

347.453 (497.1)

**Д-р ВИДАН О. БЛАГОЈЕВИЋ**  
адвокат  
и  
приватни доцент  
Београдског Универзитета

**Какав значај има одредба о уговору  
о закупу са јавним властима да се  
закупно добро по истеку закупа има  
вратити у примљеном стању**

са напоменама

**Др. h. c. ЖИВОЈИНА М. ПЕРИЋА**  
професора Универзитета у Београду

и мишљењем

**Д-р ДРАГОЉУБА АРАНЂЕЛОВИЋА**  
професора Универзитета у Београду

(Посебни отисак из „Правосуђа“ св. 9—10 за 1937)

4465  
II-400

БЕОГРАД 1937  
Гтампарија „Напредак“ у Панчеву

ведено у нови инвентар бр. ~~3491~~  
1 јануара 1942 гоа  
Београд

Д-р ВИДАН О. БЛАГОЈЕВИЋ  
адвокат  
и  
приватни доцент  
Београдског Универзитета

*Одборници Мин. Јусти*

*22. марта 1938.*

*Од Видана Благојевића  
Д-р.*

Какав значај има одредба о уговору  
о закупу са јавним властима да се  
закупно добро по истеку закупа има  
вратити у примљеном стању

са напоменама

Др. н. с. ЖИВОЈИНА М. ПЕРИЋА  
професора Универзитета у Београду  
и мишљењем

Д-р ДРАГОЉУБА АРАНЂЕЛОВИЋА  
професора Универзитета у Београду



32610

(Посебни отисак из „Правосуђа“ св. 9—10 за 1937)

БЕОГРАД 1937  
Штампарија „Напредак“ у Панчеву

**КАКАВ ЗНАЧАЈ ИМА ОДРЕДБА У УГОВОРУ О ЗАКУПУ  
СА ЈАВНИМ ВЛАСТИМА ДА СЕ ЗАКУПНО ДОБРО ПО  
ИСТЕКУ ЗАКУПА ИМА ВРАТИТИ У ПРИМЉЕНОМ СТАЊУ**

**I**

Случај који ћемо саопштити интересантан је због не-  
обичног тумачења, од стране два виша суда, одредбе у уго-  
вору о закупу са Општином града Београда, да се закупно  
добро, по истеку закупа, има вратити у примљеном стању.  
У уговору, у тач. 6, речено је: „Закупац је обавезан, да за  
време трајања закупа одржава заузете просторије и по  
истеку рока о закупу преда у онаквом стању у каквом их је  
примио. О стању у каквом су закупљене просторије прим-  
љене односно предане саставиће се записник који ће потпи-  
сати обе уговорне стране, а он је саставни део уговора...“  
Сходно овој уговорној одредби о стању у коме је закупно  
добро примљено односно предато, састављен је записник  
који су обе уговорне стране потписале, у коме је са свима  
детаљима утврђено стање закупног добра.

По истеку закупа, закупно добро није доведено прет-  
ходно у исправно стање, већ је сопственица морала сама да  
изврши веома опсежне оправке, па како износ за те оправке  
Општина града Београда није хтела без спора да плати, то  
је накнада истих тражена преко суда.

Спор је вођен код Окружног суда за град Београд под  
бр. По-1912/34 по старом поступку. У својој пресуди од 21  
јануара 1937 год. Окружни суд је досудио тужиљи 43.172,57  
дин. на име накнаде за извршене оправке уз следеће образ-  
ложење: „Вештачењем пре спора, вештачењем судским као  
и изјавама сведока С. и Р. утврђено је, да је било имање,  
зграда где је био до 1 маја 1933 год. IV кварт, остављено у  
таквом стању, да зграда, односно локалитети, нису били у  
таквом стању, да би се без оправке могли издати, исто тако  
да су били такви, да су оштећени у висини по вештачком  
мишљењу 43.172,57 дин. — § 248 и § 213 г. с. п.“

Ову је пресуду преиначио Београдски апелациони суд и  
у пресуди својој Р.Бр. 970 од 10 априла 1937 год. досудио  
тужиљи издатке за оправку у висини од 13.672,20 дин., и то  
поименице за зидарско крпљење зидова и плафона, за чиш-  
ћење паркета, крпљење паркета, нову кошуљицу бетонско



