

GENERALNE KLAUZULE

(Fragmentarna skica za studiju o pravnom standardu)

Prethodna napomena. — Ovaj prilog je u organskoj vezi sa mojim ranijim radovima o pravnom standardu.¹ Posle upoznavanja sa pojmom standarda u anglo-američkom pravu i u francuskoj pravnoj teoriji, pristupam proučavanju njegovog ekvivalenta u nemačkom pravu.

„Importiran” pre pedeset godina iz Amerike, termin *pravni standard* ubrzo je stekao pravo građanstva u Francuskoj,² odakle je pred rat „presaden” kod nas, i može se slobodno reći da je se i kod nas odo-maćio.³

Kod nemačkih pisaca ne nalazimo ovaj izraz. Znači li to, da u nemačkom pravu ne postoji pojam koji se njime označava?

Kad proučavamo pojedini institut, ili pojam, u jednom „nacionalnom pravu” ili „pravnom sistemu”, u cilju poređenja dvaju prava ili dvaju sistema, da bismo utvrdili u čemu se razlikuju, šta imaju slično, ili šta

¹ Izrazom *pravni standard* označava se jedan instrument pravne tehnike koji susrećemo u svim pravnim sistemima — pod različitim nazivima i sa različitim shvatanjima o sadržini, značaju i dometu formule u kojoj je standard izražen. Ustvari je standard jedna vrsta pravnog pravila, u najširem smislu ovog poslednjeg izraza: jedno pravilo ponašanja čija sadržina nije unapred data, ni u pogledu pretpostavke ni u pogledu sankcije. Konkretnu sadržinu standarda određuje sudija u konkretnom slučaju, s obzirom na sve konkretne okolnosti. — Teoriju o pravnom standardu formulisao je profesor *Roscoe Pound*, u Americi, 1919. godine. Francuski profesor *Edouard Lambert* ukazuje na značaj ove teorije, otpočinje da je proučava u Institutu za uporedno pravo u Lionu, 1922. godine. Prve rezultate proučavanja publikuje Institut 1925. godine. Iza-zvan veoma živ interes u francuskoj nauci i, za vrlo kratko vreme, francuski pisci će prihvatiti „pravni standard” kao nov tehnički termin. — U jugoslovenskoj literaturi pominju „pravni standard” profesor *Tasić* (1933) i profesor *Boža Manković* (1936 i 1940), profesor *Stanko Frank* ga proučava u *Krivičnom pravu* (1939), a docent *Milivoje Marković* počinje (1940) da objavljuje delove sistematske studije o pojmu pravnog standarda (*Pravni standard u anglo-saksonskom pravu* i *Pravni standard u francuskom pravu, Arhiv za pravne i društvene nauke*, 1940, septembar, str. 177. i sl., i novembar, str. 361. i sl.)

² Prodor engleskog izraza u francusku terminologiju objašnjava nam jedna rečenica profesora *Demoga*: „Imali smo već odavno stvar, a nismo imali jedan naročiti termin da je označimo”. (U predgovoru knjizi *Marcel O. Stati, Le standard juridique*, 1927).

³ Videti, naprimer, *R. Lukić*, Uvod u pravo, 1966, str. 183, 185; *A. Goldštajn*, Privredno ugovorno pravo, 1967, str. 40, 65—68; *D. Stojanović*, Uvod u građansko pravo, 1968.

je zajednička pravna tekovina civilizovanog čovečanstva, ne treba nikako da smetnemo s uma reč rimskoga pravnika o poznavanju zakona: „*scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*”. Tehnički termini su samo simboli. Konvencionalni znaci za sporazumevanje. Ispod termina treba zapaziti, ispitati, shvatiti suštinu stvari. Terminologija je po pravilu nacionalna. Ako dva prava imaju jedan isti pravni institut ili isti pojam, a samo ih označavaju raznim nacionalnim terminima, veoma lako ih saznajemo — naprosto prevedemo izraz u pitanju sa jednog jezika na drugi: „svojina” — „*propriété*” — „*Eigentum*”. Takve odgovarajuće izraze nalazimo u rečniku, opštem ili specijalnom pravničkom. Međunarodni termini nam olakšavaju posao. *Standard* dobija taj status u naše vreme. Zašto ga, onda, Nemci nisu prihvatili? Razlog je veoma prost: za pojam koji se tim izrazom označava oni imaju svoj sopstveni, sasvim specifičan naziv — *die Generalklausel*.

Pod izrazom *generalna klauzula* naći ćemo u nemačkoj pravnoj nauci i u sudskoj praksi onaj isti materijal koji imaju u vidu anglo-američki pravници, ili francuski ili jugoslovenski pisci kad upotrebljavaju termin *pravni standard*.

Tvrdim, da je „generalna klauzula” ekvivalent „pravnog standarda”. Ali se ipak pitam: da li ta dva termina označavaju i *identične* pojmove? Teoretičari standarda ponekad razlikuju standarde i direktive. I razlikuju ih pojamno. Da li takvu razliku prave i nemački pisci kad upotrebljavaju nazive *Generalklauseln* i *Richtlinien* za iste ili za slične pojamne sadržine? Za standard će se često reći da predstavlja jedno „merilo ponašanja”. A Nemci govore o „merilima za primenu jedne generalne klauzule” ili o merilima za ocenu ponašanja „sa stanovišta jedne određene generalne klauzule”. Reči. Da li samo reči? Moramo da se mirimo sa tim, da pravo nije matematika. Da mal’ te ne svaki pisac ima svoje sopstvene termine, svoje načine izražavanja. Da je mnoga originalnost u raznim „učenjima” samo — originalnosti radi. Ali, to sve stvara velike teškoće, kad se želi da nam nešto bude jasno. I zato ne mogu ovog trenutka sa sigurnošću da odgovorim na pitanje: da li je generalna klauzula baš pravni standard; ili treba reći da su u generalnim klauzulama sadržani pravni standardi? I nije kraj terminološkim teškoćama. Profesor Paund je oštro razlikovao *standard* i *princip* i *pravilo*. Francuski pisci neće uvek to troje razlikovati. A Nemci će za jedan isti pojam, recimo *Treu und Glauben*, jedanput reći da je *Generalklausel*, drugi put će to isto nazvati: *Grundsatz*, ili će kazati da je *allgemeiner Rechtssatz*, ili će za tu istu stvar upotrebiti termin *Prinzip*. I zato, postavljeno pitanje ostavljam za ovaj trenutak otvoreno. Odgovor će moći da dođe tek posle detaljne analize materijala koji se obuhvata izrazom generalna klauzula. Ovo je tek prvo poznanstvo. Za sada su važne samo konture, krupne linije, celina i njena bitna sadržina. Stoga u ovom radu iznosim jedan deo materijala koji me je doveo do zaključka da je *generalna klauzula* instrument pravne tehnike koji nemački pravници upotrebljavaju u istim prilukama, na isti način i sa istim rezultatima kao što se upotrebljava *pravni standard*; ostvarivanje pravnog poretka pomoću standarda ili generalnih klau-

zula daje ono što se naziva „sudskim pravom“⁴ — *judge-made law, droit fait par le juge, Gerichtsrecht* (ili *Richterrecht*).^{5, 6}

U daljem tekstu biću isključivo na terenu nemačkog prava. Služiću se izrazima koje upotrebljava nemački pisac ili nemačka sudska odluka kad operišu sa materijalom koji izučavam. Poređenje klauzule sa standardom ostavljam za docnije. Ukoliko je interesantno da se kakav detalj već sada uporedi, učiniću to u primedbi.

Neposredan praktičan povod za ovaj nad⁷ daju mi izvesne odredbe jugoslovenskog pozitivnog prava koje operišu sa generalnim klauzulama: *poštenje i savesnost* (Opšta uzansa za promet robom br. 3)⁸, *lojalno postupanje, dobri poslovni običaji* (čl. 9. Zakona o prometu robe sa inostranstvom), *načelo poštenja i savesnosti i opšti poslovni moral* (čl. 115. istog zakona), *dobri običaji i načela poslovnog morala* (čl. 24. Osnovnog zakona o preduzećima), *savesno korišćenje procesnim ovlašćenjima i zloupotreba prava* (čl. 8, 9. i 305. Zakona o parničnom postupku). Redaktori ovih tekstova imali su, nesumnjivo, pred očima, kao uzor, izvesne generalne klauzule nemačkog i švajcarskog prava. Čini mi se korisnim da se upoznam sa pojavom, istorijatom, značenjem, značajem i rezultatima (pozitivnim i negativnim) ovih generalnih klauzula u pravu zemlje u kojoj su ponikle, razvijale se, da bih nešto naučio i na tuđem iskustvu, jer iako je sopstveno iskustvo najbolje, ono je, u istim mah, i najskuplje. Korist za praktičara na prvom mestu. Za teorijska proučavanja takođe: generalne klauzule su u najtešnjoj vezi sa učenjima o izvorima prava, o pravnoj normi, o tumačenju prava i primeni prava, dakle sa osnovnim pitanjima opšte teorije prava.

⁴ Pravo koje sud stvara slobodnim pronalaženjem pravnog pravila koje okolnosti nalažu, svejedno da li u zemljama u kojima se sudski precedent priznaje kao izvor prava ili u kojima se ne priznaje. Ponekad se to, ali sasvim pogrešno, naziva „slobodnim tumačenjem“ prava od strane suda. To je zatvaranje očiju pred stvarnošću, koju je još Bogišić 1888. godine u zakonskome tekstu konstatovao, a sama dikcija teksta pokazuje da se zakonom samo konstatuje: običaj i njegovo pravilo biva ono pravilo koje se drži i koje vlada u narodnome i sudskom životu (čl. 779); kad ni u zakonu ni u običaju nema prilična pravila za neki posao, a nije ga moguće ni podobijem naći, pravda i pravica postaju za suca neposrednim izvorom iz koga on pravce treba da crpe svoje pravilo prema osobitoj prirodnoj osobi koja se sudi (čl. 782. Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru).

