Vereinbarungen zur Durchführung der Gründung handelt, entstehen die Verpflichtungen hieraus für die Gesellschaft, auch ohne Aufnahme in die Statuten (§ 224 Abs. 2). Doch ist dies wenigstens für die Provision der Banken und die Honorare der Rechtsberater ausgesprochen. Die Gesellschaft wird also auch vor der Eintragung zum Handelsregister durch derartige Aufträge verpflichtet. Das kann nicht durch jeden Beliebigen gesehehen. Man

kann dieses Recht nur den Gründern und dem Vorstand, jenen aber auch nur so lange, als nicht ein Vorstand gewählt ist, zusprechen. Dieser Punkt ist schon früher behandelt.

Zu diesen notwendigen Gründungsakten treten die in den Statuten aufgenommenen Verpflichtungen hinzu. Diese werden durch die Gründer geschaffen. Sie stellen die Statuten und mit diesen die Abrede über den gegenseitigen Vertrag zu Nutzen und Lasten der Gesellschaft fest. Wenn nach der notariellen Beurkundung der Statuten, aber vor der Eintragung der Gesellschaft zum Handelsregister, ein Vertrag über einen Sacherwerb geschlossen werden soll, so muss eine Änderung der Statuten durch alle Gründer erfolgen. Sind die Aktien schon gezeichnet, so muss auch die Zustimmung der Aktionäre hierzu erfolgen. Einen anderen Weg eines bei der Entstehung der Gesellschaft bereits gültigen Vertrages über eine Sachübernahme gibt es nicht. Ist dies versäumt, so kann nur der Weg der Nachanschaffung in der gesetzlich vorgeschriebenen Form und Weise zum Ziel führen.

Alle anderen Verträge, die für die Gesellschaft geschlossen werden, erlangen ihre Wirksamkeit durch die nach der Eintragung erfolgende Genehmigung der Gesellschaft (§ 252 Abs. 2). Sie soll durch die Generalversammlung innerhalb dreier Monate nach der Eintragung der Gesellschaft erfolgen. Der Gegenkontrahent ist davon zu verständigen. Ihm steht ein Rücktrittsrecht nicht zu. Eine Genehmigung durch den Vorstand allein wäre unwirksam. Er vertritt allerdings die Gesellschaft nach aussen. Seine Vertretungsmacht ist aber abenso wieder wie bei den Nachanschaffungen beschränkt. Doch wird eine von ihm allein ausgegebene Bestätigung des im Gründungsstadium abgeschlossenen Vertrages wirksam, wenn nur innerhalb der Frist auch die Genehmigung der Generalversammlung eingeholt wird. Dann ist nicht erforderlich, dass die Mitteilung hiervon rechtzeitig dem Gegenkontrahenten zugeht. Auch hier tritt das Bestreben des Entwurfs zu Tage, durch Einfügung von Fristen möglichst rasch eine Rechtsgewissheit zu schaffen. Dem entsprach das früher schon berührte Verlangen der Einberufung der konstituierenden Versammlung bei der Sukzessivgründung (§ 242 Abs. 1.), dem auch die Frist zur Anmeldung im Handelsregister (§ 254). So soll auch hier die Drei-Monatsfrist dem Schwebezustand ein Ende machen. Indess ist es nicht unfraglich, ob es dem Interesse des Geschäftsverkehrs entspricht, nach Ablauf der zur Genehmigung vorgesehenen drei Monate dem Rechtsgeschäft jede Wirkung zu versagen. Es dürfte genügen, wenn dem Gegenkontrahenten ein Recht des Rücktritts gewährt wird. Will er sich selbst aber noch an seine Erklärung gebunden halten, so liegt kein Grund vor, die Wirkung dieses Verhaltens abzuschneiden. Es steht ihm ja

auch frei, schon vor Ablauf der Frist zu erklären, dass er mit diesem nicht mehr zu seinen Worten stehen werde. Die Frist des § 252 Abs. 2 kann durch die Partei verlängert werden. Das steht zwar nicht im Gesetz. Es dürfte aber auch hier einer der Fälle vorliegen, wo diese Bestimmung nicht als eine zwingende angesehen werden kann. Eine solche Verlängerung der Frist kann auch stillschweigend erfolgen. So wird man schliesslich fragen, ob dies nicht auch in dem schweigenden Verhalten des anderen Kontrahenten liegt. Dann ergibt sich wieder die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung, dass auch nach drei Monaten, solange nicht der andere Teil seinen gegenteiligen Willen zu erkennen gab, der Vertrag noch genehmigt werden kann. Die Möglichkeit seines Rücktritts wird schon ein genügender Antrieb für den Vorstand sein, möglichst bald die Genehmigung herbeizubringen.

Daraus, dass die Gesellschaft nur durch einen Beschluss der Versammlung die vorher abgeschlossenen Verträge für sie wirksam machen kann, wird man nicht schliessen dürfen, dass auch eine vorherige Ablehnung durch den Vorstand keine Gültigkeit habe. Das Gesetz soll ja nur eine Belastung der Gesellschaft verhüten, die ihr nachteilig sein könnte. Einer Zurückweisung bedarf diese Vorsicht nicht.

Es wird sich endlich fragen, ob die Bestimmung des Entwurfs nicht zu weit gefasst ist. Es kann doch wohl nicht seine Absicht sein, für jeden Vertrag, auch den unbedeutendsten, die Generalversammlung in Bewegung zu setzen. Der Entwurf sieht bei den Nachanschaffungen über Liegenschaften und dauernde Anlagen die Beschlussfassung durch die Generalversammlung nur dann vor, wenn der Gegenwert mindestens 10% des eingezahlten Stammkapitals beträgt (§ 296 Abs. 1 Ziffer 5). Dabei ist es unerheblich, ob schon vorher zwischen den Gründern und dem Veräusserer eine Abmachung zustande kam, die mangels Aufnahme in die Statuten unwirksam bleibt, oder ob erst nach der Entstehung der Gesellschaft das Geschäft angebahnt wurde. Man wird aber dann doch wohl auch für andere Verträge als Sachübernahmen nicht strenger sein dürfen, als es das Gesetz für diese ist. Beim Abschluss eines Mietvertrages wird § 296 Abs. 2 Ziffer 5 wohl unmittelbar in Frage kommen können. Hier wird eine Nutzung gegen eine jährliche Entschädigung übernommen. Diese darf $\frac{1}{20}$ des einbezahlten Aktienkapitals nicht erreichen, andernfalls der Vertrag genehmigungspflichtig ist. Bleibt aber die Miete unter diesem Prozentsatz, so wird sie vom Vorstand allein gültig abgeschlossen. Man wird hierdurch einen Anhaltspunkt auch für andere Verträge haben. So wenn sich die Gesellschaft an einem anderen Unternehmen beteiligt, oder wenn sie einen Kredit aufnimmt und anderes mehr. Die Festsetzung

der Grenze ist natürlich auch hier eine willkürliche. Man wird aber aus der Bestimmung für die Nachanschaffung in § 296 Abs. 2 Ziff. 5 einen Masstab gewinnen können. Tritt die Gesellschaft in das für sie abgeschlossene Geschäft ein, so ist sie — und nur sie — die Kontrahentin. Der andere Vertragsteil hat ja von Anfang an mit ihr das Geschäft abschliessen wollen. Er hat keinen Anspruch gegenüber demjenigen, der für die noch nicht entstandene Gesellschaft kontrahiert. Nur wenn die Gesellschaft das Geschäft nicht genehmigt, dann bleibt es bei der Haftung dessen, der es abschloss. Das können die Gründer, das kann der Vorstand sein. Auch hier ist aber die Bestimmung keine zwingende. Die Parteien können bei dem Vertragsabschluss darüber einig sein, dass im Fall der Nichtgenehmigung durch die Gesellschaft überhaupt keine Rechtsfolgen eintreten. Die Wohltat, die das Gesetz dem anderen Kontrahenten durch die Haftung des Vertreters der noch nicht bestehenden Gesellschaft gewährt, soll jenem nicht aufgezwungen werden. Er kann auch stillschweigend verzichten. Ob dies der Fall ist, wird jeweils im Einzelfall festzustellen sein. Man erkennt auch hier wieder, dass die zu § 222 geäusserten Bedenken nicht unberechtigt sind.

Dass eine Haftung des für die Gesellschaft Kontrahierenden trotz deren Eintritts in das Geschäft dann bestehen bleibt, wenn eine solche auf Grund anderer gesetzlicher Vorschriften, seien es handelsrechtlicher, seien es zivilrechtlicher, vorhanden ist, ist in § 252 Abs. 3 ausdrücklich hinzugefügt. Es wird sich fragen, ob diese Bestimmung nicht als selbstverständlich entbehrt werden kann.

5. Die Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister und ihre Eintragung.

Ist die Gesellschaft durch die Übernahme aller Aktien im Wege der Simultanründung oder durch die Beschlüsse der konstituierenden Generalversammlung bei der Sukzessivgründung gegründet, so bleibt als letzter Schritt noch die Eintragung zum Handelsregister (§§ 249 bis 251). Erst durch diese entsteht die AG. Sie erhält hierdurch den Charakter einer juristischen Person (§ 252 Abs. 1). Das letztere ist eine Konstruktionsfrage. Doch ist die Eigenschaft der AG. als einer selbständigen Rechtsperson so allgemein anerkannt, da auch ein Bedenken gegen den ausdrücklichen Ausspruch im Gesetz nicht besteht.

Die gegründete Gesellschaft ist vom Vorstand anzumelden. Diese Anmeldung und ihre Vorbereitung gehört mit zu den wichtigsten Aufgaben desselben. Der Entwurf hat davon abgesehen, auch die Gründer zur Anmeldung zu verpflichten. Ihre Haftung beschränkt sich auf ihre Tätigkeit bei der Feststellung der Statuten und der Mitwirkung bei

der Aktienübernahme. Sie treten nochmals bei der konstituierenden Generalversammlung im Fall der Sukzessivgründung hervor. Dann aber ist ihre Tätigkeit beendet. Soweit sie hierbei die Gesellschaft absichtlich oder fahrlässig geschädigt haben, sind sie ersatzpflichtig. Die Anmeldung zum Handelsregister aber gehört ausschliesslich in das Arbeitsgebiet der Organe der Gesellschaft. Daher wird die Haftung für unwahre oder verdrehte Tatsachen oder Verschweigung von wesentlichen Momenten bei der Eintragung (§ 429 Abs. 3 Ziff. 3) nur die Unterzeichner der Anmeldung treffen. In § 249 Abs. 1 ist dem Vorstand zur Pflicht gemacht, ohne Verzug die Eintragung anzumelden. Dieses Schriftstück ist aber auch von allen Mitgliedern des Aufsichtsausschusses zu unterfertigen. Es ist nicht ganz ersichtlich, welche Bedeutung dieser Unterscheidung zukommt. Haben die Mitglieder des Aufsichtsausschusses die Anmeldung nebst den wichtigen Beilagen (§ 249 Abs. 2 Ziff. 2 und 3) mit zu unterschreiben, so bedeutet dies die Notwendigkeit der Anmeldung und damit der Übernahme der Verantwortung durch beide Organe. Dafür spricht auch das Verlangen des Entwurfs, dass alle Mitglieder des Vorstandes und des Ausschusses die Anmeldung unterzeichnen. Mithin würde für § 249 Abs. 1 nur die Auslegung bleiben, die Verpflichtung, für die rechtzeitige Anmeldung zu sorgen, und damit die Verantwortung hierfür gegenüber Gründern und Aktienunternehmern dem Vorstand obliegen. Für die Verzögerung und die hierdurch eintretende Ablehnung der verspäteten Anmeldung (§ 254) wäre der Vorstand regresspflichtig. Man wird aber nicht verkennen dürfen, dass auch in diesem Stadium bereits der Aufsichtsausschuss nicht einflusslos sein soll. Allerdings sind die Bestimmungen des Entwurfs (§ 349 ff.) auf die Zeit der bereits entstandenen Gesellschaft zugeschnitten. Indes wird man aus der Bestellung des Aufsichtsausschusses im Gründungsstadium doch wieder entnehmen dürfen, dass er hier nicht nur Staffage sein kann. Er wird seinerseits dafür zu sorgen haben, dass der Vorstand seine Pflicht der rechtzeitigen Anmeldung erfüllt. Hier würde zwar genügen, wenn er auf den Vorstand in sachgemässer Weise einwirkt. Für eine völlige Indolenz wäre er aber verantwortlich. Es wird daher zu prüfen sein, ob nicht durch eine entsprechende Fassung von § 249 Abs. 1 schon im Gesetz Klarheit zu schaffen wäre.