пода, нова прозорска окна, нове прагове, прекидаче, поклопце за дозне, штеконтакте, звона на стану, обичне кључеве, крпљење сокла у задњем дворишту, гитер на подрумском прозору, бетон око решетака задњег дворишта, чишћење подрума са износом и одвозом ђубрета, нове даске за клозет, нову шољу за клозет, патент браве с кључевима и нова прозорска крила. Од већег тражења одбио је тужиљу и ако се из горњег набројања може лако закључити у каквом је стању остављено закупно добро. Наравно, да је за ово своје нахођење Апелациони суд дао образложење, које гласи: „Погрешно је први суд што је тужилачкој страни досудио целокупан износ у динара 43.172,57, на колико је заступник тужиље свео првобитни тужбени захтев од 53.257,80 дин. као износ утврђен од стране вештака. Грешка суда првога степена састоји се на име у томе, што је суд признао тужилачкој страни право на накнаду целокупне суме тражене за извршене преправке на закупљеном добру, пропуштајући да приликом одмеравања накнаде утврди: на накнаду којих учињених издатака тужиља има право а којих не, с обзиром на природу уговора о закупу и закупљено добро.

„Апелациони суд налази, да се свако непокретно добро које се издаје у закуп мора временом, а услед употребе његове, трошити, само што ово трошење није онакво какво је код покретних а потрошних ствари, већ онакво какво је код већих објеката, код непокретних имања, који су објекти, упркос рђаво употребљеном изразу „непотрошна“ у § 677 грађ. зак., у крајњој линији ипак потрошне ствари у правом смислу речи, — § 8 грађ. зак. Па како је циљ уговора о закупу употреба закупљеног добра, то се као природна последица ове употребе појављује и трошење — хабање употребљене ствари, у накнаду чега сопственик добра — закуподавац и добија опредељену цену.

„У конкретном случају тужиља је своје добро издала под закуп туженој Општини за потребе IV Квarta, за потребе једне установе, чије ће делање, како с обзиром на лица која у њу долазе и из ње одлазе, тако и с обзиром на лица запослена у њој, за цело више хапати, трошити зграду него да је иста дата под закуп извесном броју породица. Апелациони суд сматра, да је тужиља имала све то у виду приликом закључења уговора са туженом Општином и да је закупна цена утврђена баш са обзиром на потребе једне установе као што је IV престонички Кварт, и с обзиром на то, да ће зграда таквом употребом бити више изложена хабању него да је издата приватним лицима.

„Код таквог стања ствари, погрешно је први суд, што је тужиљи признао, поред осталих учињених издатака и издатке: као на пр.: око дезинсекције зграде, малање и кречење зидова, фарбање столарије, ревизије врата и прозора и т. д., јер призивни суд налази да у природи саме ствари

лежи „ревизија“ свег закупљеног добра после читаве три године задржавања закупчевог у њему, по готову, кад је у питању купац, као у овом спору што је, један кварт. Што се тиче позиције од 13.933,35 дин. за дезинсекцију целе зграде „циклоном“, овај суд налази, да на њу тужиља нема права, из два разлога: прво због тога што ничим није доказала да је зграду издала Општини без гамади, а друго због тога, што је приликом издавања зграде под закуп за потребе једнога кварта морала предвидети да ће по његовом исељењу остати у згради трага од публице која је улазила и с обзиром на што је била зграда намењена“.

Ову је пресуду одобрио Касациони суд одлуком својом бр. Рев. 1133/37 од 8 септембра 1937 год.

## II

а) Овај необичан спор, пре свега, претставља један опасан преседан и уноси несигурност у односе сопственика и купаца непокретних добара, нарочито, када су ови последњи јавне власти. Јер, благодарећи оваквом тумачењу закона и уговора о закупу, одредбе о повратку закупног добра по истеку купа, немају апсолутно никакву важност. На њих сопственици нека више не рачунају.

б) Начин, на који је овај спор суђен и пресуђен, претставља мешање судске власти у закупне, уговорне односе ван законом дозвољеног домена. Суд, ван законског прописа, не може интервенисати у уговорним односима грађана. Он то овде чини, јер неправилним тумачењем уговора ослобађа једну уговорну страну од уговорних обавеза. То је, међутим, суду забрањено. Одредба о повраћају закупног добра по истеку уговора у примљеном стању, није противна ни јавном поретку, ни добрим обичајима, да би била изузета из диспозиције странака, — §§ 13 и 687 гр. зак. Она, према томе, може чинити саставни део уговора о закупу и као таква, мора се поштовати од судова.

в) Најинтересантније је судско тумачење израза „непотрошна ствар“ из § 677 гр. зак. По схватању Београдског апелационог суда, које је прихватио и Касациони суд, непотрошне ствари из § 677 гр. зак., у крајњој линији, путем аналогije, — § 8 гр. зак. јесу „ипак потрошне ствари у правом смислу“. Та природа потрошних ствари манифестује се, како суд каже, у хабању, трошењу зграде услед становања. Па како је тужиља знала, да издајући закупно добро једном надлештву, излаже исто већем хабању него да га је издала приватном лицу, то наравно има сама да сноси последице тога хабања. Закупно добро, иначе, мора се „ревидирати“, по схватању суда, после три године. Ако је тужиља чистила зграду од гамади, не може зато накнаду тражити, по схватању суда, док не утврди, да је закупно добро издала без га-

мади, а то није утврдила. Када је издала закупно добро кварту, морала је „предвидети да ће по њеном иселењу остати у згради трага од публике која је улазила и с обзиром на што је била зграда намењена“.