⁵ Vidi, naprimer, *Wilhelm Sauer*, *Lehrbuch der Rechts- und Sozialphilosophie*, 1929, str. 237, 249, 250.

⁶ „Uporedna metoda tek onda dobija naučni značaj, kad se poredi ne samo ono što je različito, nego pre svega ono što je zajedničko, jer tek tada može da se istražuje suština pojava, da se utvrđuju zakoni, razvlika i saznanju ciljevi normi.“ *Sauer*, pomenuto delo, str. 20.

⁷ Na proučavanje standarda uopšte podstakao me je jedan propis Srpskog građanskog zakonika od 1844: „Ako bi pri ugovoru osobita usloviya stavljena bila, ona se moraju razumno u prizrenju uzeti“ (§546). Na drugoj godini studija, na Pravnom fakultetu u Subotici, profesor Građanskog prava nam je o njemu govorio (a ja sam u beležnicu zapisao): „Kad u zakonu ne bi bilo više ni jednog propisa o ugovorima, sem toga jednog, valjan sudija, oslonjen na pravnu nauku, mogao bi pravilno da reši svaki slučaj iz obligacionog prava po ovlašćenju iz toga jedinog propisa. On spada u onu vrstu propisa, kakvih ima u Nemačkom građanskom zakoniku, a koje Nemci s ponosom nazivaju „Königsparagraphen“. A mi smo ga, eto, imali čitavo pola veka pre njih. Samo nismo shvatili sav njegov značaj, kao što nismo zapazili ni da je čl. 372. Bogišićevog zakonika preteča člana 1. Švajcarskog građanskog zakonika. Kad pravimo nove zakone, mi tražimo uzore kod stranaca, a svoje sopstvene vrednosti i ne poznamo i ne cenimo“.

⁸ V. *Kapor*, Ugovor o kupovini i prodaji robe prema Opštim uzansama za promet robom, 1969, str. 22, smatra načelo izraženo u ovoj uzansi kao osnovno načelo u celom našem pravnom saobraćaju, jer je ono upereno protiv formalističke primene prava, kao i protiv zloupotrebe prava. Isto tako i A. *Goldštajn*, Privedno ugovorno pravo, 1966, str. 65, sa dodatkom da „poštenje i savesnost“ znači isto što i latinski *bona fides*, engleski *good faith*, francuski *bonne foi*, talijanski *bona fede*, nemački *Treu und Glauben*.

⁹ *Justus Wilhelm Hedemann*, *Wirtschaftsrecht und Reichsgericht*, 1929, str. 181: „Pitanje o odnosu sudije i zakona ostaje večita zagonetka.“

Plan: I. Upoznaću se sa pojmom generalne klauzule;

II. Videću kad se i zašto pojavljuje generalna klauzula u razvoju pravnog sistema;

III. Baciću letimičan pogled na razna „učenja“, „škole“, „pokrete“, „pravce“ ili „teorije“, koji su predstavljali „pravničku klimu“ u vreme postanka i u početku razvoja generalnih klauzula. I —

tu će morati da se završi ovoga puta moje upoznavanje sa generalnim klauzulama. Na to sam ograničen raspoloživim prostorom. A sve je to samo pripremni rad za narednu fazu, u kojoj treba, analizom pojedinih generalnih klauzula u primeni, da upoznam njihovu suštinu i utvrdim da li su one isto što i pravni standardi i da tako proverim zaključak koji sam o tome stvorio *prima-facie*.

I. — *Pojam generalne klauzule*.¹⁰ — Generalne klauzule se definišu kao normativni pravni pojmovi, čiju sadržinu treba ispuniti sudom vrednosti. Takvi su, naprimer, u građanskom pravu: *Treu und Glauben*, *gute Sitten*, *Rechtsmissbrauch*, *wichtiger Grund*. Zakonodavac ih često upotrebljava da bi opštom formulacijom jednog propisa obuhvatio što je moguće veći broj činjeničnih stanja,¹¹ i time propis oslobodio od opterećenja detaljnim obeležjima, a u isti mah izbegao opasnost neželjenog sužavanja polja njegove primene.

Zakonodavac može da formuliše pravni propis na tri načina, primeenom tri metoda ili tri stila:¹²

a) Zakonodavac uređuje jedan pravni odnos ili jednu pravnu situaciju do najsitnijih pojedinosti. Tačno određuje jedno hipotetičko stanje, kao pretpostavku norme, i za tako određeno činjenično stanje vezuje tačno određene posledice, kao i sankciju. Kad treba da donese odluku za konkretan slučaj koji po svojim obeležjima spada pod propis u pitanju, sudija u samom propisu nalazi gotovo rešenje. Sudija, moglo bi se reći, mehanički primenjuje slovo zakona. Takvo regulisanje, *kazuističko* (od *casus* = slučaj), misli se, obezbeđuje potpunu pravnu sigurnost.¹³

b) Propis se formuliše u vidu jednog opštijeg pravila, sa apstraktnim, hipotetičkim činjeničnim stanjem koje se sastoji od tačno definisanih pojmova, za koje se vezuju određene pravne posledice. To je metoda *apstraktne generalizacije*. Sudija rešava konkretan slučaj na taj način, što utvrđeno činjenično stanje subsumira pod pravno pravilo. Isključivo logička operacija: kad konkretno činjenično stanje, po svojim opštim

¹⁰ Creifelds, *Rechtswörterbuch*, 1968, sub „Generalklausel“.

¹¹ Izraz „činjenično stanje“ upotrebljavam za nemačku reč *Tatbestand*. To je dispozicija norme. Hipotetičko činjenično stanje, kao pretpostavka za primenu sankcije: hipotetičko činjenično stanje za koje se vezuje sankcija kao drugi deo norme. U Krivičnom pravu: „obeležja krivičnog dela“, „elementi“ ili „biće krivičnog dela“.

¹² R. Stammler, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1928, str. 13, 269, 270; W. Sauer, *Lehrbuch der Rechts- und Sozialphilosophie*, 1929, str. 234. i sl.; K. Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts*, 1968, str. 19. i sl.

¹³ Jedan takav pokušaj učinjen je sa *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*, 1794. Vera u moć razuma zakonodavčevog da predvidi sve moguće slučajeve, sve situacije koje će se u životu pojaviti, i želja da se oni regulišu do najsitnijih pojedinosti, kako bi se obezbedila potpuna predvidljivost odluke, i time sprečila svaka samovolja sudije. Išlo se do smešnog (61. paragraf za određivanje šta je to „pripadak“; reguliše se podizanje ograde oko imanja, pa upotrebljena reč *Zaum* (= taraba), ali, da ne bi bilo „proizvoljnosti“ smatralo se potrebnim da se kaže: „Što važi za tarabu, važi i za vrljike (ili filarete) — *Staketten*“). Sauer, pomenuto delo, str. 234; Larenz, pomenuto delo, str. 19, 20.

obeležjima, odgovara hipotetičkom činjeničnom stanju pravnog pravila u pitanju, onda se logički zaključuje da pravne posledice predviđene u pravilu važe i za slučaj koji je predmet suđenja, pa ih sudija u svojoj odluci izriče.

c) Zakonodavac postavlja samo smernice (*Richtlinien*) za rad sudije. U izvesnim pravnim oblastima, ili uopšte. A sudija će, prema tim smernicama, u svakom konkretnom slučaju, sam da pronađe normu koja, i pretpostavkom i posledicom, odgovara svim konkretnim okolnostima. Zakonodavac je uvideo, da se potpuno formiranim pravnim pravilom, koje važi za samo jedan slučaj (kazuistika) ili za jedan tip slučajeva (apstraktna generalizacija), ne može dati pravično rešenje za svu šarolikost životnih situacija u jednom datom trenutku, a još manje se mogu dati ispravna rešenja za buduće situacije koje će biti rezultat bitno promenljivih životnih uslova. I zato — postavlja samo izvesna opšta merila, po kojima će sudija imati da formira svoje sopstvene sudove vrednosti u svakom konkretnom slučaju. Umesto uopštenih, imaće se individualisana rešenja. Postavljena merila nemaju unapred datu sadržinu. Ona predstavljaju okvire koje sam sudija ima da ispuni sadržinom. To su — *generalne klauzule*. Njihova primena se ne iscrpljuje u logičkoj subsumaciji, a sudijin cilj nije da donese samo logički ispravnu odluku, nego da odlukom raspravi jedan sukob interesa u skladu sa životnim potrebama zajednice. Propisivanje pravnog poretka (postavljanje pravila) i njegovo ostvarivanje (primena pravila) idu putem: od naroda i njegovih životnih potreba do formalno-pravnog poretka, pa od ovog natrag do konkretnog slučaja¹⁴ sa njegovim učesnicima, živim ljudima, njihovim interesima, njihovim životnim potrebama, pod konkretnim uslovima jedne određene životne situacije. Primenjujući generalne klauzule, sudija će ostvarivati osnovni juristički zakon pravičnosti,¹⁵ kojem je zakonodavac težio kad je klauzulu formulisao.

Savremeni zakonodavac kombinuje sva tri načina, stila ili metoda. Pojedinačno pravilo obezbeđuje sigurnost; apstraktna generalizacija omogućuje izvesnu širinu zahvata uz jednoobraznost rešenja; generalna klauzula služi za prilagođavanje prava životu. U regulisanju pravnih odnosa sudija je saradnik zakonodavčev. Razume se, u okviru datog društvenog i ekonomskog poretka.