Die zur Anmeldung verpflichteten Organe haben in erster Linie dafür zu sorgen, dass alle Unterlagen für die Eintragung vorhanden sind. Die Ausfertigung der Statuten (§ 249 Abs. 2 Ziff. 1) und die notariellen Akte bei der Simultangründung, der Prospekt, die Liste der Zeichnungen und das Protokoll über die konstituierende Generalversammlung (§ 249 Abs. 2 Ziff. 2) zu beschaffen, wird keine allzu-

grossen Schwierigkeiten machen und keine allzugrosse Verantwortung herbeiführen. Für die Richtigkeit der darin enthaltenen Angaben kann von einer Verantwortung der anmeldenden Organe nur insoweit die Rede sein, als eine Prüfung überhaupt möglich ist. Dies wird namentlich für die Angabe der Einzahlung der Aktionäre auf ihre Bareinlagen gelten. Dies ergibt sich auch aus der in der Anmeldung abzugebenden Erklärung, dass die Einzahlungen durchgeführt wurden. Doch wird dies wieder dadurch erleichtert, dass die Bestätigung der Geldanstalten über die an sie erfolgten Zahlungen beizulegen sind. Diese selbst wieder nachzuprüfen, ist nicht Aufgabe des Vorstands. Er darf sich darauf verlassen, dass die zur Entgegennahme der Einzahlungen berechtigten Banken und Sparkassen ordnungsgemäss verfahren. Der Vorstand hat auch nicht zu fragen, in welcher Weise die Einzahlung geschah. Es ist gleichgültig, ob dies in barem Geld, oder durch Scheck, oder durch Giro-Überweisung erfolgte. Die Gutschrift der Bank oder Sparkasse ist für die Anmeldung durchaus genügend. Dagegen liegt dem Vorstand auch die Erklärung ob, dass auch die Sacheinlage, soweit es möglich ist, zu seiner freien Verfügung gestellt wurde. Hier trägt er die Verantwortung für die Richtigkeit der Angaben. Es kann aber jeweils nur im Einzelfall festgestellt werden, welche Massnahmen erforderlich und möglich wären. Es wird nicht geboten sein, dass er bei dem Einbringen eines Geschäfts die in demselben enthaltenen Waren in seine besondere Obhut nimmt. Inwieweit er bei Immobilien zu Sicherungsmassnahmen schreiten kann, richtet sich nach dem bürgerlichen Recht. Stets wird der Vorstand zu prüfen haben, was nach der Auffassung des sorgfältigen Verkehrs zu geschehen hat. Hier ist er für die Vernachlässigung haftbar. Hier wird auch die Verantwortung des Aufsichtsausschusses einsetzen. Er darf nicht blindlings die Erklärung mitunterschreiben. Er muss sich vergewissern, ob die Schritte des Vorstands die Interessen der Gesellschaft genügend sichern. Der Zusammenhang zwischen § 249 Abs. 2 Ziff. 3 und § 429 Abs. 3 braucht im Gesetz nicht besonders hervorgehoben zu werden. Die erste Bestimmung wird durch die zweite ergänzt.

Der Entwurf sieht weiter auch eine Sicherung der freien Verfügung über die in den Statuten enthaltene Sachübernahme vor. Diese wird nicht so leicht möglich sein wie die Sacheinlage. Hier steht ein Dritter als Veräusserer der Gesellschaft gegenüber. Er wird seine eigenen Interessen durch Zurückhalten seiner Leistung bis zum Erhalt der Gegenleistung wahren. Daher wird in solchen Fällen der Vorstand nicht mehr erreichen als die Zusage der Erfüllung nach Entstehung der Gesellschaft. Der Unterschied zwischen Sacheinlage und Sachübernahme tritt auch hier zu Tage. Ist man sich dessen bewusst, so wird

eine Änderung in der Fassung von § 249 Abs. 2 Ziff. 3 erforderlich sein.

Die Anmeldung mit ihren Beilagen soll die Unterlagen zur Prüfung durch das Registergericht bilden. Dieses muss sich vergewissern, ob die Voraussetzungen zur Entstehung einer AG. gegeben sind. Es prüft, wie die Motive sagen, „die Gesetzlichkeit und Ordnungsmässigkeit der Gründung“. Eine Verpflichtung, die Gesellschaft aufzufordern, vorhandene Mängel zu beseitigen, ist in § 250 Abs. 2 enthalten. Redaktionell wäre hier nur zu wünschen, dass dies nicht nur in einem Nachsatz zu den Beanstandungen der Revisoren ausgesprochen wird. Die Bestimmung ist von solcher Wichtigkeit, dass sie wohl an die Spitze gestellt werden dürfte.

Bei der Prüfung der Anmeldung durch das Registergericht spielt wieder die Auffassung des Entwurfs von der grundsätzlich zwingenden Natur aller Vorschriften des Aktienrechts hinein. Der Registerrichter soll vor allem feststellen, ob nicht eine zwingende Bestimmung verletzt wurde. Nimmt man die Vorschriften des § 222 mit der des § 250 Abs. 1 Satz 2 zusammen, so wird dies die Registergerichte leicht zu einer übermässig strengen Prüfung der Statuten verführen. Sie werden geneigt sein, Fragen der Wirksamkeit einer Anordnung zu entscheiden. Auch dann, wo diese für die Interessen der Allgemeinheit ohne Belang sind. Hier wäre eine Einschränkung wünschenswert. Es muss sich um die Verletzung von Vorschriften, die im öffentlichen Leben gegeben sind, handeln. Dadurch wird verhütet, dass durch überängstliche Registerrichter nicht eine ungebührliche Verzögerung der Gesellschaft eintritt.

Auf der anderen Seite beschäftigt sich der Entwurf (§ 250 Abs. 3) bei den Sachgründungen nur mit den Berichten der Gründer. Hauptsächlich wird dabei an den Fall gedacht, dass er auch von den Revisoren als unvollständig, unklar oder unrichtig bezeichnet wird. Hier wäre einer Erweiterung der Befugnisse des Registerrichters das Wort zu sprechen. An früherer Stelle ist bereits die Frage behandelt worden, ob der Registerrichter die Anmeldung zurückweisen darf, wenn nach wohlbegründeter Auffassung der Revisoren die Sacheinlage nicht den zur Deckung der übernommenen Aktien erforderlichen Wert besitzt. Auch hier soll nochmals die Anregung zu einer solchen Ermächtigung des Gerichts gegeben werden. Mit der Haftung der Sacheinleger allein wird nicht gedient sein.

Nicht behandelt ist auch die Möglichkeit der Ablehnung der Eintragung, weil eine zwischen den Gründern und einem Aktienübernehmer vereinbarte Sacheinlage nicht in den Statuten festgestellt wurde. In vielen Fällen wird der Registerrichter, dem eine Bargründung ange-

meldet wird, von der geheimen Absprache nichts wissen. Wie aber, wenn er sie dennoch erfährt? In der bereits früher besprochenen Bestimmung des § 225 Abs. 2, Ziffer 2 ist die Wiederauflösung der Gesellschaft bei verschwiegener Sacheinlage vorgesehen, wenn die Gesellschaft tatsächlich mit Sacheinlagen gegründet wurde. Es ist zweifelhaft, ob diese Bestimmung aufrecht erhalten werden soll, oder ob man sich nicht mit der Nichtigkeit der Abrede über die Sacheinlage begnügen darf. Folgerichtig müsste man aus dem im Entwurf enthaltenen Gedanken schliessen, dass der Registerrichter, der die eingetragene Gesellschaft wieder vernichten darf, erst recht befugt sein muss, die Eintragung der Bargründung mit verheimlichter Sacheinlage zurückzuweisen. Das würde aber den Registerrichter unter Umständen in eine sehr schwierige Lage bringen. In manchen Fällen wird er, wenn auch nur gerüchtweise, von den Absichten der Gründer gehört haben. Muss er dann von amtswegen dem nachgehen? Muss er den Vorstand zur Äusserung veranlassen? Oder sonstige Erhebungen vornehmen? Wie ist es, wenn zwar die Absicht des Erwerbs von Grundstücken und Anlagen oder sonstiger für den Gewerbebetrieb erforderlicher Gegenstände vorliegt, diese aber noch nicht zu einem Vertragsentschluss geführt hat? All dies zeigt, dass man dem Registerrichter eine solche Inquisition nicht zumuten kann. Es entstünden zwecklose Verzögerung und Streitigkeiten. Verwirft man aber das Recht des Registerrichters, die verborgene Sacheinlage oder Sachübernahme zum Gegenstand seiner Prüfung zu machen, dann wird man notwendigerweise auch wieder zu der Beseitigung des Wiederauflösungsrechtes kommen.

Ersatz fehlender Zeichnungen.

Der Entwurf hat den Fall, dass die Statuten gegen Bestimmungen des Gesetzes verstossen, geregelt. Er hat hieran die an mehreren Stellen bereits besprochene Wiederauflösung der Gesellschaft geknüpft (§ 255 Abs. 1 und 2). Dort ist auch vorgesehen, dass eine Beseitigung der Verletzung des Gesetzes vor der Wiederauflösung der Gesellschaft angestrebt und zugelassen wird (§ 256 Abs. 1). Nicht behandelt ist im Entwurf der Fall, dass sich nach der Eintragung der Gesellschaft eine Aktienübernahme als ungültig herausstellt. Allerdings wird, auch davon ist schon früher die Rede gewesen, das Gesetz dafür zu sorgen haben, dass nach Eintragung der Gesellschaft möglichst wenig Ungültigkeitsgründe geltend gemacht werden können. Ganz ausgeschlossen ist dies nicht. Neben der Nichtigkeit infolge der Handlungsunfähigkeit des Aktienübernehmers kommt noch die Aktienüber-

nahme durch einen Scheinbevollmächtigten in Frage. Deren Folge ist ein Verlust am Kapital. Die Gesellschaft selbst ist nicht ungültig. Sie kann auch nicht wie bei den Mängeln in den Statuten aufgelöst werden. Auch nicht durch das Registergericht, obwohl es bei Kenntnis der Ungültigkeit der Aktienzeichnung die Eintragung abgelehnt hätte. Es liegt hier keine Verletzung des Gesetzes vor. Eine anderweite Übernahme der nicht wirksam gezeichneten Aktien ist vor der Eintragung zweifellos zulässig. Es müssen nur bei der Anmeldung alle Aktien übernommen sein. Dagegen erscheint es zweifelhaft, ob nach der Eintragung an Stelle der nichtigen Aktienzeichnung andere Aktien durch eine gültige Übernahmeerklärung neu übernommen werden können. Auch das Verfahren bei der Sukzessivgründung, wonach bei nicht erreichter Mehrheit andere Personen die Aktien der gegen die Gründung stimmenden Zeichner übernehmen können (§ 248 Abs. 6), ist nur für die Zeit vor der Entstehung der Gesellschaft angeordnet. Es empfiehlt sich jedoch auch, nach der Eintragung an Stelle einer ungültigen Aktienübernahme eine solche durch andere Aktionäre zuzulassen. Man könnte es nicht verantworten, zunächst das Stammkapital um den ausgefallenen Betrag herabzusetzen, und es dann wieder unter Entgegennahme einer neuen Zeichnung im gleichen Betrage zu erhöhen. Der Erhöhungsbeschluss ist entbehrlich. Die Höhe des Stammkapitals ist ja bereits durch die Statuten festgestellt. Man kann anschliessend an § 258 und § 259 eine Bestimmung einschalten, wonach bei Ungültigkeit einer Aktienübernahme der Fehlbetrag durch eine neue gültige Aktienzeichnung ersetzt werden kann.

Rückblick.

Betrachtet man die im Vorstehenden besprochenen Vorschriften des Entwurfs über die Gründung, so dürfen sie wohl als durchaus befriedigend angesehen werden. Eine von den bisherigen Gesetzen der Kulturstaaten abweichende Normierung bringt der Entwurf nicht. Das war auch nicht zu erwarten. Die Erfahrungen, die in anderen Ländern gemacht waren, hat er in sorgfältiger Erwägung dem eigenen Gesetz zu Grunde gelegt. Wenn auch in machen Einzelheiten Anregungen nicht unterdrückt wurden, so sind diese doch nicht von solcher Bedeutung, dass sie an den Grundpfeilern des Aufbaus rüttelten. Von diesen darf gesagt werden, dass sie in solider und vertrauenerweckender Arbeit ausgeführt sind. Soweit es dem Gesetzgeber möglich ist, hat er hier versucht, die Gründung der AG. von den an dieser Stelle drohenden Gefahren frei zu halten.

II.