г) Резоновање судско, при објективној и озбиљној критици не може опстати. Ако останемо при закону и ако смо трамо да судија није претор, није творац законског правила, већ само његов тумач, јер у буржоаско-демократским режимима друкчије не може да буде, онда се морамо послужити законом кад овај спор желимо да расправимо. Он нам једини пружа објективно мерило. У § 192 гр. зак. дефинисане су потрошне и непотрошне ствари. „Ствари, каже закон, које се могу употребити да се не потроше, називају се непотрошне, које пак без потрошка користи обичне не чине, зову се потрошне“. Овај зак. пропис има нарочитог значаја када се доведе у везу са § 677 гр. зак. који дефинише закуп на следећи начин: „Закуп је такав уговор, којим се ствар каква непотрошна на потребу и корист за неко одређено време и опредељену цену узима“.

Дакле, нема сумње, да је по среди закуп непотрошне ствари и да је код овога уговора о закупу битно да се иста ствар даје некоме на потребу и корист а за одређено време и опредељену цену. Значи, да код уговора о закупу плаћа се корист непокретне ствари у виду опредељене цене, тако да у овај појам користи никако не улази и појам хабања.

Непотрошна ствар када је издата под закуп, не мења своју природу непотрошне ствари. Сматрати је услед хабања потрошном, значи резоновати и противно закону и противно логици. Потрошне ствари не могу се друкчије замислити а да са употребом не ишчезну. Непотрошне ствари и после употребе остају. О таквим непотрошним стварима води само рачуна § 677 гр. зак.

У § 687 гр. зак. налази се изражена обавеза за закупца да закупљену ствар „као домаћин по уговору чува и одржава, да уговорену цену на време плаћа“, па да по свршетку закупа, закупљену ствар врати „у оном стању, у ком је примио, или као што је уговорено“. Дакле, и да није било особено уговорено, да се закупно добро врати у примљеном стању, по § 687 гр. зак. купац би га морао вратити сопственику у оном стању у коме га је примио по сили овог зак. прописа, јер, кад је узимао добро под закуп и закључио уговор о закупу морао је знати да постоји § 687 гр. зак., јер незнање закона никоме не помаже, — § 14 гр. зак. Тужилца је само, ради веће сигурности, у уговору о закупу са Општином ставила, да јој се закупљено добро има вратити у примљеном стању, које је стање утврђено у записнику као саставном делу уговора. Баш зато што је знала, да ће јој купац оставити закупно добро у веома тешком стању, што се види из ставова по којима је Апелациони суд признао оштету, ту-

жилца је покушала, да се обезбеди одредбом о повратку њеног добра у примљеном стању. Али та „обезбеда“ практично није имала никакве вредности, јер је суд није признао. О доказу да закупно добро није имало гамади при уселењу, мислимо да није потребно говорити. Факат је да се нико не би уселио у закупно добро остављено у оном стању после кварта, пре него што би се извршила дезинсекција.

д) Горње судско тумачење једне уговорне одредбе која се поклапа са законском обавезом закупца из § 687 гр. зак., не може се правдати доказним системом старог гр. с. п., по коме је овај спор расправљен, јер је уговор о закупу јавна исправа, — §§ 187 и 188 гр. с. п., и као такав потпун је доказ о ономе што садржи. Исто тумачење не може издржати ни критику по доказном систему из гр. п. п., пошто је одредба о повраћају закупног добра у примљеном стању материјално-правне природе, — §§ 547 и 687 гр. зак. и као таква, изузета је из појма слободног судског уверења, — § 368 гр. п. п. Материјално право обавезује суд све док се редовним путем не измени. У овом случају судије два виша суда узели су на себе дужност претора и мимо и против закона пресудили спорни однос, дајући појму непотрошне ствари, дакле једном појму из материјалног права, ново тумачење.

ђ) Међутим, судско схватање може се правдати једино философском концепцијом света и пролазношћу свега што је људско. Непокретности, као људска дела, нису вечите, и у томе смислу су потрошне ствари. Истина, обично треба да прође дуг период времена па да услед хабања једна непотрошна ствар постане потрошна. С друге стране, појам потрошног може да се веже за све што је људско па и за људске пресуде. На овој пресуди види се сва релативност и потрошност свега људског. Такође, види се и сва несталност онога што људи учине, пошто је довољно, да се састав једног судског колегијума промени па да непотрошне ствари добију друго тумачење и тако да се утврди, да је људска правда релативна, да је подложна хабању и као таква, да је у највећем степену потрошна.