Zakonski propis predstavlja samo pokušaj da se unapred odredi kako da se budući spor *ispravno* reši. Izražava samo nameru za ispravnim rešenjem. Samo kad je rešenje pravično, ostvareno je *das richtige Recht*¹⁶ ili je ostvaren *das juristische Grundgesetz*.¹⁷ To se postiže pomoću generalnih klauzula. One predstavljaju nužan korektiv kazuističke metode i metode apstraktnog generalisanja. One su omogućile velikoj zakonodavnoj tvorevini, kakav je Nemački građanski zakonik,¹⁸ izrađen s obzirom na socijalne i ekonomske odnose s kraja 19. veka, ^{18*} da važi kao pozitivno pravo u drugoj polovini 20. veka, u jednoj sredini sa sasvim drukčijom socijalnom i ekonomskom strukturom, nego sredina za koju je pra-

¹⁴ Sauer, pomenuto delo, str. 233.

¹⁵ Isto, str. 235—237.

¹⁶ Stammer, pomenuto delo, *passim*.

¹⁷ Sauer, pomenuto delo, *passim*.

¹⁸ *Bürgerliches Gesetzbuch*, skraćeno BGB, od 1896, stupio na snagu 1. I 1900.

^{18*} Ili francuski *Code civil*, stupio na snagu 1804.

vljen, pod sasvim drukčijim materijalnim životnim uslovima. Sav značaj generalnih klauzula, kao instrumenta za prilagođavanje prava životu, shvata se, kad se ima u vidu da najveći broj propisa BGB predstavlja ustvari kodifikaciju ranije važećeg („recipiranog“ ili „opšteg“) rimskog prava, čiji su principi samo pretopljeni i sliveni u nove formule, a samo u malom broju propisa našle su izraz ideje jednog novog vremena — u generalnim klauzulama §§ 157, 242, 226. i 826.¹⁹ One pokazuju jednu od razvojnih tendencija savremenog prava; potiskivanje doktrinarno-formalističkog shvatanja sa nastojanjem da se pronađu formule podobne i sposobne za prilagođavanje prava promenama ekonomskih, socijalnih i drugih gledišta, oslobađanjem sudije od zakonske kazuistike.²⁰

II. — *Pojava generalnih klauzula je istorijski rezultat razvojnog procesa jednog pravnog sistema.*²¹ — U svakom pravnom sistemu, istorijski posmatrano, može da se konstatuje: početka, usko i kruto pravilo, strogost primene i jednoobraznost rešenja; zatim, postepeno uvođenje šireg, elastičnijeg pravila, ublažavanje strogosti; i najzad, kad se sistem potpuno razvio, — generalne klauzule. Kako su ne samo koreni BGB, nego i čitava njegova struktura (sa vrlo malo izuzetaka) ustvari rimsko pravo, pregled razvoja mora da počne sa rimskim pravom.

a) Rim. — Prvobitno pravo:²² obećalac je strogo vezan datom reči: *uti lingua nuncupassit, ita jus esto*. To je *jus strictum*. Sakralne forme. Za primitivne agrarne odnose dovoljno. Međutim, razvoj trgovine i pomorskog saobraćaja traže šire okvire. Potrebna gipkost regulisanja pravnog odnosa, jer zaključenje i izvršenje trgovačkog posla nije isto što i zasnivanje i vršenje servituta. Da se krutost pravila ublaži, uvodi se u pravno regulisanje pojam *bona fides*. Pravi se razlika između *negotia stricti juris* i *negotia bonae fidei*. Kod ovih drugih procesna formula će maložiti da se tužiocu dosudi *quidquid dare oportere ex fide bona* ili *quidquid dare oportere ex bono et aequo*. A zatim, korak dalje. Ni poslovi *stricti juris* ne ostaju više sa prvobitnom strogošću. Tuženome se, za odbranu od zahteva, priznaje *exceptio doli generalis: si in ea re nihil dolo malo Auli Augerii factum sit neque fiat*.²³ Najzad, završetak razvoja — Justinijanova kodifikacija: Pandekte otpočinju Celzusovom definicijom prava: *jus est ars boni et aequi*, pošto je objašnjeno da naziv *prava* dolazi od *pravičnosti*.²⁴ I tako, nazvijeno rimsko pravo ima u tri elementarna pojma, *bona fides*, *exceptio doli* i *bonum et aequum* — generalne klauzule.²⁵ Pored njih, možda bi tu trebalo svrstati i pojmove, kao *aequi-*

¹⁹ Wertheimer, Entwicklungstendenzen im Deutschen Recht, 1928, str. 9.

²⁰ Isto, str. 26.

²¹ Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln, Eine Gefahr für Recht und Staat, 1933: konstatuje zapanjujući razmah generalnih klauzula u razdoblju između osamdesetih godina prošlog do prve trećine sadašnjeg veka; smatra na njihova pojava predstavlja jedan istorijski proces u razvoju svakog sistema, ali njihov nagli porast i njihova neslućena ekspanzija u sve pravne domene nameću pravniku 20. veka, kao jedno od najvažnijih pitanja stoleća, pitanje o meri do koje to treba da ide i o garancijama za pravnu sigurnost.

²² Hedemann, pomenuto delo, str. 1—3; Hamburger, Treu und Glauben im Verkehr, 1930 str. 4.

²³ Gaius, 4, 119.

²⁴ D. 1, 1, 1: Juri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen juris descendat. Es: autem a justitia appellatum: nam (ut eleganter Celus definit) jus est ars boni et aequi. — Citirano prema *Corpus juris civilis academicum parisiense*, Paris, 1878. Prevod: Ko se pravom želi baviti, treba prvo da zna otkud ime prava potiče. Ono se tako naziva po pravičnosti, jer (kao što lepo kaže Celzus) pravo je veština dobrog i pravičnog.

²⁵ Hedemann, pomenuto delo, str. 2.

*tas, jus naturale s. naturalis ratio, boni mores, humanitas, pudor, pietas, justa causa, arbitrum boni viri, justitia.*²⁶ Ovaj poslednji pojam upućuje na takt, zdravo osećanje, zdrav razum, humanost,²⁷ jer *justitia est constans et perpetua voluntas suum cuique tribuendi.*²⁸

b) Tokom 19. veka, u Nemačkoj se pandektno pravo (pod nazivom *Gemeines Recht*) primenjuje kao *jus strictum*. Generalna klauzula *exceptio doli generalis* smatra se prosto kao „ukras udžbenika“, jer se u praksi javlja vrlo retko, od slučaja do slučaja, sa što je moguće manje uopštavanja: u zbirkama odluka *Saveznog suda*²⁹ na njenu primenu nailazi se tek od 1886, a do kraja 19. veka još samo u deset slučajeva.³⁰

c) Pojava formule *Treu und Glauben* u jurisprudenciji,³¹ u jednoj odluci Saveznog suda iz 1883. godine, u jednoj trgovačkoj stvari, formula *Treu und Glauben* upotrebljena je kao kriterium za ocenu valjanosti „opštih poslovnih uslova“. Trgovački zakonik od 1861 propisivao je da sud ima da ispita volju stranaka, kad tumači ugovor; da bi se ta volja utvrdila, nije dovoljno zadržati se samo na bukvalnom značenju upotrebljenih izraza, jer brzina saobraćaja ne dozvoljava da se prilikom sastavljanja ugovora odmeri svaka reč; pa zato, kad se ugovor tumači, mora da se uzmu u obzir *potrebe trgovačkog saobraćaja, priroda stvari i saobraćajni običaj*, a sve to u skladu sa *shvatanjima trgovačkog staleža*; volja stranaka mora biti — da se ugovor *pošteno izvrši*, onako kako odgovara *pravičnosti*. I — sve je to obuhvaćeno formulom *Treu und Glauben*, koju će sud od tada sve češće upotrebljavati.

d) BGB je velikim delom izrađen kazuističkom metodom, ali je ostavljeno nekoliko „ventila sigurnosti“. To su, na prvom mestu, generalne klauzule §§ 138, 157, 242. i 826,³² u kojima su upotrebljeni izrazi „gute Sitten“ i „Treu und Glauben“, tako zvani opšti propisi, *allgemeine Rechtssätze*. Zatim je u nizu pojedinačnih propisa, *Einzelrechtssätze*, ostavljen jedan neodređen element koji tek sudija ima da odredi prilikom primene propisa u konkretnom slučaju, kao što su, naprimer, *zlo-upotreba prava* (§§ 1353, 1354, 1357, 1358, 1666) ili *važan razlog* (u većem broju propisa) i još neki drugi „neodređeni i rastegljivi pojmovi“, *dehnbaren und unbestimmten Begriffe*, kako ih pisci kvalifikuju. Ti ventili

²⁶ *Stammler*, pomenuto delo, str. 13.

²⁷ *Stammler*, pomenuto delo, str. 201, 202.

²⁸ D. I, 1, 10 tr.

²⁹ *Reichsgericht*, skraćeno RG, otpočeo delatnost 1879 godine.

³⁰ *Hedemann*, pomenuto delo, str. 4.

³¹ *Hedemann*, *Wirtschaftsrecht und Reichsgericht*, 1929, str. 7, 8.