Wer wiederholt die Errichtung einer Zweigniederlassung einer ausländischen AG. in seiner Heimat miterlebte, weiss, welche Arbeit auch nach der rechtlichen Seite hier zu leisten ist. Eine Fülle von verschiedenen Erscheinungen der fremden Rechte tritt ihm entgegen. Er ist genötigt, die Unterschiede zur Gesetzgebung seines eigenen Landes herauszuarbeiten. Nur zu leicht wird das gemeinsame übersehen. Und doch ist es vorhanden, wenn auch oft unter einem Gestrüpp von Details verborgen. So ist die Erwartung, dass auf diesem Gebiete sich eine Angleichung der Gesetze der verschiedenen Staaten vollziehe, nicht unbegründet. Die erste Frage ist, ob ein solches einheitliches Recht der Aktiengesellschaften für die verschiedenen Länder möglich ist. Dabei muss man sich der Schwierigkeiten bewusst sein, die jeder Verschmelzung mehrerer Rechte sich in den Weg stellen. Als in Frankreich der code civil geschaffen wurde, traten sie hinter dem übermächtigen Willen des ersten Konsuls zurück. Bei der Herstellung des deutschen BGB. zeigten sie sich. Sie haben dort dem Hypothekenrecht die sehr komplizierte Struktur aufgeprägt. Und doch war es auch hier, wo früher eine Mannigfaltigkeit von Rechten bestand, möglich, an ihrer Stelle ein allgemeines Gesetz zu schaffen. Es liegt in der Natur des einzelnen Menschen und des ganzen Volkes, aus Bequemlichkeit und aus Pietät an dem Vorhandenen zu hängen. Begründet ist diese Ablehnung des Neuen, wo es sich um eine ethische Auffassung handelt. Familien- und Erbrecht wird man nach den Empfindungen jeden Volkes für dieses regeln müssen. Hierüber kann man sich nicht hinwegsetzen. Auch das Recht an den Liegenschaften wird bodenständig sein. Deshalb hat man auch im internationalen Privatrecht die lex rei sitae überall anerkannt. Wo es sich aber um Erscheinungen des Güterverkehrs handelt, drängt er, je weit umfassender er wird, zu gemeinsamen Rechtsgebilden. Den Weg hat das Wechsel- und Scheckrecht eröffnet. Grundsätzliche Bedenken bestehen also für das Aktienrecht nicht.

Man darf vor der besonderen Art dieses Rechts die Augen nicht verschliessen. Es wurzelt auf der einen Seite im Eigenleben eines

Volkes und dessen Auffassung von der Rechtsperson. Die AG. gehört zu den Körperschaften, den künstlichen Gebilden im Gebiete der Rechtssubjekte. Insoweit ist sie national gebunden. Auf der anderen Seite aber ist die Mitgliedschaft an der AG. losgelöst von der Entstehung. Sie ist in der Aktie verkörpert. Sie wandert frei von Hand zu Hand und von Land zu Land. Insoweit ist sie international. Daher wird es nicht erforderlich sein, die Rechtseinheit in allen Einzelheiten durchzuführen. Es wird stets Stücke geben, die für den fremden Aktionär gleichgültig sind. Hier mag das Gesetz der einzelnen Staaten ungestört bleiben. Die Formalien der Gründung können, je nach Übung und Bedürfnis gestaltet werden. Es gibt Länder, welche für die Errichtung des Gesellschaftsvertrags eine öffentliche Urkunde fordern (so Deutschland, Österreich, Polen). In anderen genügt der Privatakt (so Frankreich, Schweiz, Dänemark). England unterscheidet zwischen dem memorandum of association, das nur die wichtigsten Punkte enthält und die articles of association. Nur für jenes ist eine Urkunde unter dem Siegel der Gesellschaft und die Unterzeichnung in Gegenwart von mindestens einem Zeugen verlangt. Es wird nicht erforderlich sein, hier einzugreifen. Man kann jedem Lande seine Eigenart der Urkunde belassen. In einigen Staaten ist eine Mindestzahl von Personen bei der Gründung der AG. vorgeschrieben. Auch diese ist verschieden. England fordert sieben, wobei das Verlangen der Übernahme von sieben Aktien einwirkte, Deutschland und Schweden fünf, Norwegen, Dänemark, Polen drei. Das serbische Aktiengesetz sogar zehn. Wieder anderswo besteht eine solche Vorschrift überhaupt nicht (Frankreich, Schweiz, Niederlande). Von Bedeutung für den internationalen Verkehr wird dies nicht sein. Die Form der Einladung zur Generalversammlung vielfach nicht nur den Statuten überlassen, es wird auch deren Festsetzung vorgeschrieben (Deutschland, Österreich, Schweiz, Ungarn). In einzelnen Staaten muss sie durch die Presse erfolgen (Italien, Griechenland, Belgien, Niederlande). An sich wäre es zwar nicht unerwünscht, dass jeder Käufer einer Aktie weiss, wie sich dieser für ihn nicht unwichtige Akt vollzieht. Schliesslich wirken auch hier die Gewohnheiten stark auf die Anordnung dieser Form ein. Man mag sie nach Heimatrecht behandeln.

Anders aber wird es überall da sein, wo die wirtschaftlichen Grundprinzipien des Aktienrechts in Frage kommen. Sie fliessen aus ihrer Aufgabe im Gebiete der Privatwirtschaft. Die AG. ist aus ihr nicht hinwegzudenken. Sie soll das Sammelbecken für die zerstreuten Kapitalien sein, die sich in einem gewerblichen Unternehmen zusammenschliessen. Den Anreiz bildet die Möglichkeit des Gewinnes unter der Begrenzung des Risikos auf die Einlage. Daraus erwachsen

zweierlei Gefahren. Die eine ist die des Kreditgebers. Ihm haftet nur das in der AG. angesammelte Vermögen. Reicht dieses nicht zur Befriedigung der Gläubiger, so tragen sie den Verlust. Die andere trifft die Aktionäre. Man mag rechtlich ihre Gesamtheit als den Herrn des Unternehmens bezeichnen. Tatsächlich sind es die Männer, denen seine Leitung anvertraut ist. In beiden Fällen spielt also das Vertrauen eine wichtige Rolle. Es zu begründen und zu schützen, ist die Aufgabe des Gesetzes. Das gilt für alle Staaten in gleicher Weise. Hier setzt auch das Interesse der Kreditgeber und der Aktienzeichner ein, einerlei, wo sie wohnen. Hier wäre der Ausgangspunkt des einheitlichen Aktienrechts.

Es ist hier nicht der Ort, in allen Einzelheiten zu zeigen, wie sich dies vollziehen kann. Dieses Ziel setzte zwar keine vollständige Darstellung des Aktienrechts der ganzen Welt, wohl aber ihrer wichtigsten Staaten voraus. Aus dieser wäre zu entwickeln, dass die Vorschriften über die Gründung der AG. und die über die Rechte der Aktionäre gegenüber der Verwaltung überall von demselben wirtschaftlichen Zweckgedanken ausgehen. Daraus folgt wieder, dass trotz von einander abweichender Methoden, ein gemeinsamer Weg zu finden sein wird. Hier soll dies nur an wenigen Beispielen gezeigt werden. Das Gesetz hat dafür zu sorgen, dass das in der Satzung angegebene Kapital auch wirklich vorhanden sein wird. Der Grundsatz von der Aufbringung des Grundkapitals lässt sich überall erkennen. Dafür, dass dieses Vermögen stets vorhanden ist, kann kein Gesetz eintreten. Wohl aber im Augenblicke in dem die AG. in den Verkehr tritt. Das macht sich vornehmlich an zwei Punkten geltend. Der eine behandelt die Übernahme der Aktien. Darin liegt die Beschaffung des Kapitals durch das Versprechen der Einzahlung. Der andere befasst sich mit deren Durchführung. Hier steht die Verhütung von minderwertigen Einlagen im Vordergrund. Bei Beiden zeigen sich verschiedene Richtungen. Bei der Aufbringung des Kapitals fordert die eine Vollzeichnung, ehe die AG. rechtlich entstehen kann. So die meisten kontinentalen Gesetze (Frankreich, Deutschland, Schweiz, Italien, Belgien, Dänemark usw.). Das ganze Aktienkapital muss gezeichnet sein, ehe die AG. als bestehend anerkannt und, wo dies erforderlich, in das Register eingetragen werden kann. Andere Rechtssysteme begnügen sich mit einer nur teilweisen Übernahme der Aktien. Das ist in den Ländern des anglo-amerikanischen Rechts herrschend. Man unterscheidet zunächst das issued capital von dem authorized capital. Jenes muss zwar nicht ganz vor der Registrierung einbezahlt sein. Das englische Recht verbietet aber vor der Zeichnung und Einzahlung des minimum subscription, die Geschäfte der Gesell-

schaft zu beginnen. Dabei sind Vorschriften über die Errechnung des Minimums gegeben. Anderswo, so in verschiedenen Staaten von Nordamerika wird eine Quote des Kapitals erfordert. Aus dem vorzeitigen Geschäftsbeginn wird die Gesellschaft nicht verpflichtet. Jede Person, die hiergegen verstösst, macht sich strafbar, unbeschadet anderweiter Haftung. Nach den kontinentalen Rechten haftet jeder, der vor der Entstehung der Gesellschaft für sie handelte. Daraus erkennt man, dass trotz der juristischen Verschiedenheit der wirtschaftlichen Inhalt der Vorschriften der gleiche ist. In beiden Systemen waltet das Bestreben vor, der AG., den Eintritt in den wirtschaftlichen Verkehr nicht eher zu gestatten, ehe sie im Besitze eines gewissen Vermögens ist. Das kann man erreichen, indem man sie vorher nicht als geschäftsfähige Rechtsperson anerkennt oder, indem man ihr trotz ihrer Entstehung die geschäftliche Betätigung unterbindet. Dieses rein konstruktive Moment steht aber einer einheitlichen Regelung nicht entgegen. Eine AG., die zwar in das Register eingetragen ist, aber keine Geschäfte schliessen darf, ist von einer solchen, die noch nicht existiert, nicht allzusehr verschieden.

Die Erfüllung der zugesagten Einlage in die AG. statt durch Geld durch andere Gegenstände (Sacheinlage) ist ein unabweisbares Bedürfnis. Die AG. muss ja auch Geld, das sie erhält, in Waren und Maschinen umwandeln. Doch liegt in der Zulassung solcher anderer Leistungen als Geld gegen Gewährung von Aktien eine nicht zu unterschätzende Gefahrenquelle. Je nach den mehr oder minder trüben Erfahrungen, die ein Land bereits gemacht hat, hat es besondere Vorsichtsmassnahmen ergriffen. Man findet fast überall das Verlangen der Aufnahme des Sacheinbringens in den Gesellschaftsvertrag. Es wird offenkundig gemacht und damit ein Warnungszeichen aufgesteckt. Meist aber folgen besondere Prüfungen. Frankreich verlangt zwei Generalversammlungen. Die erste bestellt die commissaires aux apports. Erst die zweite kann die Konstituierung der Gesellschaft beschliessen. Dabei werden die Apportaktien zwei Jahre lang gesperrt. In anderen Staaten hat der Entstehung der Gesellschaft eine Kontrolle der Sacheinlage durch unparteiische Prüfer vorher zu gehen (Deutschland, Italien, Spanien). Als Grundlage dient vielfach ein den Gründern auferlegter Bericht, (Deutschland, Polen. Nur bei Sukzessivgründungen, also wenn die Gründer nicht alle Aktien übernehmen: Norwegen, Schweden, Liechtenstein). In den Aktienetzen der USA wird durch die Gesetze über Beaufsichtigung der Emissionshäuser, der investment companies, (blue sky Laws) ein ähnliches Ergebnis erstrebt. Es scheint auf diesem Gebiete ein Gewirr von Gesetzen vorzuliegen. Und doch gehen alle von dem gleichen Zwecke aus, den

Aktienwindel zu verhüten. Gerade darin aber sollte man einen gemeinsamen Weg finden. Aus den allseitigen Erfahrungen und Hilfsmassnahmen lassen sich bei aller Verschiedenheit doch wieder die gemeinsamen Ideen herausfinden. Was sich praktisch bewährte, wird aus dem Verschmelzungsprozess neugeformt hervorgehen können.

Schliesslich noch ein Wort zu der Stellung der Aktionäre. Das Ringen um Macht und Einfluss zwischen ihnen und der Verwaltung ist unvermeidbar. Es liegt in der Natur der Sache. Die Aufgabe des Gesetzes ist es, die Interessen der Aktionäre zu wahren, ohne der Verwaltung die Hände zu sehr zu binden. Daher werden seine Vorschriften einer gewissen Elastizität bedürfen. Die Statuten können regulierend wirken. Bestimmte Grundlagen werden verlangt werden. Überall findet man die Generalversammlung. In ihr werden die Rechte der Aktionäre im Wege der Beschlussfassung ausgeübt. Daher ist die Gewährung des Stimmrechts von grundlegender Bedeutung. Es gibt Gesetze, wonach jede Aktie eine Stimme haben muss (Deutschland, Niederlande, Belgien, Schweiz). Andere Staaten lassen Aktien ohne Stimmrecht zu. So namentlich die Staaten von Nordamerika, in denen der preferred share stimmrechtlos ist. Je mehr sich die Aktie durch ihren Ausbau der Obligation nähert, desto eher wird man geneigt sein, für sie auf das Stimmrecht zu verzichten. Man wird es auch auf bestimmte Gegenstände oder für bestimmte Fälle beschränken. Eine Verständigung wird unschwer möglich sein. In Einzelheiten weichen die Gesetze bei der Ausübung des Stimmrechts wieder von einander ab. So bei dem Ausschlusse des Stimmrechts bei Kollision der Interessen, so bei den Voraussetzungen zur Teilnahme an der Generalversammlung und ähnliches. Auch hier wird die Auswahl aus den bestehenden Vorschriften ein brauchbares Ergebnis zeigen. Ein wichtiges Gebiet ist das der Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung. Sie ist in Deutschland, Ungarn, Bulgarien, Norwegen und anderen Staaten gesetzlich geregelt. Sie setzt eine Verletzung von Gesetz oder Statut voraus. Vielfach wird dies auch ohne gesetzliche Vorschrift zugelassen. Dahin wird die azione di nullità o di annullamento in Italien zu rechnen sein. Ähnlich Rumänien und Portugal. Dagegen kennt man in Frankreich nur im Falle des „dol“ die action en nullité. Auch England setzt die Absicht eines Betrugers bei der Mehrheit voraus. Der Zug der Gesetzgebung geht aber offenbar nach der weiteren Zulassung dieser Schutzklage. Das lässt sich daraus erkennen, dass, wo auch eine ausdrückliche Regelung fehlt, die Praxis sie ersetzt (Schweiz). So wird auch hier sich eine allgemeingültige Auffassung erreichen lassen.