Београд, 28 септембра 1937 год.

Мишљење г. Др. Драг. Аранђеловића, професора Универзитета.

Пропис § 687 грађ. зак. јасан је и не допушта тумачење које су усвојили Апелациони и Касациони суд. Купац по овом законском пропису, има закупљену ствар по свршетку закупа да врати закуподавцу 1) „у оном стању, у којем ју је примио“ или 2) „као што је уговорено“. т. ј. у бољем или у горем стању него што ју је примио, ако је и како је о томе између странака уговорено. То пак значи да закупни предмет који се мора, у извесној мери и при домаћинској упо-

треби, у неколико поабати, треба закупац да доведе у стање, у којем га је примио, или — ако је што друго уговорено, на пр. да се ствар врати у стању у каквом је при свршетку закупа или доведена у стање боље но што је била при почетку закупа — онда у стању како је уговорено. Закон каже да закупац има да врати ствар у стању у каквом ју је примио, а пошто је ово диспозитивни пропис, који замењује вољу странака, то странке могу од њега одустати и установити слабију или строжију обавезу закупца у погледу оштећења ствари.

У нашем закону нема одредбе која се налази у § 548 немачког грађ. законика, који каже: „За промену или погоршања под кирију дате ствари које су настале употребом сходно уговору, кираџија не одговара“. Такође и швајцарски грађ. зак. у чл. 271 прописује: „По свршетку кирије вратиће кираџија предмет кирије сходно месном обичају у стању у којем га је примио. Он не одговара за поабаност или промене које потичу из употребе сходно уговору“. У супротности према овим законодавствима наш је законодавац по оштрио одговорност кираџије, пошто овај по нашем закону мора да врати ствар — ако друкчије није уговорено — у стању у којем ју је примио, дакле погоршања ствари и од домаћинске употребе падају на терет кираџије. А то је законодавац сигурно учинио зато, што је знао како су наше кираџије небрижљиве кад се користе туђом ствари.

**Др. Драг. Аранђеловић**

**Напомене Г. Ж. Перића, професора Београдскога Универзитета**

1) Г. Благојевић у горњем своје чланку са разлогом подвлачи неоснованост одлуке и Апелационога и Касационога Суда према којој је израз „непотрошна“ у §-у 677. Грађ. Зак. („ствар каква непотрошна“) рђаво употребљен, пошто су, кажу Судови, ипак, у крајњој анализи, и непокретне ствари „потрошне у правом смислу речи — § 8. Грађ. Зак.“. Несумњиво да су на овоме, Земаљскоме, Свету све ствари па и непокретне потрошне и пролазне: ништа, осим Бога, није вечито. Али, овако је када се ствари посматрају са физичке (или природне) тачке гледишта. Само, као што је и Г. Благојевић умесно приметио, осим тога, физичкога, има и правно гледиште т. ј. често се законске норме не поклапају са физичком природом или стварним, материалним, стањем случаја који закон нормира, и један од тих случајева јесте и § 192. Грађ. Зак. (§ 301. Аустр. Грађ. Зак.) о деоби ствари на потрошне (*verbrauchbare* тачније: *заменљиве, fungibles*) и непотрошне (тачније: *незаменљиве, non fungibles*). Потрошне ствари су оне које се троше *primis*, и због тога непокретна добра, ма које врсте (§§ 186. à 189. Срп., §§ 293. à 299.