³² U jednom predavanju, održanom u Jeni 1913. godine, Hedeman ih je nazvao „Königsparagrafen“. Od onda, naziv je postao skoro poslovičan. Hedeman je govorio: „Svatom praktičaru je poznato, da pojedini paragrafi naše građanskopravne kodifikacije imaju veoma različitu sudbinu. Ima kraljeva među njima, a pored njih — mnogo, mnogo prosjaka nezapaženih. Stotine paragrafa jedva da uopšte igraju kakvu ulogu. Kao sirotinja, žive skroviito. I mora da tipe da se iznad njih izdižu tek nekoliko drugih. Sta znače, recimo, stotinu paragrafa iz nekog čiška naslednog prava prema jednom jedinom kraljevskom pravilu, po kojem su svi ugovori stavljeni pod znamenje *Treu und Glauben*?“ (*Werden und Wachsen im bürgerlichen Recht*, 1913, str. 9; *Die Flucht in die Generalklauseln*, str. 6.). — Drugi su ih nazivali „Kautschukparagrafen“, zbog njihove elastičnosti ili rastegljivosti. Treći kažu, da su to „Blankettvorschriften“ ili „Blankettbegriffe“ (vidi, naprimer, *Max Rümelin*, *Erliebte Wandlungen in Wissenschaft und Lehre*, 1930, str. 35), jer ostavljaju sudiji potpuno odsešene ruke. U jednom retrospektivnom pregledu, 1926. godine, piše *Ernst Fuchs*: „BGB je dobar samo na jednom jedinom mestu, naime tamo, gde je stao sa svojom apstraktnom kazuistikom i postavio samo jedan putokaz, koji nosi natpis: pristup na slobodno pravno more saobraćajnih potreba. To je § 242. Taj „kraljevski“ paragraf, koji već sadrži u sebi §§ 157, 138, 226, 826, pokazao se kao Arhimedova oslonja tačka, sa koje je stari pravnički svet izbačen iz ležišta“ (Navedeno kod *Hedemana*, *Die Flucht*..., str. 11).

sigurnosti, to su — generalne klauzule. Evo tekstova opštih propisa sa generalnim klauzulama:³³

— § 138: Ništav je pravni posao protivan dobrim običajima.

— § 157: Ugovori se imaju tumačiti kako zahteva poštenje i poverenje³⁴ s obzirom na saobraćajni običaj (*Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte*).

— § 226: Vršenje prava nedopušteno je ako može imati samo cilj da se drugome šteta pričini.

— § 242: Dužnik je obavezan da čimidbu izvrši tako, kako zahteva poštenje i poverenje s obzirom na saobraćajni običaj.

— § 826: Ko drugome sa umišljajem³⁵ (*vorsätzlich*) pričini štetu na način protivan dobrim običajima (*gute Sitten*), dužan je da drugome štetu maknadi.

e) Sudska praksa primila je generalne klauzule BGB spočetka vrlo uzdržljivo. Godinama se pipalo. Savezni sud još i 1912. godine izražava bojazan da generalna klauzula, rastegljiva odredba koja mnogo ostavlja slobodnoj oceni i shvatanju pravičnosti, može da bude opasna za pravnu sigurnost, „jer vodi na klizavu stazu na kojoj više nema zaustavljanja”.³⁶ Ali, generalna klauzula ipak prodire, pošto je njena primena dobila ogroman podsticaj od škole *Interessenjurisprudenz* i od *Freirechtswegung*.³⁷ Iz godine u godinu raste broj odluka u kojima je primenjena pojedina generalna klauzula, ili i dve odjednom. Moglo bi se mirno reći, ponast u geometrijskoj progresiji. „Otpočinje moda, po kojoj se sve ono što ima da se kaže optoči sa *Treu und Glauben* ili sa *gute Sitten*.”³⁸ Ge-

³³ Na ovom mestu dajem srpski prevod navedenih propisa. Da bi ih razumeo i čitalac koji ne zna nemački. U daljem tekstu upotrebljavaju nemačke izraze *Treu und Glauben*, *Verkehrssitte* i *gute Sitten*. Samo u originalu, oni su, na ovom mestu, ono što jesu — generalne klauzule = pravni standardi nemačkog prava. Prevedeni, oni to više nisu. Zato, što imaju specifična značenja. Istražujem, šta oni znače u nemačkoj sudskoj praksi. I u nemačkoj mauci. Ako izvršimo transpoziciju, onda više nije A = A. Povreden je logički *principium identitatis*.

³⁴ „*Treu und Glauben*” prevode neki sa „poštenje i savesnost”, pa je ovaj termin unesen i u tekstove našeg pozitivnog prava, kao naprimer uzansa br. 3 ili čl. 115. Zakona o prometu robe i usluga sa inostranstvom. Potpuno pogrešno. Ili je trebalo reći samo *poštenje* ili samo *savesnost*, pa time obuhvatiti obe nemačke reči u jedan pojam, kao što su ih Francuzi obuhvatili u „*bonne foi*”, a to su isto učinili i Švajcarci. Ako smo, pak, hteli da pravimo tananu razliku između *Treu* i *Glauben*, kao što čine Nemci, onda je trebalo temeljno proučiti šta znači jedan, a šta drugi od ta dva izraza u formuli — onako kako ih razume nauka i praksa u Nemačkoj. Naime, *Treu* znači da svaki učesnik u jednom obligacionom odnosu mora da bude veran datoj reči, a *Glauben* znači da druga strana sme, i može s pravom da očekuje, sme da veruje u onoga prvog, da ima poverenja u njega, da će on održati svoju reč. (*Larenz, Schuldrecht*, I, 1968, str. 106; *Soergel, BGB*, II, 1967, § 242, Bem. 6, str. 19; *Eichler, Die Rechtslehre vom Vertrauen*, 1950, str. 8). Kad Francuzi prave razliku između ta dva izraza, onda za *Treu* upotrebljavaju izraz „*loyauté*”, a za *Glauben* — „*confiance réciproque*” (tako, naprimer, *Edouard Lambert, Un parère de jurisprudence comparative*, 1934, *passim*. Kod nas je, ustvari, „poštenje” i „savesnost” — jedno isto.

³⁵ Prevedeći § 826, upotrebljavam, svesno i namerno, izraz neuobičajen u građanskom pravu — *umišljaj*. Morao sam to da učinim, jer „*wer einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt*” nikako ne znači „ko drugome štetu *namerno* nameše” — kao što to svi drugi (koliko je meni poznato) prevode, i kod nas i u inostranstvu. (Francuzi kažu „*intentionnellement*”. Vidi, naprimer, *Josserand, De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1939, str. 283). Ako se „*vorsätzlich*” u § 826. BGB prevede sa „*namerno*”, onda je — dobijena slika u krivom ogledalu. Jer, namerno naneti štetu drugome, znači da je cilj, ili bar jedan od odlučujućih motiva štetnikove radnje bio — naneti štetu drugom. Međutim, to se u § 826. ne traži, kako kaže nemački Vrhovni sud, i kako kažu nemački pisci. Dovoljno je, vele oni, da je radnja svesno hotena i da je štetnik imao predstavu o mogućnosti da svojom radnjom štetu drugome pričini, ali ga ta predstava nije uzdržala ili odvratila od izvršenja radnje. Dovoljan je, dakle — *dolus eventualis*. (Cf. *Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch*, I, 1931, str. 1204; *Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts*, I, 1968, str. 218).

³⁶ *Hedemann, Flucht ...*, str. 9, 10.

³⁷ Vidi *infra*, odeljak III, 5—7.

³⁸ *Hedemann*, na istom mestu, strana 11.

neralne klauzule ne ostaju u području u koje ih je zakonodavac po sistematici materije stavio. Zahvataju nova područja, jedno po jedno. Unose se u nove zakonske tekstove, u tako zvanom sporednom zakonodavstvu („sporednom” zato što je BGB „glavni” zakon na polju privatnog prava). Zahvataju javno pravo i, svedene na *Treu und Glauben*, postaju vladajući princip nemačkog pozitivnog prava.

Odmah po stupanju na snagu BGB, otpočela je naučna obrada pojma *Treu und Glauben*, za koji se izrično upotrebljava termin *generalna klauzula*.³⁹ Nastaće i proširiće se mišljenje da ona predstavlja dopunu svake zakonske odredbe i svake odredbe ugovora. Iz semena *Treu und Glauben* nići će bujna šuma „učenja” ili „teorija”, sa novim nazivima,⁴⁰ u nastojanju da se u nepreglednoj kazuistici sudskih rešenja sagledaju tipične grupe slučajeva, sa ciljem da se preko stavova iskustva (*Erfahrungssätze*) iz empirije izgradi norma.⁴¹ Pokušava se da se razgraniče domeni pojedinih generalnih klauzula. Tvrdi se da granica između njih mora biti, jer ih inače ne bi bilo nekoliko, nego bi samo jedna od njih bila dovoljna.⁴² Pokušaji sa malo uspeha. Razne generalne klauzule se prepriču. Sudovi će ih, ne retko, upotrebljavati kumulativno, i sve će ih, u krajnjoj liniji, svoditi na *Treu und Glauben*,⁴³ generalnu klauzulu koju i praksa i literatura proglašavaju osnovnim pravnim principom, čija je funkcija: kontrola i korektura postojećih normi,⁴⁴ određivanje granica subjektivnih prava,⁴⁵ odmeravanja interesa u sukobu i njihovo izravnane, ⁴⁶ prilagodavanje prava promenama životnih uslova,⁴⁷ a sve to, i još što šta drugo, u skladu sa *Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Menschen*,⁴⁸ kako je *Reichsgericht* formulisao merilo za ocenu

³⁹ *Schneider*, *Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse*, 1902; *Stammer*, *Die Lehre vom richtigen Recht*, 1902.

⁴⁰ Ne bi ničem služilo nabranjanje naziva, kao, primera radi, *Verwirkung*, *Aufwertung*, *Schranken der Rechtsausübung*, *überobligationsmässigen Schwierigkeiten*. Svako od tih učenja treba posebno proučavati, što će se učiniti kad se bude analizirala generalna klauzula *Treu und Glauben*.