Die besprochenen wenigen Punkte werden zwar die unverkenn-

bare Verschiedenheit der Aktienrechte ersichtlich machen. Aber ebenso kann man die gemeinsamen wirtschaftlichen Ziele erkennen. Das liesse sich noch an einer Reihe anderer grundlegender Rechtssätze erweisen. Das Wenige, was in dem knappen Raume sich sagen liess, möge genügen, um die gesetzgeberische Möglichkeit des einheitlichen Aktienrechts zu zeigen.

Man wird vielleicht zweifeln, ob gerade heute die Zeit ist, eine solche Frage aufzuwerfen. Scheint es doch, dass sich die Völker mehr als je von einander abschliessen. Für das Recht der Aktiengesellschaften eines Landes hat man in einem anderen dann Interesse, wenn man bei jenen sein Kapital anlegen will, oder wenn man hofft, dass man aus diesem Kapital erhält. So hatte man in Deutschland nach der Inflation eine Anpassung an das anglo-amerikanische Recht erwogen. Es ist anzunehmen, dass der heutige Zustand nicht ewig dauert. Die Völker werden sich zum Waren- und zum Kapitalaustausch wieder finden. Es wird auch eine Zeit kommen, in der die Aktien des einen Landes in den anderen Ländern Verwendung finden. Dann wird das Bedürfnis nach dem gegenseitigen Erkennen des Rechts wieder eintreten. Damit werden die Wünsche der Annäherung und Angleichung erwachen. Aufgabe der Wissenschaft ist es, dies vorzubereiten. Es mag noch geraume Zeit vergehen, ehe diese Arbeiten Früchte tragen. Das darf aber nicht massgebend sein. Das Horazische „Incipe! sapere aude!“ gilt auch für die ersten Schritte auf dem Wege einer Gemeinschaft der Rechtsschöpfung. Die Wissenschaft kennt keine Grenzpfähle. Welch' besseren Beleg könnte es hierfür geben, als dass man einem deutschen Juristen gestattet, dem um das Rechtsleben Jugoslaviens hochverdienten Manne einen, wenn auch nur bescheidenen Gruss darzubringen.

Nove smeri v razsodnem postopku*)

od

drja Rudolfa Sajovica,
privatnega docenta in apelacijskega sodnika
Ljubljana

I. Reformni pokreti.

Dne 1. aprila 1933 je stopil v veljavo novi jugoslovanski postopnik, zakonik o sodnem postopku v civilnih pravnih. Ni bil vpeljan takoj v vseh pokrajinah naše države, Stara Srbija z Južno Srbijo in Črna Gora sta obdržali še svoja prejšnja zakona. Na področju apelacijskega sodišča v Beogradu je bil uveden s 1. januarjem 1934, na ozemlju apelacijskega sodišča v Skoplju in velikega sodišča v Podgorici se bo to zgodilo, kakor bo napredujoča sodna organizacija na teh dveh ozemljih to dopuščala (§ 1 zak. z dne 27. decembra 1932, Sl. N. CXIV/796).

Uzakonitev novega grajanskega postopnika pa ne smemo vrednotiti le s stališča zenačenja in zedinjenja zakonodavstva v Jugoslaviji. Sprejetje tega zakona pomeni mnogo več, saj je bil vzorec tega zakona, avstrijski civilnopravdni red, pred nekaj manj kot štiridesetimi leti tisti, ki je za nemškim grajanskim postopnikom iz l. 1877 vzbudil največje zanimanje v mednarodnem pravniškem svetu. Pokazal je novo pot v rešitvi pravnih sporov in postal zato vzorec novejšim zakonom že pred svetovno vojno, po vojni pa je še v večji meri prispeval k izoblikovanju modernega procesnega prava. Načela tega zakona so — seveda često v spremenjeni obliki — postala gibala drugih že uzakonjenih ali pa šele predvidenih postopnikov, tako da moremo govoriti že o širši mednarodni podlagi procesnih zakonov.

Z uzakonitvijo novega grajanskega postopnika se je postavila Jugoslavija v prvo vrsto onih držav, ki so si zadale nalogo, da hočejo reformirati civilni postopek. O teh reformatoričnih težnjah naj kratko in v bežnih črtah informira ta-le članek. Pri tem se seveda ne oziram na različne delne reforme, do katerih je prisilila zakonodaja predvsem devalvacija denarja in obenem s to nastopivša ogromna pomnožitev civilnih poslov pri višjih sodiščih. Takšne delne reforme so doživljali v mnogih državah, največkrat celo po etapah, ker prvotno predvidene razširjene pristojnosti nižjih organov vedno ra-

*) Po nastopnem predavanju dne 6. novembra 1933 na ljubljanskem vseučilišču.

stočemu prometu niso zadoščale (Avstrija, Bolgarija, Češkoslovaška, Estonska, Francoska, Italija, Jugoslavija, Litva, Madjarska, Nemčija, Norveška, Poljska, Portugalska, Švica). Te delne reforme, ako izvzamemo nemški zakon iz 1. 1924, dalje bolgarsko in portugalsko novelo, niso preminjale nikdar temeljev obstoječega procesnega prava, hotele so le s poenostavitvijo nekaterih predpisov odpomoči najnujnejši potrebi dotlej, dokler ne bo postalo veliko reformatorno zakonodajno delo zrelo. Kot tako smemo imenovati le enotne zakonike, kajti le pri teh je moči misliti, da se uveljavijo v postopku nova načela, ki naj bi ustrezala bolje kakor dosedanja najvišjemu smotru vsakega postopka, namreč nuditi zanesljivo in učinkovito pravno zaščito.

Po svetovni vojni je med prvimi uredila Sovjetska Rusija in sicer povsem svojevrstno procesno pravo. Po dekretih iz 1. 1918 in 1920, s katerimi je organizirala v hitrici prvo sodno organizacijo, je izdala civilni postopnik z dne 7. julija 1923, ki je bil pozneje v nekaterih točkah spremenjen in dopolnjen (v l. 1924, 1927, 1929). Sovjetska Rusija je s svojim zakonikom zapustila celo nekatere osnovne pojme procesa, brez katerih si mi redne in na trdnih tih tekoče pravde sploh misliti ne moremo. Hkratu pa je prilagoden ves potek pravde vrhovnemu cilju sovjetskega pravosodstva sploh, namreč priznanju sovjetskih pravnih načel, kajti pri sodiščih dobi pravno zaščito le to, kar ni z njimi v opreki.

Za Sovjetsko Rusijo je dobila njena soseda Poljska nov zakon o pravdnem postopku. Dela za ta zakonik so bila pričeta že pred koncem svetovne vojne, že 1. 1917. V Poljski je bilo združiti tri različna pravna področja, na katerih so bili v veljavi ruski, nemški in avstrijski pravdni sistemi. Redaktorji novega zakonika niso recipirali popolnoma nobenega teh treh sistemov, skušali so ustvariti nov zakonik, seveda ne zapustivši pri tem dosedanjih ureditev, ki so se izkazale kot dobre in smotrene. Tako je nastal po predelavi vseh treh zakonikov en sam, v katerem so spojena načela teh v nov sistem. Glavno podlago pri tej reformatorni kompilaciji je dal avstrijski zakonik, za tem v manjši meri nemški in v najmanjši ruski. Tu pa tam so zaslediti tudi vplivi francoskega in madjarskega prava. Že iz pripombe, da gre za reformatorno kompilacijo, smemo sklepati, da prevzeta pravna načela in pravne ustanove niso samo vdelane v en sistem, marveč da je nastala nova enota, ki vsebuje tudi povsem novih, deloma radikalnih prememb. Poljski „kodeks v civilnem postopku“ je bil prvotno objavljen 29. novembra 1930, nato pa v nekaterih točkah 1. decembra 1932 noveliran in spopolnjen z določbami o izvršbi ter je kot tak stopil dne 1. januarja 1933 v veljavo.

Štiri mesece za tem, dne 1. aprila 1933, so začela uporabljati

jugoslovanska sodišča novi grajanski pravdni postopnik, „Zakonik o sudskom postopku u građ. parnicama“. Ne vsa, kakor že omenjeno. Toda to nasproti prej omenjenima zakonima, ruskemu in poljskemu, ni edina razlika, ki je najmanjše važnosti. Dočim je ruski zakon delo, ki uveljavlja popolnoma nova načela in ustanove, dočim poljski predstavlja poskus, priti do novega spopolnjenega sistema po sintezi več sistemov, o katerih se mora reči, da so se vsi v marsikaterih smereh izkazali, imamo v jugoslovanskem zakonu recepcijo avstrijskega prava, na katerem so bile spremenjene nekatere določbe posttranske narave, ki so se pokazale v praksi kot ovirajoče. S tem pa seveda ni in ne more biti izrečena nikakršna sodba o dobroti in smotrečnosti enega ali drugega zakona, saj bolj ko kje drugje pokaže le praksa, ali postopnik ustreza zahtevam časa in služi svojemu vrhovnemu smotru, pripomoči iskajoči pravici do najhitrejše realizacije. Nikakor ni izključeno, da se da to doseči po različnih potih, dostikrat tudi z enostavnejšimi sredstvi in metodami.

Naglasiti je treba, da je bila izmed vseh držav, ki so doslej ustvarile nov grajanski postopnik ali načrt, Jugoslavija na najslabšem. Rusija, Nemčija in z neznatno izjemo Italija so enotna pravna ozemlja, Češkoslovaška je nastala iz združitve dveh, Poljska treh pravnih področij, v Jugoslavijo pa so se združile pokrajine, na katerih je bilo v veljavi šest pravnih sistemov. Vsaka imenovanih držav izvzemši Rusijo si je vzela za podlago reformiranemu pravu zakon, ki je že dotlej veljal na enem teh pravnih področij, nobeni ni palo na um, da bi recipirala kakšno povsem tuje pravo. Zato je naravno, da sta mogla priti v Jugoslaviji v razgovor le dva sistema, namreč slovensko-dalmatinski ali vojvodinski, ker se značijo nasproti tema vsi ostali ali kot zastareli ali kot moderni državi z razvitim pravnim prometom neprikladni.

Danes, po komaj šestmesečni veljavi novega zakonika še ne moremo reči, kako se je obnesel v novih pokrajinah. Imamo samo par vtisov, ki so bili priobčeni v glasilu zagrebške odvetniške komore, v št. 5, 6 in 7 „Odvjetnika“. Predvsem kritizirajo odvetniki, da se vrše prvi naroki točno ob določenem času in hočejo dokazati, da imajo še vedno pravico na nekakšno horo legalis, sklicujoč se pri tem celo na odredbo predsednika nekega nemškega uradnega sodišča. Zoper odvetnika da se sme izreči zamudna sodba šele čez pol ure po oklicu stvari, tako pravijo. V zvezi s to zavlačevalno tendenco se skoro čudno sliši drugi očitok, da se prvi naroki baje vršijo prepočasi. To bo pač posledica tega, ker sodišča zanje nimajo tiskovin. Proces mora biti tudi opremljen z modernimi pripomočki, ako naj je res napreden. Vse to, kakor tudi pripombe, da sodniki še nimajo prave

prakse, kako razpisovati razprave, so začetne težave, ki bodo same po sebi prešle. Utemeljeneje so pritožbe, da se zapisniki sestavljajo še vedno z vso obširnostjo kakor nekdanj. Glede tega bi imeli tudi mi dokaj tehtnih opazk. Glavni prigovor pa je, da sodniki ne dopuščajo nobenih dejanskih in pravnih razmotrivanj na razpravah. Res je, da tudi pri naših sodiščih takšna razmotrivanja niso običajna, toda zakon jih nikakor ne izključuje. Posledica tega omejevanja so obširni pripravljalni spisi, na tihoma se razvijajoče preobrazovanje ustnega postopka v pismeni.

Drugi opazanj o novem postopku zaenkrat ni, zlasti se ne da izreči še nobena sodba, kakšno olajšanje je prinesel novi postopek nasproti počasnemu staremu.