Аустр. Грађ. Зак.), долазе међу ствари непотрошне. Ова деоба ствари има свога практичнога значаја код многих правних института, као што су заложно право, службеност ужитка (код потрошних ствари могућан је само *quasi-ususfructus*), уговор о зајму, о послузи (одн. *комодату*), уговор о миразу, уговор о закупу. Код овога последњега уговора, само непотрошне ствари могу бити предмет уговора и зато се је сасвим правилно, с обзиром на смисао коју реч: „потрошна“ и „непотрошна“ ствар има по §-у 192. Грађ. Зак., законодавац послужио изразом „непотрошна“ у §-у 677. (§ 1090. Аустр. Грађ. Зак.: „*den Gebrauch einer unverbrauchbaren Sache*“). Судови су, дакле, изгубили из вида не ретке случајеве разликовања, од стране Законодавца, између Физике и Права. Са тим разликовањем се специјално често сретамо у законима код фикција (на пр., она о *nasciturus*-у, 43. Грађ. Зак., о правним лицима: нарочито ако се не би усвојила органска теорија). То исто имамо и код претпоставака (оборивих, *iuris tantum*, и необоривих, *iuris et de iure*): ту се узима да нешто постоји у материалном свету што, можда, не постоји; постоји само и дејно, духовно, у замисли законодавца. Ово долази отуда што законодавац није само сликар Природе него је он и стваралац читавог једног света, света, као што мало час помену смо, идејнога или духовнога. И то му је потребно ради социјалних циљева и социјалнога напретка. Нису ти циљеви и тај напредак само нешто материално (техничко) него и духовно и, међу средствима да се друштвени појави и односи уздигну изнад елементарних (физичких) појава и односа, налази се, на првом месту, акција законодавца са сврхом да те појаве и односе спиритуализира и да, тако, људској вољи и људском уму омогући и зајамчи више замаха и полета у Друштвеној Судбини. И правна деоба ствари на потрошне и непотрошне резултат је те и такве законодавчеве акције: није се законодавац ни мало погрешно изразио употребљујући реч: „непотрошна“ у § 677. Грађ. Зак. него су Судови, у овом спору, смели с ума поменути улогу Законодавца, улога која је, разуме се, и њима врло добро позната.

2) Што се тиче питања о значењу §-а 687. (§ 1109. Аустр. Грађ. Зак., Нов. Ш., § 144.) по коме закупац има да врати закуподавцу закупљену ствар „у оном стању у коме је примио или као што је уговорено“, Г. Благојевић је, и по нашем скромном мишљењу, у праву; и ако је налазио да му је, у том погледу, била потребна или корисна подршка још кога другог стручњака, он се није могао обратити на бољи ауторитет него што је Г. проф. Д-р Драг. Аранђеловић. Јер, истина је да је наведени пропис једна диспозитивна одредба (не, дакле, *ius imperativum vel ius cogens*) од које странке, у уговору о закупу, могу одступити, као што и сам закон то нормира, али за то одступање тражи се и зјава воље уговорача

а закон је нормирао каква уопште може бити изјава воље у Праву то јест да она може бити изречна (*expressis verbis*) или прећутна односно логички изведена из једне конклюдентне радње (*konkludenterweise*). Без једне такве изречне или прећутне изјаве воље, има да се примени наведено законско наређење (да закупац враћа ствар у оном стању у коме ју је примио). Правило је код диспозитивних норма да, кадгод странке нису уговориле што друго, узима се да су оне усвојиле законску норму: тако је, разуме се, и код §-а 687. Грађ. Зак. *in fine*. Судови су, у овом спору, стали на гледиште да томе пропису нема места ни онда када се, с погледом на прилике и заинтересована лица, може узети да је закупаца пристао да му се ствар врати и у лошијем стању него што је била при предаји њеној закупцу а то се, по Судовима, може закључити и с обзиром на висину цене закупа. Овакво тумачење §-а 687. Грађ. Зак. значи, у самој ствари, да се, по нашем Апелационом и Касационом Суду, може једна диспозитивна норма не применити и у одсуству сваке против-изјаве странака, не само у одсуству изречне него и прећутне изјаве. Јер, оно помоћу чега ти Судови аргументишу (прилике закључења уговора о закупу, величина закупне цене) да би отклонили примену једне диспозитивне норме није никаква изјава воље па ни прећутна. Није прећутна изјава воље ма шта: прећутна воља претпоставља неку радњу која се, нормално, не може тумачити друкчије него да је аутор радње хтео да се изјасни (изјави вољу) у дотичном смислу (§ 532. *in fine* Срп. Грађ. Зак.: „а и самим делом које вољу показује“, § 863. Аустр. Грађ. Зак.: „durch solche Handlungen erklären“: ми смо подвукли). А једне такве радње нема у овом конкретном случају. Схватање двају Виших Судова своди се, у суштини, на то да се, према околностима закључења уговора и закупној цени, може односно има претпоставити да се закупаца одрекао свога права из §-а 687. Грађ. Зак. а претпоставка и изјава воље (било изречна било прећутна изјава) то су два сасвим одвојена појма. Може се, свакако, извести из извесних чињеница каква је могућна воља једног лица али то није исто као када се има сама изјава тога лица. Међутим, познато је правило да се не сме претпостављати да се је власник једног права овога одрекао (у Француском Праву то правило је овако формулисано: *On n'est jamais présumé renoncer à son droit*) већ власник права има то да изјави, да изјави да се одриче свога права. Ако би се право могло изгубити само по презумпцији (хрватски: по предмњеви, *Vermutung*) да је ималац права ово напустио а не би се, за такав закључак (констатацију), тражила ни изречна воља нити каква радња која значи изјаву воље у том смислу, права појединачна била би

веома алеаторна а са тим бисмо имали једну озбиљну правну несигурност.\*)