⁴¹ Uporedi mišljenje u francuskoj literaturi o pravnom standardu: tendencija „standarda” za prelaz u „pravilo”; „standard” kao „embrion pravila”. Videti, naprimera, *Hauriou*, *Police juridique et fond du droit* (*Revue trimestrielle de droit civil*, 1926, str. 296); *M. Marković*, *Pravni standard u francuskom pravu* (Arhiv za pravne i društvene nauke, 1940, novembra, str. 361. i sl.).

⁴² *Hedemann*, *Die Flucht . . .*, str. 55.

⁴³ Isto onako, kao što se angloamerički standardi svode, u krajnjoj liniji, na — *reasonableness*.

⁴⁴ *Hermann Eichler*, *Die Rechtslehre vom Vertrauen*, 1950, str. 27—29: ta funkcija proizlazi iz zadatka generalne klauzule da kruti sistem normi učini gipkim, kako u zakonskom, tako i u ugovornom regulisanju pravnih odnosa, jer ovo treba da bude u skladu sa interesnom situacijom stvorenom delovanjem objektivnih okolnosti.

⁴⁵ *Soergel—Knopp*, BGB, Bd. 2, 1967, § 242, *passim*.

⁴⁶ Cfr. *Philipp Heck*, *Grundriss der Schuldverhältnisse*, 1929, str. 242.

⁴⁷ Redaktori nemačkog BGB bili bi preplašeni i iznenađeni, da im je kakav čarobnjak, zadigavši veo budućnosti, pokazao kako će da uzdrmaju temelje njihovog dela dve doktrine, koje su morale da se pojave, u izuzetnim časovima krize, iz njihovih mudrih i bojažljivih pozivanja na poštovanje dobre vere, uzajamnog poverenja i dobrih običaja u poslovnom saobraćaju. Ali, niko u ono vreme nije mogao predvideti događaje koji će oko 1923. godine nužno iziskivati da se na § 242. nakaleme strašni izraštaji *Anspruch auf Aufwertung* i *Ausgleichsverfahren . . .* Te doktrine su nikle pod pritiskom jedne sile moćnije od svake volje zakonodavca i volje suda — čak i kad se te dve volje sjedine — jer ta sila je neodoljiva prinuda nužnosti”. *Lambert*, *Un parère de jurisprudence comparative*, 1934, str. 56, 57. (Pomoću generalne klauzule *Treu und Glauben* nemačka jurisprudencija je rešavala tragičnu situaciju u ugovornim odnosima nastalu usled katastrofalnog pada vrednosti nemačke valute, stvorivši doktrine o revalorizaciji i izravnavanju potraživanja i obaveza.)

⁴⁸ Opisan prevod: osećanje ili mišljenje svih poštenih i pravičnih ljudi o tome kakvo ponašanje dolikuje čoveku u jednoj datoj životnoj situaciji.

vrednosti ljudskog ponašanja sa stanovišta *Treu und -Glauben* i gute Sitten.⁴⁹

Pre no što bi se prešlo na proučavanje pojedinih generalnih klauzula i učenja koja su se iz njih razvila, neophodno je dobiti makar i najsumarniju predstavu o razvoju nemačke pravne misli na prekretnici 19. i 20. veka. Potrebno stoga, što su generalne klauzule shvaćene kao „opšte oruđe za oblikovanje prava”, „zakonska osnova za pretorsku jurisprudenciju”, „vratnice kroz koje etičke ideje ulaze u pravo”. I moglo bi da se navede još mnogo izraza kojima razni pisci nastoje da u dve-tri reči sažmu njihov smisao kad konstatuju da su one „napravile izvanrednu karijeru” ili da su imale „divlju konjunkтуру”.⁵⁰ Igrale su, i igraju izvanrednu ulogu u preobražajima nemačkog prava, kako privatnog, tako i javnog. Predstavljaju most preko kojeg se uspostavlja staljan kontakt, neprekidno strujanje, najintimnija veza, najplodnija saradnja između tri faktora u stvaranju, održavanju i razvijanju pravnog poretka — zakonodavca, suda i pravne nauke.

III. — *Jedan pogled na razvoj pravne misli u Nemačkoj krajem 19. i početkom 20. veka.* — Na prekretnici vekova vodi se u pravnoj nauci veoma živa diskusija o izvorima prava i metodima tumačenja. U težištu raspravljanja je: odnos između zakona i sudije.⁵¹ Da li je sudija samo sluga, ili je saradnik? Da li sudija samo mehanički primenjuje pravilo koje je u zakonu već sadržano, a koje on samo logičkom operacijom pronalazi, ako nije već u samome tekstu zakona izrično formulisano? Ili sudija, na osnovu ovlašćenja u zakonu, sam stvara pravilo? Da li je sve pravo doista sadržano samo u zakonu? I, je li pravo ono što u zakonu piše, ili je pravo ono što je sudija u svojoj odluci u konkretnom slučaju izrekao? Ustvari, varijacije na istu temu. Skoro u nedogled bi moglo da se redaju. Literatura — nepregledno obilje. Borba mišljenja bila veoma oštra. Sukob između „tradicionalnog” i „novog”... — Prostorni okvir rada dopušta samo nekoliko kratkih poteza. Vrlo blede, oni će jedva moći i samo da ukazu na neke momente, koji se neophodno moraju imati u vidu kad se proučava generalna klauzula, da bi se odredila njena suština, mesto, uloga i značaj u izgradnji i ostvarivanju pravnog poretka.

(1) *Doktrina o „logische Geschlossenheit des Rechts”*⁵² vlada u nauci i jurisprudenciji 19. veka. Pravni sistem predstavlja jednu organsku celinu. Delovi njegovi, mnogobrojni i složeni, međusobno spojeni logičkom vezom. Sistem je plod razumne volje. Sistem zatvoren. U tome smislu, što se sam iz sebe razvija i sadrži rešenje za sve slučajevé koji su u životu mogu pojaviti, a sudija ima samo iz sistema da ih izvede putem jedne čisto logičke operacije. Jedini instrument za tumačenje prava — formalna logika. Nikakav uticaj spolja. Sistem je, dakle, potpun. Bez praznina. Sudija primenjuje pravila iz sistema, a ona su ili izrično formulisana u važećem tekstu, formirana, ili sudija ima da ih formira pu-

⁴⁹ Bilo da je u pitanju naše ponašanje prema jednom licu sa kojim stojimo u jednom određenom ili posebnom odnosu (*eine Sonderverbindung*) za čije prosuđivanje daje merila *Treu und -Glauben*, ili naše ponašanje koje može imati štetne posledice za druga lica sa kojima će nas štetne posledice naše radnje po njih upravo i dovesti u jedan pravni odnos, pa će se onda naše ponašanje prosuđivati sa stanovišta *gute Sitten*.

⁵⁰ Težište razvoja generalnih klauzula je u sudskoj praksi, a ne u literaturi. (*Hedemann, Die Flucht*, str. 15).

⁵¹ *Ph. Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung, 1932, str. 2.*

tem „pravne konstrukcije”. Tumačenje formiranih pravila je samo logičko i gramatičko.⁵³ Sistem obezbeđuje punu pravnu sigurnost, izvesnost u pravnim odnosima i predvidljivost sudskih odluka u slučaju spora. Ostvarena je pravičnost: u svim slučajevima koji spadaju pod određeno pravno pravilo sudija primenjuje istu meru i za iste pretpostavke vezuje iste pravne posledice, pošto su i pretpostavke i posledice pravilom tačno određene.

(2) *Juristička konstrukcija i „Begriffsjurisprudenz”*.⁵⁴ — Pod pravničkom konstrukcijom razume se već odavno naučna obrada jedne istorijskog datе pravne sadržine, sa ciljem da joj se odredi mesto u pravnom sistemu. Sistem predstavlja logičko jedinstvo. Svi pravni odnosi, svi pravno regulisani životni događaji raščlanjavaju se i svode na osnovne pojmove, a ovi se onda sređuju u sistem. Pojmovi predstavljaju kao neka tela, „Körper” (Jering). Ugrađeni su u sistem u hijerarhijskom poretku. Oblik građevine — piramida. Široku bazu čine najniži pojmovi sa zapovestima za neposrednu primenu, pravilima ili normama sa tačno određenom pravnom posledicom za tačno određenu činjenicu ili tačno određeno činjenično stanje.

Kako su koren i osnova privatnog prava u rimskom pravu, to su i Pandekte jezgro čitave pravne nauke koja daje materijal za izgradnju pravnog sistema — pojmove rimskog prava, sa nešto germanskih primesa. Na obrazovanje pravnih pojmova uticala je i sholastika postglosatora. Uticalo je i učenje o prirodnom pravu. U velikoj meri. Udžbenici velikih pandektista vrše odlučujući uticaj na pravničko obrazovanje, a posebno na tumačenje prava.

Dok je konstrukcija služila samo za klasiranje datog materijala, bila je opravdana. Ali, ona je upotrebljena i za tumačenje prava u duhu „logische Geschlossenheit des Rechts”: iz formulisanja i klasiranja istorijski datog materijala izvođena je deduktivnim putem nova pravna sadržina, novi pojmovi. Iz postojećih pravnih pravila „saznavana” su, samom primenom formalne logike, nova pravna pravila: iz poznatih „nižih” pojmova utvrđivani su „viši” pojmovi, pa su, onda, obrnutom operacijom, iz „viših” deducirani „niži” pojmovi — za potpuno nove životne situacije za koje do tada nije postojala već „formirana” norma. Pravno pravilo je nešto što u samome „sistemu” postoji, i što se naprosto „saznaje” isključivo formalno-logičkim rezonovanjem. Zvalo se to „računanje sa pojmovima”, kao da su pravni pojmovi bili matematički simboli.