V zadnjem času je bila ostro napadena določba o neomejenem dokazovanju s pričami. Kakor mnogo drugih odredb v postopniku ima tudi dokazovanje s svedoki svoje dobre, pa tudi slabe strani. Praktični pravnik, ki je imel v praksi posla z listinskimi dokazi in s pričami in ima poleg tega razvit čut za materijalno resnico, bo ostal širokogruden in dokazov s pričami ne bo izključeval, bo pa pri ocenjevanju pričevanj oprezen. Zato sta tudi poljski (čl. 265) in ruski zakon opustila prejšnje, priče odklanjajoče stališče in sicer ruski popolnoma, poljski zakon pa v najširši meri. Povsem zgrešeno in preočitno tendenčno pa je, pripisovati favoriziranju enega ali drugega stališča politične nagibe.

Precej dolgo že se pripravlja reforma grajanskega postopnika v Italiji. Posebno se je zavzemal zanjo in izdelal prvi načrt znani procesualist Chio v e n d a. Glavni načeli tega načrta sta bili načelo ustnosti in koncentracije, vendar nobeno v absolutni premoči, oboje podrejeni svrhi, priti čimprej do pravične sodbe. Z njim je Chio v e n d a prelomil z Napoleonovim kodeksom in se približal nemško-avstrijski koncepciji postopka, posebno avstrijskemu zakonu, o katerem je že prej izrazil mnenje, da je postopek po njem najhitrejši. Toda zoper načrt so vstali mnogi nasprotniki, ki nikakor niso hoteli prekiniti s staro romansko tradicijo. Kakor Chio v e n d o v načrt tako tudi oni prvega predsednika kasacijskega sodišča Mortare ni bil deležen ugodnega odziva. Nato je bila poverjena naloga, napraviti nov načrt, prof. Carneluttiju ki ga je izdelal l. 1926. Temu je sicer temelj sedanji italijanski postopnik, toda samo kot najosnovnejša podlaga, v resnici pa gre za svojevrsten načrt, ki izloča iz pravnega postopka zlasti vse, kar ni pravda. To ne spada v jurisdikcijo in se odkazuje nepravdnemu postopku kakor n. pr. nekatere oficijalne in ugotovitvene tožbe. Komisiji se je zdel načrt preteoretičen in podajajoč čestokrat le osebna avtorjeva naziranja o pravnih ustanovah, ki niso niti nova.

Pod predsedstvom Mortare je zato izdelala šestnajstčlanska komisija nov načrt in ga predložila ministru Roccu 24. junija 1926: „Codice di procedura Civile-Progetto 1926“. Ta načrt še do danes ni postal zakon.

Tudi Nemčija je pripravila izboljšanje civilnopravnega reda iz l. 1877. Ta ji svoj čas ni prenesel samo združitve te zakonske materije, marveč tudi sloves, da si je postopnik osvojil za tisti čas najmodernejša načela, jih prikrojil svoji dobi ter jih skozi in skozi predelane tudi dosledno izvedel. Postal je vzor mnogim poznejšim kodifikacijam še potem, ko so se v Nemčiji že pojavljale in množile pritožbe, da ne ustreza in da ne jamči več za hitro in pravilno rešitev spora. Pritožbe niso utihnile niti po noveli l. 1898, venomer se je očitalo, da je postopek prepočasen in preokoren. To je dajalo povod za nove novele, ki so skušale napraviti postopek bolj gibčen in bolj enostaven, obenem pa ohraniti celotni sistem. Z novelami, katerih dve sta izšli pred vojno (1905 in 1909), naslednji dve 1920 in 1921, glavna l. 1924 in zadnja 1930, so bila prevzeta deloma nekatera načela avstrijskega pravnega reda, o katerem so trdili v Nemčiji, da se dosežajo po njem ugodnejši uspehi in da je po njem postopek hitrejši, neposrednejši in zato vernejši posnetek življenja.

Novi načrt pravnega postopka „Entwurf einer Zivilprozessordnung“, ki je bil izdelan l. 1931, ne opušča starih utrjenih načel nemškega procesa. Novela iz l. 1924 je bila dokaj radikalna, ni se pa dotaknila drugega dela ostvarjanja zahtevka, ki je še občutnejši kakor razsodni postopek, namreč izvršilnega. Poleg temeljite reforme tega, si je načrt nemškega pravnega postopka zadal nalogo, da po skušnjah, dobljenih na podlagi novele iz l. 1924, preosnuje razsodni postopek, da obdrži vse, kar se je izkazalo kot dobro, da skuša še naprej poenostaviti, racijonalizirati in pospešiti postopek, obenem pa zakonodavno-tehnično preskusiti vse določbe, odpraviti po novelah povzročena neskladja in izločiti času ne več ustrezne določbe. Tako je nastal načrt, ki se sicer oklepa starega sistema, je pa v poedinostih vendar nov, torej ne delna poprava, marveč iz starega s primesjo novih sestavin postavljena nova zgradba.

Toda usoda načrtu ni bila mila. Dne 30. septembra 1933 je na nemškem Juristentagu državni justični minister dr. Gürtner med pozdravnim govorom izrekel te-le besede: „Civilni proces ne sme služiti za to, da postanejo funkcije državne oblasti, ki so poklicane za rešitev spora, igrača zastopnikov strank; forum civilnega postopka ne sme biti bojišče viteško pretkanih taktikov, marveč mora postati prostor, kjer se išče pravica in se hitro in veljavno najde“. S tem je sicer deloma potrdil smernice novega načrta. Toda kmalu za

tem, dne 26. oktobra 1933 je bila podpisana civilnoprocesna novela, torej ne uzakonitev navedenega načrta, marveč sprememba dosedanjega zakona. Navzlic temu je novela dalekosežna prememba veljavnega postopnika in se dotika najvažnejših temeljev procesnega prava. V največji meri so bila uporabljena načela avstrijskega zakona, kateremu se je nemški postopnik s tem znatno približal. Določbe nemškega načrta, ki zaenkrat še niso bile uzakonjene, pa tvorijo zanimiv poskus, usmeriti postopek na hitrejšo pot.

Obenem se pripravlja tudi Češkoslovaška republika, da si ustvari nov civilnopravdni red. Osnutek je že izdelan: „Návrh zákona o soudní příslušnosti a civilního řádu soudního“. Izmed nasledstvenih držav je ona v najugodnejšem položaju, v zahodni večji polovici je namreč v veljavi avstrijski zakon, v vzhodni pa z jakimi primesmi iz nemškega prava posnemek avstrijskega, ogrski zakon iz l. 1911. Zato bi se zdelo, da tu zenačenje ne bo zadevalo na toliko trenj kakor drugod. In v resnici, pristaši enega in drugega sistema so se udarili najbolj na točki, ki leži zunaj razsodnega postopka, namreč pri vprašanju ali je dopustiti popolni priziv po vzoru nemškega in ogrskega zakona, ali omejeni avstrijskega. Ker ni namen te razprave, primerjati tudi določbe o pravnih sredstvih po novih zakonih in načrtih, naj omenim na kratko, da je tudi madjarska procesna novela iz l. 1930 znatno omejila popolni priziv zoper sodbe prve stopnje. Dočim je po zakonu iz l. 1911 zadostovalo, da je stranka vložila zgolj priziv in v njem označila, da se priziva ali celoma ali le deloma, na prizivni razpravi pa je bila šele primorana, navesti nove činjenice in dokaze, s katerimi je pobijala prvo sodbo, je odredila novela, da se sme stranka sklicevati na nova v prizivnem postopku le, ako jih je navedla že v prizivu ali v prizivnem odgovoru. Ustanavlja tedaj eventualno maksimo na prizivni stopnji. Prizivno sodišče sme vendarle dopustiti novote, ako stranka posvedoči, da novot brez lastne krivde ni prej navedla (§ 498). Dokaj omejuje popolni priziv Poljska v čl. 404, po katerem sme prizivno sodišče nove činjenice in dokaze le zavrniti, ako jih je utegnila stranka navajati že na prvi stopnji ali vsaj že v prizivnih spisih. Nemški zakon uvaja skladno z načrtom (§ 482) podobno omejitev, ker predpisuje v § 519, da ima priziv obsezati tako prizivne razloge kakor tudi prizivno utemeljitev, pod katero spadajo tudi novote. Vsega tega prej ni bilo treba, popolni priziv je bil dopuščen na celi črti. Kakor se vidi, je vplival avstrijski zakon na načrt le toliko, da predpisuje točno oznamenilo prizivnih razlogov in predlogov ter hkratu novih navedb. Sodišče seveda ima moč, zavračati novote zbog zavlačevanja kakor na prvi stopnji. Po teh novih zakonih in načrtih se utemeljuje popolni priziv med drugim tudi s tem,

da stranka na prvi stopnji često ni mogla presoditi, kakšno pravno naziranje si bo sodišče usvojilo in da zaradi tega tudi ni utegnila, uveljavljati svoje stališče v dotični smeri. Češkoslovaški načrt tem trem zakonodajam ne sledi, vendar pa odstopa, dasi v manjši meri, od avstrijskega vzora. Obrazložitev k načrtu brani podrobno omejeni priziv, načrt sam pa dopušča novote, da podpre stranka z njim uveljavljene ničnostne razloge, da dokaže pomanjkljivi postopek ali neverodostojnost dokaznih sredstev, na katerih temelji odločba (§ 487). Ta ureditev je daleč od popolnega priziva, oddaljuje se pa od avstrijskega zakona. Temu sledi češkoslovaški načrt podobno kakor jugoslovanski, le da je v svojih spremembah radikalnejši kakor naš.

II. Spremembe, ki naj pospešijo sodni postopek.

Ti zakoni in zakonski načrti obsezajo ozemlje, ki dokaj prekaša polovico evropske površine. Ako upoštevamo pri tem še precej radikalno madjarsko novelo, zakone Bolgarske, Portugalske in baltiških držav, vidimo da je zajel reformni val razen zapadne Evrope večji del površine naše celine. Kakor v novih državah se je pokazala potreba po reformi tudi v ostalih. Čas življenja brzi po svetovni vojni vse hitreje, splošno vrvenje daje svoj pečat tudi pravni ureditvi, zato vsepovsod poskusi, korakati vstric z novimi zahtevami tudi v sodnem postopku.

Toda tu naletimo na nezmagljive zapreke. Ni namreč edina svrha postopka, priti čimprej do končne rešitve. Ne zadovolji nas vsak izsledek, našemu pravnemu čutu je ustrezno le, ako nam dozori kot sad sodnega postopka pravična sodba. Zgolj naglica ne bo dovedla vedno in varno do te, najkrajša pot ne vodi vedno do najboljšega, iskanje pravične odločitve zahteva opreznejših sredstev. Razen tega si običajnega postopka ne smemo predstavljati kot edino možno obliko, po kateri utegnemo priti do končne sodbe. Moramo si biti svesti, da se da pravni spor dognati tudi na druge načine in da je grajanski postopek zavzel današnjo obliko kot nekak boj med tožiteljem in tožencem pod sodnikovim vodstvom in z njegovo odločitvijo le v to svrhu, da zajamči tako tožitelju najprimernejše iskanje pravice, da daje tožencu uspešno obrambo zoper naperjene zahteve, da pa zajamči tudi pravično odločitev s tem, da skuša pogreške sodnika kot človeka kar največ izločiti in obenem omejiti njegovo samovoljo. Le v dosego teh končnih smotrov so upravičeni vsi več ali manj zamotani predpisi, in vse oblike pravnega postopka nam smejo biti le sredstva za dosego namena. Zato je gotovo, da se s spremenjeno miselnostjo menjavajo tudi metode procesa, da nam je ostal

pri vseh narodih skupen le osnovni obrazec: sodnik, tožitelj in toženec. Vendar pa doživlja tudi ta obrazec svoje spremembe in celo ni treba, da bi navedeni protagonisti vsakega procesa ostali skozi ves postopek eni in isti, kakor nas o tem do dobrega poučuje novi ruski postopnik.

Ves proces sestoji iz dejanj teh treh oseb naznačene sheme, v prejšnjih časih točno predpisanih in med seboj prepletenih, pozneje vedno bolj enostavnih in preprostih ter naravnost h končnemu cilju merečih. Praktičnemu duhu današnje miselnosti, ki ji je postal strogi racijonalizem devetnajstega stoletja, kakor drugod tudi modernega procesa izoblikovalec, nekako tuj in odveč, točno predpisani in izvedeni potek kot prekompliciran ni več po godu. Predolga se ji zdi vsa zakonita pot od kraja do konca, njene oblike kot življenje dušecha stara navlaka. Ta miselnost dela predvsem metodo za krivo, da zaostaja reševanje pravnih daleč za potrebami rednega gospodarstva, tako da ji je zaključek procesa le še formalna rešitev, a že brez realne vsebine, namesto da bi pomenjala dozoreli plod medsebojne borbe. Ta miselnost je pripravljena za ceno hitre rešitve žrtvovati vse, tudi tiste oblike, ki dajejo jamstvo za nepristransko in vsestransko sojenje.