\*) Г. Аранђеловић проширује обавезу закупчеву из §-а 687. и на погоршања ствари која долазе од саме њене употребе и којих би било и да је ствар сам закупаца употребљавао. И, заиста, наш Грађ. Законик не садржи одредбе сличне онима из §-а 548. Нем. и чл. 271. Швајц. Облигационога Права (*Obligationenrecht vom 31. März 1911*), које прописе наводи Г. Аранђеловић, што значи да су Немачки и Швајцарски Законодавци мислили да би се иначе т. ј. без тих одредаба могло узети да и за та и таква погоршања закупљене ствари одговара закупац. На сваки начин да се ове одредбе Нем. и Швајц. Грађ. Законика могу сматрати као праведљиве, јер, у једном противном систему, закупаца би био у том повлашћеном положају да би, у колико је он у питању, ствар његова (под закуп издата) била у неку руку непроменљива да не кажемо вечита т. ј. да се никада не би трошила својом употребом а то се не би слагало са стварношћу, пошто се сва добра троше услед употребе. И када је тако, онда би се могло схватити и као неправично законско решење на основу кога би се природна и редовна погоршања ствари ставила на терет закупца. Онако исто као што не би било правично захтевати да млађи плаћају сваку штету коју учине рукујући, н. пр., посућем, дакле и штету коју би проузроковали својом *culpa levis*, јер такве штете су неизбежне и код самога власника тих ствари (у чијој служби се налазе млађи), и чинити млађе материјално-правно одговорнима и за такве штете (разуме се да овде није реч о штети у случају *dolus*-а или *culpa lata*), то би се сводило на то да би наше посуће било, тако рећи, вечито када бисмо ми сами њиме руковали т. ј. када не бисмо имали млађих.

Али, ово што смо мало час казали за редовно, неизбежно, трошење закупљене ствари (које би сасвим могло да падне на закупаца), то је *de lege ferenda: de lege lata* је онако како то узима Г. Аранђеловић, или, бар, такво мишљење се може са разлогом заступати с погледом на сам текст §-а 687. [А. Ehrenzweig, у своме *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, Wien, II Band I Hälfte, изд. од 1920., стр. 422., мисли, за Аустриско Право, да закупац не одговара за речена погоршања ствари: „Von dieser Verpflichtung (реч је о обавези закупчевој из §-а 1109. Аустр. Грађ. Зак. да се ствар врати „in dem Zustand, in welchem er sie übernommen hat“) ist er nur insoweit befreit, als die Verschlechterungen durch die ordentliche Abnützung (§. 1111).... herbeigeführt worden sind“. Али, А. Ehrenzweig-у је, за такво тумачење §-а 1111. Аустр. Грађ. Зак., могла послужити сама редакција овога §-а у коме, између осталог, стоји да закупац одговара, ако је ствар „beschädigt oder durch Missbrauch abgenützt“ (ми смо подвукли), из чега излази да, ако је ствар изгубила од своје вредности услед редовне употребе, „abgenützt“ (дакле, и у одсуству „Missbrauch“-а), закупац не би био одговоран. (Kao Dr. A. Ehrenzweig и Dr. M. V. Stubenrauch, *Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche*, II Band, 8 Aufl., Wien, 1903., S. 359., А. Rušnov—Dr. S. Posilović, *Tumač obćemu austrijskomu Gradanskomu Zakoniku*, knj. II, Zagreb, стр. 487., Dr. H. Klang, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, Dritter Band, §§ 1090 bis 1292, Wien, 1932, S. 62 à 68). Али, текст §-а 687. Срп. Грађ. Зак. не садржи наведени део §-а 1111. Аустр. Грађ. Зак. и, отуда, он не даје, својом редакцијом, подлоге, за наше Право, у прилог једног решења сличног мало час поменутог решењу у Праву Аустриском. Наш Законодавац је, свакако, хтео да закупца стави у погледу уживања ствари потпуно у положај закупца т. ј. да, као и овај (када је, наравно, ствар код њега на уживању), сноси штету и од редовнога (нормалнога) погоршања ствари].

С друге стране, само законодавцу припада власт да поставља законске претпоставке (в. о законским претпоставкама § 366. Југосл. Грађ. Парн. Пост.) а не и судијама (ово вреди, такође, и за фикције). У горњем спору, Суд је отишао још и даље: створио је једну претпоставку јачу и од саме законске претпоставке, јер је њом изменио, управо укин у о, једну изречну законску норму, ону да закупац има да врати ствар у стању у коме ју је примио, осим ако је што друго уговорено („или као што је уговорено“, § 687. Грађ. Зак.). Суд је, овде, ово последње правило преиначио и поставио једно друго, своје, правило: осим ако се може што друго претпоставити.