Osamdesetih godina javlja se kritika. Pobuna protiv metode tumačenja prava koja ne vodi računa o realnosti života. Jering joj daje podmešljiv i pogrdan naziv „Begriffsjurisprudenz”, koji će joj ostati. U književnosti će da raste broj protivnika „jurisprudencije koja operiše sa

⁵³ Izraz neprevodiv. Bukvalni prevod, „logička zatvorenost zakona”, ne kaže ništa. Smisao: savršena potpunost pravnog sistema kao jedne logičke celine, za čije razumevanje, tumačenje i funkcionisanje nije potrebno ništa drugo do primena formalne logike. Ni Francuzi nisu mogli da nađu pogodan, adekvatan termin. Tako, naprimer, Gény (Méthode d'interprétation, I, 1930, str. 193) kaže da je ta nemačka formula „malaisément traduisible”, pa moli za dopuštenje da je slobodno transformiše u formulu „la plénitude logiquement nécessaire de la législation écrite”.

⁵⁴ Nije srećno razlikovanje tumačenja na „logičko” i „gramatičko”, jer mišljenje i jezik spadaju ujedno. *Stammler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1928, str. 272.

⁵⁴ *Max Rümelin, Erlebte Wandlungen in Wissenschaft und Lehre*, 1930; *Philipp Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung*, 1932; — *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 1932; — *Interessenjurisprudenz*, 1933; *R. Stammler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1928, str. 257—260.

pojmovima veštački stvorenim, umesto da stvara pravila koja odgovaraju stvarnom životu” (kako bi moglo opisno da se prevede naziv „Begriffsjurisprudenz”). Javljaće se novi pogrdni nazivi („pandektologija” — Ernst Fuchs).⁵⁵ Za obrazloženja odluka uz primenu metode pravnih konstrukcija kaže se da predstavlja „Kryptosoziologie”, „Begriffsmaskeade”, „Begriffsjuristische Scheinbegründung”, „Scheinonstruktion”.⁵⁶ Borba je bila duga, i žilava. Glavni argument pristalica metode konstrukcija bio je — pravna sigurnost. Zatim, BGB je izgrađen od strane pandektista. Njegovi prvi primenjivači su pandektisti. Sledbenici *Begriffsjurisprudenz*. I zato je *Begriffsjurisprudenz* dugo odolevala veoma snažnim napadima pristalica novih shvatanja o metodama u tumačenju prava i o stvaralačkoj ulozi sudije.

(3) *Cilj u pravu* — *Jering*.⁵⁷ Metodu pravnih konstrukcija podvrgao je oštroj i nemilosrdnoj kritici *Jering*. Istakao je ideju o cilju u pravu kao polaznu tačku celokupnog pravnog rezonovanja: „Cilj je tvorac svega prava” — stavio je kao moto svoga dela „Cilj u pravu”. Bio je pod uticajem engleskog utilitarizma.⁵⁸ Utro je put teleološkom sociološkom pravnom shvatanju, naglašavajući kao praktični zadatak prava — zaštitu ljudskih životnih interesa.

(4) *Praznine u pravu*.⁵⁹ — U trenutku kad je BGB stupio na snagu, još uvek vlada, u sudu potpuno, u književnosti pretežno, ideja o *logische Geschlossenheit des Rechts*. Kad se pojavi nov slučaj za koji nema „formiranog” pravila, metoda pravne konstrukcije („Begriffsjurisprudenz”) potpuno omogućuje da se za njega nađe rešenje. Pravni je sistem, kao celina, potpun. U njemu, dakle, nema praznina. Ali, o prazninama u zakonu počinje da se govori. I sve više. I otvoreno će se jednog dana sagledati stvarnost: nemoguće je da zakonodavac, ma koliko vidovit bio, unapred da rešenja za sve slučajeve, čija su činjenična stanja uslovljena bitno promenljivim životnim uslovima. I reći će se, da je apsolutno nemoguće da se metodom pravnih konstrukcija odgovori novim životnim potrebama. Od naročitog je značaja rekoratski govor *E. Zitelmann*-a, na temu o *prazninama u pravu*. Od tada će taj izraz figurirati u svim udžbenicima građanskog prava, javnog prava, opšte teorije prava, uvoda u pravo, filozofije prava. Biće razlike u mišljenjima o tome da li se može govoriti o „prazninama u pravu”, ili je ispravno samo konstatovati da postoje „praznine u zakonu”.⁶⁰ No važnije od toga je pitanje: kako praz-

⁵⁵ Vidi *Max Rümelin*, *Erlebte Wandlungen in Wissenschaft und Lehre*, 1932, str. 19; *W. Sauer*, *Lehrbuch der Rechts- und Sozialphilosophie*, 1929, str. 213.

⁵⁶ Videti *Ph. Heck*, *Begriffsbildung*, str. 95, 98.

⁵⁷ *Jhering*, *Geist des römischen Rechts, 1852—1865*, 6. izdanje 1907; *Zweck im Recht, 1877—1883*, 4. izdanje 1905 (srpski prevod 1894, 1895, A. Borislavljević); *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 1855*; *Der Kampf ums Recht, 1872*, 21. izdanje 1925. (srpski prevod 1874).

⁵⁸ Cfr. *Harry Lange*, *Die Wandlungen Jherings in seiner Auffassung vom Recht*, 1927.

⁵⁹ *E. Zitelmann*, *Lücken im Recht*, govor održan prilikom stupanja na dužnost rektora Univerziteta u Bonn-u, 1902. godine ujesen; štampan 1903. Studija koja je odigrala veoma značajnu ulogu u bitci između *Begriffsjurisprudenz* i *Interessenjurisprudenz*. Odlučno konstatovanje da postoje praznine, koje se moraju popunjavati tako da se zadovolje nove životne potrebe, a za taj posao je sama logika apsolutno nedovoljna. *Zitelmann*ovim spisom potpuno je oborena fikcija o *logische Geschlossenheit des Rechts*.

⁶⁰ Vidi npr. *Sauer*, *Lehrbuch der Rechts- und Sozialphilosophie*, 1929, str. 240: „Razume se, da ima praznina u pozitivnom pravnom poretku, u zakonskom kao i u običajnom pravu. Ali u „pravu”, u pravnom poretku kao jednoj velikoj celini, ne može biti praznina. Jer za svaki pravni slučaj, koji iziskuje rešenje, mora u smislu prava stav da se zauzme i formalno-logičke praznine da se popune u duhu pravnog poretka”.

nine popunjavati? Za odgovor će biti od odlučnog uticaja učenja koja su se razvila pod nazivima *Interessenjurisprudenz*, *Freirechtbewegung* i *Soziologische Jurisprudenz*. Među njima nazlike u načelnim stavovima i u pojedinostima. Zajedničko im je jedno: odlučna borba protiv *Begriffsjurisprudenz* i shvatanje pravnog pravila kao jednog sociološkog fenomena, a ne samo kao akta volje, pa su stoga ekonomski i socijalni životni uslovi od kauzalnog značaja za sadržinu pravnog pravila.

(5) *Interessenjurisprudenz*.⁶¹ — Naziva se još i „realistički pravac“, „sociološka“ ili „teološka jurisprudencija“. Učenje o metodi za praktičnu pravnu nauku: utvrđivanje principa kojih sudija treba da se drži prilikom rešavanja slučajeva, pa stoga i istraživač koji naučnim radom treba da pripremi rad sudije. Sudija nije pozvan da stvara neki nov poredak, nezavisno od zakonodavca. On sanaduje sa zakonodavcem na ostvarivanju ideala priznatih u jednom datom poretku. Osnovni radni pojam *Interessenjurisprudenz* je *interes*, jer svaka pravna zapovest rešava jedan sukob interesa i predstavlja neku vrstu rezultante njihovih snaga. Zaštita ljudskih interesa ne vrši se u praznom prostoru, nego u ljudskom društvu, dakle u svetu ispunjenom interesima. „Interes“ shvaćen u smislu svakidašnjeg govora: nastojanje ili želja za podmirenjem životnih potreba, za učešćem u životnim dobrima, pa kako su ta dobra već sva podeljena, zadovoljenje jednog interesa vrši se na račun drugih interesa. Zakonsko pravilo već vrši razgraničenje interesa. Ali, zakonski tekst još nije — živo pravo. Tek u sudskoj odluci imamo živo pravo. Prema tome, sudija vrši razgraničavanje interesa u sukobu. I vrši ga u istom duhu kao što je zakonodavac učinio. Ali, zakon nužno ima praznine, a i sam je zakonodavac, često, ostavio široko polje slobodnoj oceni sudijinoj. Naročito, kad je u tekst uneo neodređene pojmove ili generalne klauzule. U takvim situacijama, sudija podvrgava interese u sukobu ocenama vrednosti. Pristom, on vrši odmeravanje interesa. Ali, pored pojedinačnih interesa za čiji sukob ima da nađe rešenje, sudija ima u vidu i interes zajednice, opšti interes, i traži rešenje koje će sva tri interesa zadovoljiti. U tome poslu, sudijina delatnost ne sastoji se nikako u isključivoj „subsumciji činjenica pod normu“. Svakako, to je prvi i osnovni zadatak njegov — kad je norma data u zakonu. Ali, kad u zakonu norme nema, onda je sam sudija stvara. U obrazloženju presude sudija objašnjava kako je i zašto do određenog rešenja došao. On ne sme svoje razloge da prikriva — kako je to ustvari činjeno primenom metode pravnih konstrukcija. Norma koju je sudija stvorio nema važnost zakonske norme. Ne vezuje druge sudije. Ali, ona nije ni u kom slučaju formalno-logičkim putem „izvedena iz viših pojmova“, nego je to norma koju je sudija slobodno pronašao u saglasnosti sa prirodom stvari⁶² — u okviru datog društvenog i ekonomskog poretka. *Interessenjurisprudenz* ne znači oslobođenje sudije od za-

⁶¹ Takozvana *Tübingen*-ska škola, na čijem čelu je prof. *Philipp Heck*, koji joj je i ime dao. Izlaganje u tekstu prema: *Heck*, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 1932; — *Das Problem der Rechtsgewinnung*, 1932; *Interessenjurisprudenz*, 1933; *Max Rümelin*, *Erlebte Wandlungen in Wissenschaft und Lehre*, 1930; *Rudolf Müller Erzbach*, *Wohin führt die Interessenjurisprudenz?*, 1932.