Metode, ki naj ustrezajo tej zahtevi, morajo že po naravi stvari ležati izven sodnega postopka. Ta kot uradna ustanova ne more pogrešati smernic, ne more prepuščati strankam samim, da si volijo način, kako naj se vodi spor. Precej se je sicer približal tem zahtevam ruski zakon, ko je trdno ustanovil le posamezne razvojne etape, po katerih se mora pravda razvijati, prepuščajoč vse podrobnosti sodniku samemu. Sicer pa se da oživotvoriti ideja brezobličnega procesa le, ako stranke odvzamejo rešitev državi in jo poverijo svojim zaupnikom.

Zato opažamo danes precejšnjo težnjo, izključiti državno sodstvo in poverjati pravde razsodiščem vseh vrst, pred katerimi ne veljajo stroge oblike državnega postopka in so izključena pravna sredstva. Še pred nedavnim država sama ni gledala preveč prijazno na razsodišča, terjala je tako rekoč sodstvo kot monopol zase. Vedno naraščanje pravnih in zbog tega nastopivša nemožnost, zmagovati silno povečane posle z zmanjšanim številom moči — torej opraviti več kakor prej in pri tem še nekaj prištediti, — pa je dovedlo do nasprotnih situacij kakor v postopku samem: tu poostritev državne kontrole, tam odkrito pospeševanje razsodišč. Predpisi o teh se izpolnjujejo, hoteč jim zagotoviti uspešnejše delovanje, v raznih zakonih neprocesne vsebine se naravnost ustanavljajo posebna razsodišča ali pa se dovoljuje in priporoča sestava istih. Izjemo tvori Sovjetska

Rusija. Ta skuša kolikor toliko omejevati razsodišča, ko zabranjuje, da bi se reševali spori, ki spadajo pred posebna sodišča, pred njimi. Pogodba na razsodnike je veljavna le, ako se tiče konkretnega spora in mora biti overovljena po javnem beležniku. V razsodiščni pogodbi morajo biti imenovani razsodniki, ti imajo pogodbo podpisati poleg strank in s tem dati privolitev, da sprejmejo razsodniški posel, določen mora biti čas, v katerem je treba stvar rešiti. Razlog za to izredno omejevanje razsodišč je iskati v tem, da vidi sovjetska država najvišjo nalogo sovjetskega pravosodstva v zavarovanju pridobitev proletarske revolucije in v zaščiti interesov države, delavnih slojev in njih zajednic, da pa odklanja zaščito buržoaznih interesov (čl. 1 org. z.). Zato noče, da bi meščanski sloji iskali svoje domnevane pravice drugod kakor pri postavljenih sodnikih in zato določa zakon, da je po končanem sporu predložiti spise ljudskemu sodišču, ki jih ima proučiti, ali je razsod bil izdan na zakonit način in ako se ne protivi občinim zakonitim predpisom. Le ako ljudsko sodišče smatra, da izdani razsod ni v opreki s sovjetskim pravnim naziranjem, izda izvršilno klavzulo. Nemški zakon se v tem pogledu zadovoljuje s splošno omejitvijo (§ 1025), češ da je razsodiščna pogodba neučinkovita, ako je izrabila ena stranka svojo gospodarsko ali socialno premoč zato, da je vsilila nasprotni stranki določbe, ki naj ji zagotove v razsodiščnem postopku ugodnejše stališče.

Drugi reformni načrti operirajo že roko v roki z državno organizacijo, če tudi še s primesjo lajikov. Kazati nam je na stvaranje posebnih mešanih sodišč, zasedenih deloma po poklicnih uradnikih deloma po strokovnjakih ali stanovskih tovariših strank. V teh imajo običajno lajiki večino, izravnanje nasprotujočih si interesov obeh strank pa je pridržano voditelju, državnemu organu. Slednji naj zagotovi nemoteno delovanje, lajiški element pa upoštevanje posebnih razmer. Delo teh mešanih sodišč, ki so zamišljena deloma kot prava sodišča (veča) deloma kot razsodišča, nam je vsem dovolj znano, prav tako pa tudi, da uspehi teh izrednih sodošč niso povsem opravičili navdušenja, s katerim jih motri teorija. Zlasti ne v dobi, ko je pravo obsežnejše, zapletenejše kakor kdaj koli. V času, ko se poudarjajo pretežno državne, a zanemarjajo državljanske dolžnosti, često nedostaje zavesti, da so tudi prisodniki teh senatov državni organi. To spričo nepoznanja prava s strani lajikov občutno moti nehibno delovanje takih sodišč.

Dober izhod je našla tu Sovjetska Rusija. Z zakonom z dne 30. septembra 1929 je ustanovila v industrijskih krajih tovariška sodišča, v drugih pa poravnalne zbornice. Posebnost teh sodišč, katerih pristojnost obseza poleg nižjega kazenskega sodstva tudi sodstvo v

imovinsko-pravnih stvarih, ako sporni predmet ne presega na vrednosti 25 (pri poravnalnih zbornicah 15) rubljev, je, da prisedniki ne prejemaajo za svoje sodelovanje nobene nagrade in da se sestajajo po končanem delovnem času. To zadnje je prav smotrena ureditev in zagotavlja redno poslovanje. Pri tem ni podcenjevati psihološkega momenta, da se posveti državljani po odloženih vsakdanjih brigah državljanjskim dolžnostim.

Mimo tega posezajo dalekosežni načrti v samo organizacijo sodišč in odkazujejo sodstvo posebnim državnim organom. Pri teh gre v prvi vrsti za pocenitev poslovanja. To je rešavanje poslov po nesodnikih, po tzv. pravnih pomočnikih (Rechtspfleger). Ta institucija je obstajala v Avstriji že od l. 1901 in je vznikla iz ideje, da naj se odzamejo stvari, ki niso strogo pravnega značaja, sodnikom in poverijo drugim, cenejšim, nalašč zato izvežbanim pisarniškim močem. Skraja uporabljena le v dokaj zmerni meri in zamišljena kot sodniška pomoč (odtod naziv konceptni pomočniki), se je zazdela naenkrat kot rešilna bilka iz mnogih finančnih teškoč in so jo zato uvajale po vojni avstrijske razbremenilne novele vedno bolj in bolj, po njih vzgledu tudi češkoslovaške in nemška iz l. 1921. Vendar je pritegnitev teh pravnih pomočnikov k sodnim poslom predvidena v prvi vrsti v izvršilnem in nepravdnem postopku, tam je zbog množice enakovrstnih in v prvi vrsti praktično izvežbanost predstavljajočih poslov njih pravo torišče in njih uporabnost najbolj zajamčena. Iz razzodnega postopka so takorekoč še izključeni. Nemški načrt jih je predvideval obligatorno le za izdajo plačilnih povelj in za vodstvo spravnega postopka, slednje pa le po sodnikovi uvidevnosti in po določitvi od primera do primera, zakon je pustil doslejšno ureditev v veljavi, namreč prenos teh agend na pravne pomočnike po teritorialni pravosodni upravi.

Bolj kakor vse to pa kaže, da se hoče preosnovati postopek s premaknitvijo kompetenc med sodniškimi organi samimi. Kolegijalno, kar je bilo uradno sodstvo v svojih prvotnih početkih, se pretvarja vse bolj v postopek pred sodnikom poedincem. Skraja pristojen le za spore manj važne narave, je postal sodnik poedinec tekem časa najvažnejši činitelj v civilnem pravosodstvu. Vse se obeta od njega, tako najhitrejša rešitev pravnih kakor znatni prihranki na sodniškem močeh. Od pravila, da je okrožno kot zborna sodišče pristojno za važnejše spore, je napravila prva izjemo avstrijska razbremenilna novela iz l. 1914. Tej so sledile po vojni številne druge, ne le v Avstriji, marveč tudi v Jugoslaviji na ljubljansko-splitskem in vojvodinskem področju, v Češkoslovaški in Madjarski. Ves čas in še sedaj se bje v slovstvu neodločen boj za sodnika poedinca in zoper

njega. Nepregledna množica spisov, ki poudarjajo vsak svoje nazarje, kaže, da boj teoretično najbrže nikoli ne bo rešen. Tako posamično kakor kolegijalno sodstvo imata svoje prednosti pa tudi hibe. Kakor je gotovo, da je sodstvo pred sodnikom poedincem hitrejše in zato tudi cenejše, ako je poedinec izvrsten sodnik, tudi gotovo ne slabše kakor kolegijalno sodstvo, in kakor je gotovo, da včasih več sodnikov skupaj še ne sestavlja dobrega senata, tako tudi ni prezreti dobrih strani kolegijalnega sodstva. To je potrebno tamkaj, kjer imamo le omejen priziv, mnogo bolj kakor pa, kjer dopuščajo popoln priziv. Ne more se namreč prezreti le eno, kar dovede mnogokrat prej kot vsak studij do pravnega umevanja pravne stvari in do ustrezne rešitve, namreč razgovor med votanti istega senata o stvari in sicer po prednašanju in razvijanju spora pred njimi neposredno, ne le po referatu enega izmed njih. Senata ne smatram za preživelo in neplodno ustanovo, pač pa je treba nekaj ukreniti, da bodo res vsi njegovi člani delali na njim odkazanem poslu tako, kakor bi jim bila stvar dodeljena kot sodnikom poedincem. Potem bodo postale neosnovane pritožbe, da senatno sodstvo nima nobenih prednosti pred sodniki poedinci. Počasneje bodo senati res delali, saj je večji aparat vedno okornejši kakor manjši, zato pa tudi sigurneje in bolje.

Finančne neprilike so seveda zgovornejši dokaz kakor teoretski pomisleki in tako uvajajo z novimi načrti in zakoni vse bolj sodnika poedinca. Pojavlja se že celo težnja, kolegijalno sodstvo na prvi stopnji sploh odpraviti. Madjarska je z novelo iz l. 1930 uvedla na celi črti sodnika poedinca kot prvostopnega sodnika. Znano je, da je tudi Avstrija že tako razširila njegovo pristojnost, da je o kolegijalnem sodstvu na prvi stopnji le še malo govora. Jugoslovanski zakon je razširil precej pristojnost sreskega sodnika, nasprotno znatno omejil njegovo sodstvo pri okrožnih sodiščih, dasi tudi pri nas ne manjka zagovornikov absolutnega sodstva sodnika poedinca.

Drugi zakoni niso šli tako daleč. Teoretično ohranjuje poljski zakon kolegijalno sodstvo, ker pozna sodnika poedinca le pri mestnih in mirovnihi sodiščih. Vendar pa prenaša za dobo prvih deset let, to je do 31. decembra 1938, pri okrajnih (po naše okrožnih) sodiščih tako kot prvostopnih kakor prizivnih zoper sodbe mestnih sodišč v določno naznačenih stvareh sodstvo na sodnika poedinca (med drugim imovinske spore o zahtevkih, katerih vrednost ne preseza 50000 zl.). Posebnost poljske zakonodaje je, da sme sodnik poedinec na okrajnem sodišču odstopiti stvar kolegiju v sojenje, ako se mu zdi primer precej zamotan, in da sodijo tudi apelacijska sodišča kod edinoosebna v prizivih do 20000 zl., ako je sodil na prvi stopnji sodnik poedinec.

Okrajna kot prizivna sodišča so vedno edinoosebna, torej ne le začasno za omenjeno dobo.

Ruska sodišča so vsa kolegijalna, tudi ljudsko sodišče je sestavljeno iz ljudskega sodnika in dveh prisednikov. Ljudski sodnik odloča kot poedinec le o postranskih sodnih poslih (o izdajanju sodnih povelj, o razsodiščnih pogodbah in rozsodih, o depozitih in ločitvah zakonov).

Nemški zakon ostaja pri stari delitvi: na uradnem sodišču, ki opravlja veliko večino poslov, poedinec, pri deželnem sodišču senat. (Spoznanje, da je težišče pravosodstva na uradnih sodiščih, se je zrcalilo načrtu v tem, da je urejen postopek pred temi sodišči in ne oni pred deželnim kot normalni). Toda tudi senatu na deželnem sodišču je poverjena le odločba, zbiranje gradiva oskrbi poedinec, ako se zdi to senatu potrebno. V takih primerih določi sodnik poedinec narok, opravi na njem najprvo posle, ki so pri nas predmet prvega naroka in eventualno pripravljalnega postopka, ker zbere tudi pravno gradivo in izvede po potrebi celo dokaze, vendar le one, za katere ni potrebno, da bi bili izvedeni neposredno pred senatom, da se konča pravda pozneje pred senatom na eni sami razpravi. Po sporazumu obeh strank sme sodnik poedinec imovinskopravne spore (§§ 348, 349) namesto senata tudi sam rešiti.

Tudi po italijanskem načrtu ima sodnik poedinec pri zbornem sodišču zgolj pripravo spora v rokah, posamezne odredbe sme izreči le s privolitvijo strank. Kot poedinec nastopa ali predsednik senata ali odrejeni sodnik (čl. 171/IV, 251).