Треба још додати да Судови, својим интерпретирањем §-а 687., мењају саму правну природу закупне цене. § 687. је, с погледом на ову природу закупне цене, сасвим основан и разумљив. Јер, закуп то је продаја (за извесно време) уживања („на потребу и корист“, § 677.) ствари и закупна цена је закуподавцу накнада (компензација) само з а т о, што значи ни за шта друго преко тога па, разуме се, ни за евентуално окрњење саме главнице т.ј. добра издата под закуп односно евентуално умањење вредности тога добра за трајања закупа. У главницу, закупно добро, закупац не сме да дира (да је умањује), „salva rerum substantia“: на то нема он никакво право а то ће рећи да, ако је друкчије било, ако је закупац саму главницу односно њену вредност смањио, он је тиме прешао границу свога права („само ако границе“ — т.ј. границе права — „не прекорачи“: § 806. Грађ. Зак.) т.ј. права уживати (потреба и корист: § 677. Грађ. Зак.) закупљену ствар (главницу), због чега има да одговара, имовински, закуподавцу дајући му накнаду — онако како већ то предвиђа § 687. И када закупна цена има тај и такав смисао и значај, а тај смисао и значај овога правног института јесте један *ius cogens* (§ 13. Грађ. Зак.), сасвим је онда неосновано тврђење Суда да су странке могле, у закупној цени, видети што друго до оно што је она по закону (т. ј. накнада за уживање ствари) односно у њој видети, делимично, и евентуалну накнаду за погоршање ствари за време док је она у рукама закупца, дакле као накнаду за нешто што не сачињава закупчево право (т. ј. смањивање вредности главнице) и са чим закупна цена нема никакве везе.\*)

Као Нем., Швајц. и Аустр. Право још, н. пр., и Право Француско (чл. 1732. Франц. Грађ. Зак.: L. Josserand, Cours de Droit civil positif français, t. II, 2-ème édition, Paris, 1933, p. 625) и Бразилијанско (чл. 1192. IV.: „... sauf les détériorations naturelles provenant de l'usage normal“).

\*) Лако је, и примерима, показати сву немогућност горње јуриспруденције. Тако, узмимо, закупац једне зграде, иначе одређене за становање, употреби ову за штампарију због чега, у току закупа, зидови зграде попуцају тако да је закуподавац принуђен, по истеку за-

Тумачење §-а 687. од стране наших Виших Судова у овом конкретном спору прелази и преко међа најлибералнијега метода интерпретације закона: то није *Rechtsprechung* него просто *Rechtsfindung*, није примена него стварање закона, и то тамо где има закон и то закона јаснога и несумњивога (§ 8. Грађ. Зак.: „Смисао закона нико да не изврће, и криво да не тумачи“). То је оно француско: *au-delà du Code et sans le Code* (даље од Законика и без Законика, т. ј. по потреби и против Законика), метод тумачења који, и формално а не само виртуелно т. ј. у суштини, битности (као правило: *au-delà du Code mais par le Code* — даље од Законика али помоћу Законика), омогућава Суду да, противно уставном начелу поделе власти, изиђе из своје уставне улоге тумача и примењивача закона и да се стави изнад овога т.ј. изнад суверене државне власти. Ово је тим горе што, како изгледа, нема правне могућности да се спрече такве повреде наведенога уставнога начела од стране Судске Власти. Јер, најзад, може се прихватити систем надзора, Судском Влашћу, над Влашћу Законодавном у циљу да ова последња Власт не би могла врећати Устав [као што је то у Сједињеним Сев. Америчким Државама, Норвешкој, Румунији: в. чл. 103. Устава од 29. Марта 1923. год.\*)], систем у коме Законодавна Власт, бар у начелу, ипак постоји са својом сувереношћу, док, напротив, не би било више ни суда ни правосуђа ако би се установила нека контрола над њима са задатком да се отклоне горе поменуте могућности (т.ј. повреде начела да суд примењује а не доноси законе). Јер, једна таква контрола представљала би у самој ствари уништај основне судске функције т.ј. функције схватања и тумачења закона, представљала би уопште уништење Судске Власти и, са тим, и оних гаранција које она пружа појединцима. Када Устав (чл.

купа, да направи нове зидове, скоро нову зграду. По реченој јуриспруденцији, закуподавац не би имао право тражити за то од закупца никакву накнаду, и ако, у уговору о закупу, није била унесена никаква *contra*-клаузула о закупчевој обавези из §-а 687., не би имао право на накнаду стога што је он, закуподавац, знао — ми то претпостављамо — у времену закључења уговора о закупу за намеру закупчеву да закупљену зграду искористи као штампарију. Јер, сигурно је да је закуподавац имао у виду евентуалност поремећаја зидова добра издата под закуп и, с обзиром на то, утврдио, свакако, и закупну цену и тако се прећутно одрекао да се позива на § 687.! Таквоме резултату води судска одлука о којој је овде реч.