⁶² O „prirodi stvari“ govori još *Dernburg* (navedeno kod *M. Rümelin*, *Erlebte Wandlungen*, str. 33): pod tim treba razumeti životne potrebe koje proizlaze iz istorijskog razvoja datog društva. Dakle, „priroda stvari“ = neposredna životna stvarnost.

koma.⁶³ Kad za određeni slučaj postoji izrična zakonska norma, i kad je jasna,⁶⁴ tu nema nikakve sudijine „slobode”: on je dužan da zakonsko pravilo, takovo kakvo je, i bez obzira na svoja lična shvatanja o njegovoj unutrašnjoj vrednosti, primeni prostom subsumacijom činjenica pod normu. U toj primarnoj delatnosti sudije, primat pripada formalnoj logici. Sudija samo supsidijarno *stvara zapovesti*: kad zakon čuti. A u toj njegovoj supsidijarnoj delatnosti, primat ima ocena interesa u životnoj stvarnosti, formiranje i izricanje sopstvenih sudova vrednosti o interesima u sukobu. No tada — sa onom istom brižljivošću, sa onim istim shvatanjem o cilju zapovesti, kao da je u ulozi zakonodavca koji postavlja jedno opšte pravilo za čitavu vrstu slučajeva. — Doktrinu *Interessenjurisprudenz* prihvatio je *Reichsgericht* u jednoj odluci iz 1922 godine: Pravo ne predstavlja cilj za sebe, već isključivo služi zaštititi i obezbeđenju interesa građana, interesa ličnih i, pre svega, privrednih, a odmeravanje interesa u sukobu sud vrši sa stanovišta interesa zajednice i zato — istražuje *prirodu stvari*. U jednoj drugoj odluci iz istog vremena kaže se: da bi se odredilo šta odgovara prirodi stvari, treba ispitati poslovne namere obeju strana i njihove poslovne interese, jer privredni saobraćaj služi interesima obeju strana, pa stoga svaka od njih, da bi svoje obveze ispunila u skladu sa *Treu und Glauben*, mora da ima obzira prema interesima druge strane, a to i jeste zahtev pravičnosti: kad sudija tumači zakon, on ga prilagođava potrebama života, a posebno ekonomskim potrebama.^{65' 66}

(6) *Freirechtslehre* ili *Freirechtsbewegung*.⁶⁷ — Pokret tzv. „slobodnog prava”. Zahteva se što veće oslobođenje sudije od zakona. Ekstremno učenje čak zahtevalo i potpuno oslobođenje, tako da je sudija ovlašćen da zakonsku normu izmeni, odnosno da joj odbije poslušnost ako nalazi da zakon više ne odgovara potrebama vremena, jer se težište pravnog razvoja ne nalazi ni u zakonu ni u pravnoj nauci, nego u samom životu društva.⁶⁸ Kad sudija u zakonu ne nalazi gotovo rešenje, onda ne može

⁶³ I to je ono čime se *Interessenjurisprudenz* bitno razlikuje od mlađeg pokreta „sociološke jurisprudencije”, zvanog *Freirechtsbewegung*, koji traži puno oslobođenje sudije od zakona. Neupućeni često mešaju *Interessenjurisprudenz* i *Freirechtsbewegung*. Međutim, *Interessenjurisprudenz* je vodila „borbu na dva fronta”: a) protiv *Begriffsjurisprudenz*, i u tome je bila na istoj liniji sa „pokretom slobodnog prava”, i b) protiv toga pokreta, jer smatra da je sudija potčinjen zakonu, dotle dok zakon postoji, i da nije ovlašćen da ispravlja zakonske norme (sem u nekim naročitim, sasvim izuzetnim slučajevima), dok „pokret slobodnog prava” traži puno oslobođenje sudije od zakona (*Heck*, *Begriffsbildung*, str. 9, 10, 111).

⁶⁴ Uporedi čl. 994. Bogišićevog Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru: „Što svak jednako razumije, tome tumača ne treba”.

⁶⁵ *Hedemann*, *Wirtschaftsrecht und Reichsgericht*, str. 229—236.

⁶⁶ „Odmeravanje interesa” i „uzimanje u obzir ekonomskih potreba — pojmovi i termini kojima se na isti način služi francuska teorija zloupotrebe prava („balance des intérêts” i „prospection économique des cas”).

⁶⁷ Izraz „*freis Recht*” upotrebio je prvo *Ehrlich*, *Freirechtsfindung und Freirechtswissenschaft*, 1903. Lansirana misao sticala je pristalice, pa se umesto „*Freirechtslehre*” često upotrebljava izraz „*Freirechtsbewegung*” — pokret slobodnog prava, pri čemu „pokret” treba shvatiti kao čisto idejno prihvatanje i propagiranje misli. Pokret je izvanredno podstakao razvoj generalnih klauzula, naročito § 242, kojem je „dao krila za let u zemlju neograničenih mogućnosti”, kako kaže *Hedemann* (*Die Flucht in die Generalklauseln*, str. 10). S druge strane, pokret je bio prilično diskreditovan usled izvesnih preterivanja sa zahtevom za oslobođenje sudije od zakona. Zbog toga su mnoge pristalice umerenijeg pravca napuštali naziv „*Freirechtslehre*” i zamenjivali ga sa „*soziologische Jurisprudenz*”. Preterivanja se katkad objašnjavaju željom pristalica da se čuju, da na sebe skrenu pažnju, jer su ideje bile potpuno nove. Kako zapaža *Rümelin* (*Erlebte Wandlungen...*, str. 43), postalo je bilo običaj, poslednjih decenija pred prvi svetski rat, kako u politici, tako i u umetnosti i nauci, da se što glasnije viče, ako se nešto želi dobiti.

⁶⁸ *Eugen Ehrlich*, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913, predgovor.

biti vezan zakonom; ali on nije vezan ni onda, kad, u vreme donošenja odluke, postojeća državna vlast ne bi pravni odnos u pitanju regulisala na onaj način na koji je to zakonskim tekstom učinjeno. U obe ove situacije sudija treba potpuno slobodno da oblikuje pravo.⁶⁹ Sva vrednost slobodnog iznalazačenja prava je u ličnosti sudije, koji vodi računa o živim snagama u društvu, pa ocenjivanjem i poređenjem interesa u sukobu stvara pravila koja važe *in concreto*.

(7) *Sociološka ili teleološka metoda*. — Nije uvek lako razdvojiti „Interessenjurisprudenz“, „Freirechtslehre“ i „Soziologische Jurisprudenz“. Ali, nisu važne etikete. Kad se odbace preteranosti „frajrehtlera“ i „sociologa“, sva učenja koja se pod tim raznim nazivima javljaju mogu da se svedu na zahtev za primenu sociološke teleološke metode u pravnoj nauci i u delatnosti sudije kome je zakonodavac ostavio da pronade adekvatno pravilo po kojem konkretni slučaj treba da bude raspravljen, — nasuprot ranije vladajućoj metodi konstruktivne jurisprudencije sa isključivom primenom formalne logike. Ističe se, naglašava i smatra neophodnim zahtev za vođenje računa o živom pravu i životnoj stvarnosti, nasuprot ranijoj *Lebensfremdheit*. Stalno pokretljiv i neprekidno promenljiv društveni život ne da se stegnuti u kalupe formalnih kategorija. Za nove pojave, neophodna nova pravila. U poslovnom životu iskrsavaju novi načini poslovnog dogovaranja i pravnog utvrđivanja, a stvorene situacije ne daju se nikako „subsumirati“ pod pravila koja su za druge situacije stvorena. Treba nalaziti rešenja koja odgovaraju prirodi stvari, ali te nove, konkretne stvari, koja iziskuje iznavnanje pojedinačnih interesa prema njihovoj tipičnoj vrednosti, utvrđenoj sa stanovišta interesa zajednice. Pravne pojmove, institute, teorije treba razumeti samo iz njihove funkcije, prema ideji o cilju, koja nosi pravno pravilo: namenjeno regulisanju života u većitom pokretu, i ono mora biti sposobno da se prilagodi novim pojavama. A to može samo široko formulisano pravilo. Usko, pojedinačno zakonsko pravilo nikad ne može da vodi računa o nijansama u oblikovanju ljudskih odnosa. Na područjima na kojima nijansa nije od značaja, gde je sigurnost i red jedini razlog i jedini cilj pravila,⁷⁰ pojedinačno pravilo je na svome mestu, jer tu *jus strictum* ne može nikad da bude u sukobu sa pravičnošću, i nema nikakve potrebe za „prilagodavanjem“. Ali, to su elementi statike. Tamo, gde je dinamika u pitanju

⁶⁹ *Gnaeus Flavius*, Kampf un die Rechtswissenschaft, 1906, str. 41. Ime „Gnaeus Flavius“ je pseudonim pod kojim uleće u borbu za „slobodno pravo“. *Hermann Kantorowicz*, profesor Krivičnog prava i pravne filozofije na Univerzitetu u Frajburgu. Ime — borbeno ime piščevo u pohodu za novu nauku kojoj daje naziv „freirechtliche Bewegung“. Naslov knjige evocira uspomenu na čuveno delo Jeringovo. („Kampf ums Recht“) i predstavlja borbeni poklič. Osnovna težnja: da se snizi vrednost formalnih izvora prava (zakona i običaja) i da se pravo uputi prema sociologiji. Evo šta o knjizi kaže autoritativan sudija, objektivan posmatrač, *François Gény*: Borbeni poklič, zvučan i prodoran, nametnuo se pažnji svlju; pisac se poslužio pamfletskim maniorom, konisteći ratničko ime poznato pravnicima, da bi podstakao njihovu radoznalost; brošuru izdao sa koricama živo crvene boje; izlaganje pisano živahnim stilom, ostrim, po potrebi violentnim, prošarano površnim istorijskim osvrtima, nebuloznim filozofskim razmatranjima, političkim ili trivijalnim aluzijama; ... ali — postavio je novu tezu o „slobodnom pravu“. — Među piscima koji su se izjasnili za „slobodno pravo“, treba naročito da se pomenu *Ernst Fuchs* (advokat u Karlsruhe), *Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz*, 1908; — *Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz*, 1909; — *Umgehung des Gesetzes*, 1913; *Ernst Stampe* (profesor u Grajfwaldu), *Die Freirechtsbewegung*, 1911; — *Grundriss der Wertbewegungslehre*, 1912.