Enako se izreka češkoslovaški načrt za kolegijalno sodstvo na zbornih sodiščih. Le iz razlogov štednje dopušča pri teh še poedince v dosedanji meri za prvih pet let po uzakonjenju načrta.

Kakor vidimo, je ideja sodnika poedinca na prvi stopnji precej močno zasidrana. Toda dočim se kaže v našem in poljskem zakonu ter češkoslovaškem načrtu le prikrito kot uvedena iz razlogov štednje, je v nemškem in italijanskem načrtu organsko zrastle z osnovo, nekako podobno kakor v avstrijskem prvotnem zakonu iz l. 1895, vendar proti temu razširjena, temelječa na načelu, da izvede dokaze in odloči stvar senat, a vse potrebno zato naj pripravi poedinec.

Poleg teh organizatorično premenjevalnih poskusov gredo težnje pravdanje po možnosti izključiti. Pri tem puščam ob strani odrekanje pravne zaščite, bodisi sploh, bodisi le delno z omejevanjem pravnih lekov. Kot sredstvo, pravi spor odkloniti, je omeniti nemški institut *spravnega postopka* (*Güterverfahren*). Spravne poskuse ima sicer tudi pri nas podvzeti sodišče vsak čas, enako po poljskem zakonu in češkoslovaškem načrtu. Prav tako pa tudi po nemškem

(§ 279). Različno od tega pa je v Nemčiji z novelo iz l. 1924 vpeljani obvezni spravni postopek (§ 495a). Vsaka prva razprava na uradnem sodišču je poravnalna. Sodnik razpravlja s strankama o celem spornem razmerju in skuša doseči poravnavo. Opraviti sme tudi ogled, druge dokaze pa le, ako se dajo nemudoma izvesti. Ako poravnava ne uspe, preide spravni postopek v pravdni. Z institucijo so na Nemškem izredno zadovoljni in trdijo, da se konča najmanj četrtnina vseh pravnih s poravnavo. Načrt je predvideval spravni postopek tudi pred deželnimi sodišči. Vsako prvo razpravo je bilo označiti kot spravno, vodil naj bi jo sodnik poedinec.

III. Spremembe v pravnih načelih.

Vse navedene novote ali pa tudi samo krepkeje poudarjane že stare sestavine novjših zakonov in načrtov služijo le enemu smotru, namreč pospešitvi postopka. Temu nasproti naj spremembe postopka samega poleg tega cilja poudarjajo bolj kot doslej, da se išči v grajskem postopku materijalna resnica. Predmet civilnega postopka bo ostalo pač vselej zasebnopravno razmerje, o katerem smejo po načelu individualizma stranke poljubno raspolagati. Temu na svetovnem nazoru liberalizma temelječem spoznanju je ustrezala tudi celotna osnova civilnega postopka. Koncem preteklega stoletja pa je naglašal zlasti Klein, da proces ni več izključna stvar strank, čim so se obrnile na sodišče in zaprosile za zaščito svojih koristi, da ima s tem trenutkom tudi država važen interes, da se pravda čimprej in v redu konča. Kleinov zakon podčrtava v jaki luči s o c i j a l n i pomen procesa, od tega časa pa se je utrjalo vse bolj in bolj spoznanje, da je proces dobrobitna naprava, kjer stranke vzlic temu, da gre spor o njih zasebnih pravicah, vendarle nimajo edinoodločilne besede. Sodišče posega več ali manj krepko v potek pravde, jo oblikuje in navzlic odporu strank vodi dalje. Na rozsodiščih, ki jih država pospešuje, da se sebe razbremeni, imajo stranke odločilno besedo, one predpisujejo tek in obliko postopka. Na sodišču se nasprotno postavlja proces pod vedno strožje državno vodstvo in prosto odločanje strank čim dalje bolj omejuje. Kakor nastaja sprememba v naziranju o nalogah države, tako se pripravlja tudi o temeljnih načelih grajskega postopka, celotna osnova dobiva polagoma, včasih skoro nevidno drugačno lice. Tega tu pa tam skoro ne opazimo, naše spremenjeno naziranje o nalogah postopka sprejema vse to kot samo po sebi umevno.

Vedno očitneje se uveljavlja zato v grajskem postopku o f i j a l n a m a k s i m a. V precej široki meri je privzeta po avstrijskem

zakonu v jugoslovanski zakonik in češkoslovaški načrt s premembo, da je v teh dveh odpravljeno tudi vročanje med odvetniki. Načelo uradnega vročanja sprejemajo tudi ruski in poljski zakon (§ 143), italijanski in nemški načrt (§ 134), čeprav vsi z izjemami (poljski: § 161, nemški: 170, italijanski: čl. 186). Nemški zakon sprejema le z novelo iz l. 1924 usvojeno stanje: edino sodišče sme prelagati naroke (§ 227), podaljševati roke (§ 224) in odrediti mirovanje postopka (§ 251a). Ako na narok ni nobene stranke ali ako došla ničesar ne predlaga razsodi sodišče na podlagi spisov ali pa določi novo razpravo. Tudi italijanski načrt skoro onemogoča preložitve razprave. Dopustna je le, ako je sodnik absolutno zadržan in največ na osem dni. Ako stranka ne izkaže, da je vročila nasprotniku odlok o terminu za sprejem dokazov, zgubi pravico na sprejem teh dokazov. Ako ni dostavila (postavila) teh dokazov na narok, nastopi glede njih prekluzija (§ 186). Ruski zakon ne dopušča ne podaljšanja ne skrajšanja rokov. Gre pa še dalje. Po pojmovanju, ki mu je lastno, da imajo zasebne pravice socialno funkcijo, jih smejo pravni subjekti uporabljati le v soglasju z njih socialnogospodarsko svrhu, to je za razvoj produktivnih moči dežele (čl. 1, 4 d. z.). Zato ustanavlja, da sme namesto upravičenca vložiti tožbo tudi državni pravdnik, ako je to potrebno v javnem interesu, torej v interesu države ali delavskih množic (čl. 2), da se sme državni pravdnik vedno pridružiti eni ali drugi stranki, da sme namesto stranke v pravdo celo vstopiti in prevzeti zasledovanje njenih koristi.

Kar se tiče zbiranja pravnega gradiva, vztraja italijanski načrt na eventualni maksimi kot stari pridobitvi italijanskega prava. Po preparatornem postopku določi sodišče strankam rok, največ do 60 dni za izmenjavo pripravljanih spisov, s strani vsake stranke največ treh. V tem času morata navesti stranki vse činjenice in dokaze, ki naj tvorijo podlago dokazni razpravi. To je razpisati po poteku danega roka. Kar se navede pozneje in se zgodi to po malomarnosti, je neupoštevno. Dokazna razprava je po možnosti le ena in je na njej izvesti vse dokaze takoj in jo nato zaključiti.

To načelo poznamo v drugih pravih le še pri nekaterih posebnih vrstah postopka (mandatnem, meničnem, čekovnem, rabokupnem) in pri izrednih pravnih sredstvih, namesto njega so si usvojile ostale zakonodaje koncentracijsko načelo, ki skuša zabraniti zavlačevanje pravde prav tako uspešno, obenem pa služi boljše zahtevi po iskanju materialne pravice. Zakon ne predpisuje s prekluzivnimi roki, kdaj morajo predložiti stranke pravnomočno gradivo, grozi jim pa s kaznimi in z neupoštevanjem njih navedb, ako ga priobčijo sodišču z zavlačevalnimi poskusi kasno.

Kot posebno sredstvo koncentracijskega načela moramo ime-

novati ustanovo prvega naroka v avstrijskem zakonu, prevzeto po jugoslovanskem zakoniku in češkoslovaškem načrtu. Ta narok bodi nekakšna prečiščevalnica, vse, kar more brez pravednosti odpasti, naj se na njem izloči, ustalijo naj se prigovori formalnega značaja. Italijanski načrt ima nekaj podobnega v tzv. pripravljalnem postopku, tamkaj naj se prijavijo prigovori, popravi tožba, tudi prememba iste je dopustna le v tem stadiju. S prigovorom nepristojnosti je vedno označiti pristojno sodišče in tožba se tjakaj uradoma odstopi, ako je prigovor utemeljen (čl. 160). Podobno nalogo ima po nemškem zakonu sodnik poedinec. Češkoslovaški načrt je prvi narok vzlic precejšnjemu nasprotovanju prevzel. Določa pa, da mora biti odgovor na tožbo utemeljen (§ 243). Nedvomno je ta določba dobra, vendar ji veliko praktičnega uspeha ni pripisovati. Pravedarska umetnost je že toliko razvita, da tudi iz spisa, natrpanega s činjeničnimi podatki, glede na pravni predmet kaj lahko odseva strahotna praznота.

Poljski zakon prvega naroka ni prevzel, vse mu nadomešča izmenjava pripravljanih spisov. Ker ni razvil nobene druge ustanove, je izpustil iz rok važno sredstvo za pospešen potek pravde. Tudi nemški zakon ga je odklonil, ustanovil pa zato že omenjeni pripravljalni postopek s sodnikom poedincem kot prečiščevalcem pravnega gradiva. Po obrazložitvi k načrtu to zadošča, zlasti s predvidevano preosnovo opominjevalnega postopka, ki je pa zakon ni prevzel in izvedel.

Ako omenjamo opominjevalni postopek in njega funkcijo v modernem procesu, se dotaknemo dveh sovisnih načel v postopku, namreč ustnosti in neposrednosti. Ti dve načeli nista več kakor nekdanji sami sebi namen. Strogo izvrševanje načela ustnosti je marsikdaj onemogočilo zaključitev že vestno pretresene pravde, ako je bilo treba le spremeniti dokazni sklep. Ker so postali nadaljnji dokazi nepotrebni, je bilo treba razpravo na novo otvarjati. Na drugi strani pa si tudi ne smemo zastirati preveč oči pred dejstvom, da je toli hvalisana ustnost ostajala dostikrat le na papirju. Novejši zakoni ustanovljajo zato upravičeno izjeme od tega načela, ako dosežejo s tem zboljšanje procesnega poteka. Po češkoslovaškem načrtu sme s soglasjem strank senatni predsednik sam razložiti vsebino pripravljanih spisov (§ 177), nemški zakon dovoljuje (§ 137) na razpravi sklicevanje na spise, daje sodišču na prosto, pozvati stranke, da se pismeno izjavijo v določenem roku, ako jim to na razpravi ni bilo mogoče (§§ 272 a, 279 a), sodišče sme odrediti, da poda priča izpoved namesto pred njim pismeno (§ 377), prav tako tudi zvedenec svoje mnenje (§§ 402, 411). Ako sta stranki edini, sme sodišče tudi odločiti brez ustne razprave na podlagi spisov samih (§ 7 nov. iz l. 1924).

Isto omogoča poljski zakon z določbo, da sme vsaka stranka predlagati, da se izvede razprava v njeni odsotnosti (§ 224), italijanski načrt pa dopušča po sporazumu strank pismeno diskusijo. V bagatelnem postopku po nemškem načrtu bi sodišče razpravljalo po prostem preudarku (§ 459), mu ne bi bilo ni treba niti ustno razpravljati, kakor bi bilo bolj praktično, kar bodi vrhovno načelo novega postopka.

Načelo ustnosti je nadalje okrnjeno z ustanovama opominjevalnega postopka in zamudnih sodb. Vendar le navidezno. Pospešitev postopka pričakujejo zlasti od prvega, zato ga je nemški načrt poenostavil in skušal napraviti iz njega v prvi vrsti sredstvo za doseg izvršilnega naslova in v drugi vrsti šele kot uvod za pravdo. Uvrstil ga je sploh med določbe o izvršilnih naslovih (§§ 800 sl.). Pri nas je ostalo v tem pogledu vse pri starem, niti vojvodinski opominjevalni postopek se ni zenačil s slovensko-dalmatinskim v toliko, da bi izvršnost plačilnega povelja ne bila omejena le na tri leta (§ 597 vojv. grpp.). In vendar je baš opominjevalni postopek kakor nalašč zato, da napravi celo vrsto pravnih nepotrebnih. Nemški načrt je to uvidel, in določil, da je predlagati za sve denarne terjatve, tudi iz hipotečnih, zemljiških in rentnih dolgov kakor tudi na dajatev nadomestnih stvari in vrednostnih papirjev izdajo plačilnega povelja (§ 800). Upnik, ki vloži tožbo, mora opravičiti, zakaj ni predlagal izdaje plačilnega povelja (§ 207), dolжник, ki vloži proti boljši vrednosti oporek zoper plačilno povelje, se kaznuje zaradi nerednosti (§ 807). Poljski zakon zahteva edinole utemeljen oporek, na kar se razpiše sporna razprava vselej uradoma, tudi ako ni zadevnega predloga (čl. 469 sl.), a dopušča postopek le za denarne terjatve do 1000 zl. Češkoslovaška in Italija ohranjujeta staro ureditev, ruski zakon omejuje izdajo plačilnega povelja le na prva dva meseca po dospelosti terjatve.