И у истини, ништа боље не доказује неоснованост једног мишљења него последице које су везане за логичке дедукције из њега изведене а нарочито ако се у овима оде мало даље.

\*) Такав је систем и Аустрискога Устава од 1. Октобра, 1920. год. (в. његов део о надлежности Уставнога суда, *Verfassungsgerichtshof*, поименице чл. 140). В.: *Les Constitutions modernes*. Par F. R. Daresté et P. Daresté, Quatrième édition entièrement refondue par Joseph Delpech et Julien Laferrière. Préface de M. Ernest Chavegrin. Europe, I, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1928, p. 332.

18. и 101.) и Закон о Судијама Редовних Судова (од 8. Јануара, 1929. год.), чл. 25., говоре о одговорности судија (пошто је сваки орган власти, изузимајући владара, чл. 35. став 2. Устава, одговоран за свој службени рад па, дакле, и судија), то се не тиче нити се може тичати речене судиске функције, као што смо већ имали прилике то истаћи и на другом месту.\*) Јер би то значило судију чинити правно одговорним и за евентуалне његове погрешке у резонувању, за шта нико не може бити ни морално одговоран: човек није крив што није савршен.

Далеко смо од тога да будемо уопште за немачку национал-социјалистичку идеологију (по којој државни органи не само имају власт да издају законе и да их приводе у дело — то нико не спори представницима државе — него и власт да они једини, у овом својству, могу слободно имати и објављивати своје политичке и социјалне концепције, док то право не би уживали појединци) али може се, ипак, од национал-социјалистичких рефорама или тежњи примити по нешто и у државним системима који и приватним лицима, а не само органима власти, признају право на слободу мишљења и идеологија и њиховога јавнога манифестовања. Такво је, на пр., укидање судскога принципа: *Kompetenz-Kompetenz*, принцип по коме Судска Власт, сама и суверено, решава, у конкретним случајима, о својој надлежности. (В. овде: *Dr. iur. habil. Hans Peter Ipsen, Politik und Justiz, Das Problem des justizlosen Hoheitsakte. Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg*, као и: *Dr. Albert Wagner, Der Kampf der Justiz gegen die Verwaltung in Preussen*, иста издавачка књижарница). То значи, у самој ствари, дати Судској Власти односно њеној највишој инстанцији, Касационом Суду, апсолутну власт (суд, који је независан, одређује сам своју надлежност) а то се, у надахњем стању културе, не може признати ни појединцу (владару) ни групи појединаца (олигархији). И ма колико да би апсолутна власт Касационога Суда била мање опасна и штетна него таква власт само једног човека, опет, у основи, то је исто. Јер, нема добрих и рђавих тирана, добрих и рђавих државних удара, добрих и рђавих политичких убистава, него има само једна врста од тих дела: рђава врста. Те радње су објективно једно зло, без обзира на то ко их врши односно над ким се врше и из каквих побуда се врше.

Само, понављамо, како да се сачувамо од судије апсолутиста (судије односно судске власти тиранина) а да не уништимо суд и правосуђе: овоме би, пак, водила зави-

\*) Поименице у својим предавањима на Коларчевом Народном Универзитету: Сведоци као доказно средство у Југословенском Грађанском Судском Поступку (Библиотека за Правне и Друштвене Науке, св. 29.), Београд, Издавачка Књижарница Геце Кона, 1934., стр. 21. и 22.

сност (ма од које друге власти у држави) судова, једино, до сада, предложено и често у тој сврси (а и у друге, мање начелне, сврхе) употребљавано средство. Или има да се прими, у корист Судске Власти, начело: *Kompetenz-Kompetenz*, то јест, на крају крајева, апсолутизам Судске Власти, или да се лишимо суда и Правосуђа. Једна трагична алтернатива од које ми бирамо оно прво: то би био, т. ј. Судска Власт, једини добар или најмање рђав тиранин!

За сада нам остаје овде једина гаранција против тога: да се судска фактичка (ако не правна) сувереност не претвори у апсолутизам, у самоограничењу (*l'autolimitation*) судија, а таква висока етика (моћи без одговорности злоупотребити власт па то опет не чинити) претпоставља, код судија, савесно поштовање граница њихових уставних артибуција т.ј. поштовање начела поделе власти, тога јамства права и слободе, јамство које, свакако, ни судијама као приватним лицима не може бити равнодушно.

И тада ће се ређе дешавати случајеви као овај који горе износи Г. Благојевић.

Ж. М. Перих