⁷⁰ Sasvim je svedjedno, da li će se voziti desnom ili levom stranom puta; da li će granica punoletnosti biti 18 ili 21 godina; koji će se menični elementi smatrati bitnim. Tu ne može biti nikakvog „individualisanja“ slučajeva. Pravna sigurnost, i upravo potrebe pravnog saobraćaja, nužno nalažu strogu primenu jedinstvenog pravila, sa potpuno jednoobraznim rešenjima.

— umesto pojedinačnog pravila, potrebe pravnog saobraćaja mogu da zadovolje samo široka ovlašćenja data sudiji neodređenim pojmom, izričnim upućivanjem na slobodnu ocenu ili generalnom klauzulom. A tada, sudija može valjano da odgovori svome zadatku samo primenom sociološke ili teleološke metode: opservacija socijalnih fenomena, praćenje društvenih kretanja i zbivanja, saznavanje merila vrednosti koja poslovni život autonomno stvara i primenjuje, dovođenje zapaženoga u sklad sa ciljevima koje postavlja postojeći pravni poredak. Stoga je nezbežno jedno *Richterrecht* ili *Gerichtsrecht*, koje se stvara upravo na osnovu ovlašćenja u generalnoj klauzuli. Po funkcionalnom učenju, smisao i cilj prava je u njegovoj primeni. „Pravo” koje ostaje samo na hartiji — nije *pravo*. „Pravni slučaj” je jedan isečak iz društvenog života. Da bi za „slučaj” dao valjano rešenje, sudija mora da poznaje život u kojem je slučaj nastao. Jer „slučaj” je sukob ljudskih interesa, a nije to skup apstraktnih obeležja nekog pravnog pojma. Treba razumeti žive ljude koji delaju kao akteri „slučaja”; shvatiti njihove želje, namere, ciljeve; utvrditi, odmeriti, oceniti ostvarenja; izreći sudove o postupcima, o rezultatima. „Slučaj” se sastoji od činjenica spoljašnjeg sveta. Njih treba pravilno utvrditi, da bi se saznalo u čemu je suština sukoba. To je saznavanje sociološkog objekta, i to je prvi deo svake pravničke delatnosti. A kad su činjenice pravilno ocenjene sa životnih pozicija, treba putem *pravne ocene* pronaći odgovarajuću pravnu normu. Ako je slučaj u potpunosti regulisan pojedinačnim pravilom, posao je potpuno rutinski: podvođenje činjenica pod postojeće pravilo i izricanje pravne posledice. Ali, ponekad jedno isto činjenično stanje može da se podvede pod dve ili više normi, a da svaka od tih subsumacija bude formalno-logički ispravna. Zato, valja tačno utvrditi odgovarajuću normu, s obzirom na sve konkretne okolnosti. I zato — analitička individualizacija slučajeva: poređenje predmeta sa njegovim merilom, da bi se pronašlo koje tačno merilo u konkretnoj situaciji može, sme da bude primenjeno; poređenje sličnih slučajeva, koji su po opštim obeležjima veoma slični, pa možda čak i istovetni, ali u nekim pojedinostima pokazuju veoma značajne razlike, o kojima — jer pravičnost tako malaže — mora da vodi računa. Iskustvo izoštava pogled za osobenosti, za podrobnosti. Zato se sudija poredi sa lekarom specijalistom, „velikim kliničarem”. I sudija mora da raspolaze „kliničkim iskustvom”, jer samo onda može da donese odluku koja doista odgovara osobenostima slučaja.⁷¹

(8) *Sudija i zakon*. — Kroz sva pregledana „učenja” provlači se crvena nit: — uloga sudije u oblikovanju pravnih odnosa. Tokom 19. veka nećemo sudiji da priznamo stvaralačku ulogu. U želji za „pravnom sigurnošću” potpuno zatvaramo oči pred stvarnošću. Živimo sa fikcijom da su sva rešenja unapred data, a sudija samo „pronalazi” volju zakonodavca. On je pravni automat u koji se samo ubacuju činjenice; njegov logički mehanizam će iz zakona izvući rešenja. Ali, ni u 19. veku nisu svi tako mislili. Još 1825 iznaženo je u književnosti shvatanje:⁷² kad sudija popunjava zakonsku prazninu, imaće da odluči onako „kako bi to i sam zakonodavac učinio i dosledno morao da učini, kad bi smeo sam u sva-

⁷¹ *Wilhelm Sauer*, Lehrbuch der Rechts- und Sozialphilosophie, str. 244—247.

⁷² *Jordan*, Bemerkungen über den Gerichtsgebrauch (Archiv für die civilistische Praxis, 1825, Bd. VIII, S. 191—260). — Podatak navodim prema *Gény* (Méthode d'interprétation, II, 1932, p. 342).

kom pojedinom nastupelom slučaju odluku da izriče"; (*wie es der Gesetzgeber selbst tun würde und consequent tun müsste, wenn er sich selbst für jeden einzelnen eingetretenen Fall aussprechen dürfte*).⁷³ No ta je misao dugo vremena ostala bez odziva. Ideja o logičkoj potpunosti zakona pokriva strah od sudijske samovolje, od proizvoljnosti; strahuje se da ne bi bilo ni jednoobraznosti u suđenju, ako bi se slobodnoj oceni sudije ostavilo iole šire polje.⁷⁴ Dugo će morati da se čeka na priznanje da u pravu postoje praznine. I još duže na priznanje da zakonski tekst predstavlja samo jedan pokušaj za ostvarenje pravnog poretka. Samo pripremu, jer će tek delatnost sudije konkretizovati zapovest zakonsku. Prilikom primene, sudija tumači zakon, a to tumačenje je mnogo manje „utvrđivanje volje zakonodavca”, i mnogo više — utvrđivanje socijalnog i ekonomskog cilja zakona. Kad je upućen na generalne klauzule, sudija donosi sudove vrednosti, da bi mogao da kaže šta odgovara, šta ne odgovara principima *Treu und Glauben* i *gute Sitten*, šta je u skladu sa interesima zajednice, a sve to — kaže se — da bi zadovoljio životne potrebe društva.⁷⁵ Potreba je, sigurno, i predvidljivost sudskih odluka i sigurnost pravnog saobraćaja. Zato se nalaže izvesna opreza prilikom konišćenja generalnih klauzula od strane zakonodavca, a od sudije se traži da njihovu suštinu jasno sagleda i da ih krajnje obazrivo upotrebljava.⁷⁶

Mil. Č. Marković

LES CLAUSES GÉNÉRALES

R É S U M É

L'auteur recherche dans le droit allemand l'équivalent de la théorie du *standard juridique* telle qu'elle a été développée par le professeur Roscoe Pound en Amérique et acceillie par la littérature française. Il constate que le terme même de *standard juridique* n'est pas employé par les auteurs allemands, qui trouvent dans leur terminologie nationale le mot „*Generalklausel*” correspondant entièrement à la notion exprimée par le terme anglo-américain de „*legal standard*”. Dans le présent travail, il est établi un premier contact avec le „*Generalklauseln*” du B.G.B.: il est montré leur apparition dans le code civil et, avant d'aborder leur étude dans l'oeuvre jurisprudentielle, que l'on se propose à faire, il est donné un bref aperçu de la lutte des idées concernant la méthode d'interprétation et le rôle du juge qui s'est poursuivie en Allemagne vers la fin du XIX et au début du XX siècles.

⁷³ Misao, koja će tek krajem 19. veka naći izraz u Bogišićevom Opštem imovinskom zakoniku za Crnu Goru (1888) i početkom 20. veka u Švajcarskom građanskom zakoniku (1907).

⁷⁴ Interesantno je uporediti sa jednim aforizmom Bekonovim (Francis Bacon First Baron of Verulam, 1561—1626): „Optima est lex que minimum reliquit arbitrio iudicis, et optimum iudex qui minimum sibi”. (De iustitia universalis, Aforismus XLVI). — Navedeno kod Génys, *Méthode d'interprétation*, I, str. 213, prim. 1.

⁷⁵ Ovom sekvencom misli obuhvaćeno je razdoblje od tridesetak godina, sa piscima: Fr. Adickes, *Zur Lehre von Rechtsquellen*, 1872; O. Bülow, *Gesetz und Richteramt*, 1885; E. Zitelmann, *Die Gefahren des bürgerlichen Gesetzbuchs für die Rechtswissenschaft*, 1896; E. Steinbach, *Die Moral als Schranke des Rechtserwerbs und der Rechtsausübung*, 1898; E. Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, 1903.

⁷⁶ Hedemann, *Die Flucht in die Generalklauseln*, str. 74, 76.