Opominjevalni postopek pomenja v toliko strogost, ker sodišče toženca ne pozove predse. To mnogo znači ob danes še pretežno razširjeni miselnosti, da ni moči nikogar obsoditi, kdor ni bil zaslišan. Načelu „audiatur et altera pars“ je vendarle zadoščeno, ako je bila strankam dana možnost zaslišanja, bodisi s tem, da pride sama na sodišče, bodisi da se plačilnemu povelju upre. Zamudna sodba zato ni strožja ureditev kakor plačilno povelje. Pričakovati bi bilo, da bi bile zato tudi posledice za neodziv na raspravo v novih zakonih podobno urejene. A vendar ni prevzela nobena tuja zakonodaja razen jugoslovanske avstrijskega sistema, ki je v tem najdoslednejši. Vse, tudi češkoslovaški načrt, uvajajo prigovor zoper zamudno sodbo, ki mora biti sicer utemeljen, in dajejo s tem možnost, da navaja za-

mudnik tudi nove činjenice, kar mu je po našem prizivu onemogočeno. Ruski zakon prigovora sicer ne pozna, dopušča pa, da sodišče razpravo preloži, ako smatra to za potrebno.

Čim modernejše naziranje v procesu ne vidi izključno le borbe med strankama, temveč spoznava, da je tudi država upravičena in celo zavezana, poseči v to borbo in strankarsko samovoljo ustaviti, saj razpisane in po strankah izjalovljene razprave zbog potrate časa in zlasti priprave sodnika nanje vplivajo tudi na druge pravde, se je premaknilo tudi razmerje med razpravnim in inkvizicijskim načelom v korist slednjega. V tem pogledu se novejša (razen italijanske) zakonodaja znatno razlikuje od našega zakonika. Vse sicer stoje na stališču da je za odločbo merodajen tožilčev predlog in dovoljujejo v znatnejši meri umik tožbe, tako nemški načrt do konca razprave, razen ako bi nasprotnik izkazal interes na rešitvi spora (§ 227). Le ruski zakon odstopa tudi od tega, zanj načelo *judex ne eat ultra petitum* ni v skladu z njegovim pojmovanjem pravosodstva, ruski sodnik sme priznati tožilcu tudi več, tudi kaj drugega, na kar se je glasil predlog (§ 179), prav tako mu sme prisoditi celo nekaj, čemur se je upravičenec odrekel (§ 2).

Drugim zakonodajam je sicer to stališče kot bistvu civilnega postopka nasprotujoče tuje, a laste si pravico, v prilog razčiščenja stavljenega zahtevka povezati inicijativno in avtoritativno v proces. Dolžnost sodnika, delovati s svoje strani, da se razčisti in dopolni činjenično stanje in dokazi, je povzeto po vseh modernih zakonodajah. Novejša zakonodaja opozarjajo sodnika na to dolžnost z večjim poudarkom, zlasti v tej smeri, da je opozoriti stranke tudi na možno drugačno pravno naziranje in jim pokazati s tem pravec, v katerem bi bilo zbirati pravdno gradivo (češk. § 182/II, nemški § 139, poljski čl. 384). Dalje ni prezreti, da pride nedostatnost pravdnega gradiva na dan zlasti v spravnem in pripravljalnem postopku (§§ 499 c, 349 nemš.).

Že po dosedanjih zakonih, tudi jugoslovanskem, je smelo sodišče izvesti nekatera dokazna sredstva, ne da bi se stranke pozivale nanje (zvedenci, ogled, zaslišanje strank). Ustrezno svoji ideologiji ruski zakon v tem pogledu sploh ne pozna nobene omejitve. Čl. 118 pravi: Dokaze označijo stranke, sme jih pa zbirati sodišče tudi uradoma. Poljski zakon dopušča, da izvede sodišče dokaze, ki je zanje zvedelo ali iz sodnih spisov, ne da bi se sklicevale stranke nanje (čl. 244). Izključeni so le dokazi z listinami ali pričami, ako se temu protivita soglasno obe stranki (čl. 266, 282). Še dalje gre češkoslovaški načrt, ki strankam odreka pravico, soglasno izločiti prečitanje listine ali zaslišanje priče (§§ 277, 304).

Predor razpravnega načela vendar še ne pomenja, da prevzema kakor v drugih panogah tako tudi v grajanskem sodstvu vodstvo iz rok zasebnikov država. Ojačanje inkvizicijske maksine naj služi le najvišjemu procesnemu smotru, najti materialno resnico. Že omenjene novote so dokaj bolj sposobne, doseči ta cilj kakor doslejšnje zapovedi, naj stranke govorijo vsepovsod resnico. Mnogo bolj kakor s poostrenjem teh — zlasti po češkoslovaškem in italijanskem načrtu (§ 30) — se približuje moderni zakonodavec temu idealu z globokosežnejšimi ukrepi. Ne gredo sicer druge zakonodaje tako daleč kakor ruski zakon, ki pooblašča sodnika, da zamenja iz lastne moči laži-tožilca ali laži-toženca s pravim, ako se na razpravi pokaže, da zahtevke ne pristoji tožilcu ali da gre zoper drugo osebo in ne nasproti tožencu (čl. 166). Istost strank je po njih še neločljivo zvezana s pravdo samo. Omejujejo pa dispozitivno maksimo na korist materialni istini s tem, da sodišče nima jemati ozira le na obče znane činjenice, marveč tudi na to, kar mu je uradno znano in da mora stranke na to tudi opozoriti (češk. § 268, polj. čl. 245). Po zadnjih dveh zakonih (načrtih) sodišča tudi priznanje ne veže vselej, to ne more biti v nasprotju z obče znanimi činjenicami, pa tudi ne z zaključki iz drugih izvedenih dokazov. Za poljsko pravo izhaja to iz sistematične ureditve, češkoslovaški načrt postavlja to pravilo izrečno (§ 272).

Že iz doslej povedanega je jasno, da velja vse to tudi po ruskem zakonu. Ta se je postavil preko vseh teoretskih pomišljanj, po ruski osnovi ima grajanski postopek podobno kazenskemu odkrivati dejanska, to je resnična razmerja med strankami, zato sodišče ni omejeno ne na dokaze ne na činjenice, ki jih predlože stranke, saj ve samo bolje, kaj treba in kaj ne, in ume zato tudi bolje varovati od strank samih njih interese. Gre pa dosledno še dalje, niti odrečenje zahtevku sodišča ne veže in ga ne oprasča, stvar svestransko razjasniti (čl. 2).

IV. Sklep.

Kakor so nam simpatične določbe novejših zakonov in načrtov, najsi hočejo prispevati k pospešeni ali pravični rešitvi pravnega spora pod tem ali onim vidikom, tako ne smemo nikdar pozabiti, da gre v bistvu vendarle za civilni spor. Poedinca moremo motriti le v okviru celote, zato tej tudi njegova pravna razmerja ne morejo biti povsem nevažna. Gotovo imajo poedinčeve pravice pomembnost za skupnost, zaradi tega tudi za državo kot organizirano edinico ne more biti ravnodušno, kako si ti spori izvojujejo. Pri tem pa nimajo vsa

pravna razmerja individuov enakega pomena za celoto, največkrat le bolj podrejenega. Najvažnejša v tem pogledu priteguje zakonodavec stalno drugi panogi in jih podreja upravnim rešitvi. Zato ni na mestu tako dalekosežno poseganje v zasledovanje teh pravic, kakor predvideva to ruski zakon, ki smatra sodni postopek skoro za upravni. Pa saj si je ta zakon podredil tudi duh poedincev in ga usmerja le na eno stran, le v službo kolektivnemu interesu. Ako pa zakonodajec ceni osebno odločitev, smatrajoč da je prav tako v prosep kakor državi podrejeno delovanje, omejuje le individualno nebrzdanost in spravlja poedinčevo inicijativnost s celoto v harmonijo, potem seveda tudi preobsežne omejitve prostega razpravljanja niso na mestu. Upravičene so le toliko, kolikor je treba stopiti nasproti izrastkom svobodnega razpravljanja in zlorabi te prostosti v osebne namene.

V tem pogledu moderne zakonodaje, ako ne upoštevamo ruske, gotovo niso šle predaleč, prej še niso dosegle svojega zarisane si cilja. Stvar v najši prehodni dobi pač še ni povsem dozorela, nova miselnost šele nastaja, zato tudi v procesu bolj tipajoče zamenjavanje že od nekdanj uporabljanj načel, kakor stvarjanje novih oblik. Ko gre za ugotovitev istinitega, ločitev pravega od nepravega, se nastavlja na pot nepremagljive težkoče. Vse naj dožene človeški razum sam brez pomoči z drugimi, po njem izumljenimi sredstvi. Tehnika spoznavanja je ostala skozi stoletja in več v bistvu ista, zato sama prerazvrstitev in preureditev procesnih načel ne more prinesiti nepričakovanih rezultatov. Vendar pozdravljamo pridobitve novih zakonov, so korak dalje k najvišjemu vrhovnemu smotru, najti pravično rešitev v pravdi. Prevzeti jih bo zato v spopolnjeni obliki, kadar nam naš sedanji postopnik ne bo več zadostoval.

Садржај

	Страна
Наша нова кодификација од Михаила П. Јовановића, председника Београдског касационог суда у пензији, пређе председника Врховног законодавног савета, Министра правде итд. у Београду	1
Scheinverbrechen von Dr. jur. et phil. Karl Wolff, Universitätsprofessor in Innsbruck	33
Nekoliko napomena o Jugoslovenskom građanskom zakoniku od d-ra Lazara Markovića, bivšeg profesora Univerziteta i Ministra pravde u penziji u Beogradu	89
О административном уговору од д-ра Данила Ј. Данића, члана Међународног удружења за кривично право у Паризу и судије Апелационог суда у Београду	99
Уверење судије као мерило спорног износа тражбине од д-ра Чед. Марковића, професора Универзитета у Суботици	117
Probleme der Neuordnung des Privatrechts von Dr. Ernst Swoboda, Universitätsprofessor und Oberlandesgerichtsrat in Graz	121
Члан 116 Устава од Слободана Јовановића, професора Универзитета у Београду	159
Metody právníckého bádání s ptačí perspektivy od dra Jana Krčmáře, universitního profesora a ministra školství a národní osvěty v Praze	167
Contra bonos mores — gegen die guten Sitten von Dr. Franz Gschnitzer, Universitätsprofessor in Innsbruck	177
Prilog legislativnome uređenju nadležnosti sudova drugoga i trećega stepena u građanskim pravnim stvarima osim parničnih od d-ra Miroslava Muhe, судије Apelacionog суда u Zagrebu	191
Ius sepulchrale na rimskim natpisima u Solinu od d-ra Ive Milića, profesora Univerziteta u Subotici	203
Porabna prava u stečaju od d-ra Franje Goršića, inspektora Ministarstva unutrašnjih poslova u Beogradu	209
Pravo trgovačke retencije od d-ra Mihaila Vukovića, starešine Sreskog суда u Kovinu	219
Rechtsvergleichung, Rechtsgeschichte und bürgerliches Recht von Dr. Egon Weiss, Universitätsprofessor in Prag	251

	Страна
Преливи (ниансе) у Праву од Живојина М. Перића, професора Универзитета у Београду	259
Grundschuld und Zwangsversteigerung von Dr. Hans Sperl, Hofrat, Uni- versitätsprofessor in Wien	269
О унификацији закона од д-ра Станка Франка, професора Универзитета у Загребу	287
О заблуди, превари, принуди и менталној резервацији по Српском грађан- ском законнику од д-ра Нинка Перића, бившег професора Уни- верзитета и Министра правде, Народног посланика и претседника Финансијског одбора Народне скупштине у Београду	305
Iz Strossmayerove korespondencije 1862 od d-ra Ferde Šišića, profesora Univerziteta u Zagrebu	315
Privatnopravni položaj žene po današnjem pravu Jugoslavije i njegovo uređenje u jedinstvenom Gradanskom zakoniku za Jugoslaviju od d-ra Bertolda Eisnera, profesora Univerziteta u Zagrebu	325
Берзански прим и судови од д-ра Видана О. Благојевића, члана Друштва за упоредно законодавство у Паризу и адвоката у Београду	421
Будућност грађанскога права од Стевана Ладаја, претседника Зако- нодавног савета у Букурешту	433
Адвокатски Бранич од Обрада Б. Благојевића, адвоката и ранијег претседника Адвокатске коморе у Београду	443
Изједначење грађанског права у Румунији од д-ра Драгољуба Аран- ђеловића, професора Универзитета у Београду	459
Kritische Bemerkungen zu den Bestimmungen über die Gründung von Aktien- gesellschaften nach dem Entwurfe eines jugoslavischen Handelsgesetz- buches. — Weltaktienrecht? von Dr. Dr. h. c. Dr. h. c. Max Hachen- burg, Rechtsanwalt in Mannheim	479
Nove smeri v razsodnem postopku od drja Rudolfa Sajovica, privatnega docenta in apelacijskega sodnika v Ljubljani	535