

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА
РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

ИЗДАВАЧ:
Удружење правника Републике Српске

ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ УРЕДНИК:
Академик проф. др Рајко Кузмановић

РЕДАКЦИЈА:
Проф. др Снежана Савић,
проф. др Рајко Кузмановић, проф. др Миодраг Симовић,
проф. др Валерија Шаула, проф. др Миле Дмичић,
проф. др Никола Мојовић, проф. др Душко Медић,
проф. др Енес Хашић

ИЗДАВАЧКИ САВЈЕТ:
Проф. др Витомир Поповић,
проф. др Марко Рајчевић, др Драган Голијан,
Јован Чизмовић, Маринко Плавшић, Ирена Мојовић,
др Слободан Станишић, Амор Букић, Слободан Гаврановић,
Недељко Милијевић, др Тихомир Глигорић,
Биљана Марић, проф. др Милан Томић.

Часопис „Правна ријеч“ излази два пута годишње

СЈЕДИШТЕ РЕДАКЦИЈЕ ЧАСОПИСА
Ул. Веселина Маслеше бр. 28/1, Бања Лука
Телефон/факс: 051/212-320
www.udruzenjpravnika.org

ПРАВНА РИЈЕЧ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

Удружење правника Републике Српске је почетком 1996. године, а крајем 2003, доношењем статутарних, програмских и других докумената, обновљено и утемељено као стручна, самостална, нестраначка организација правника у Републици Српској.

„Правна ријеч“, часопис за правну теорију и праксу, установљен је као гласило Удружења правника Републике Српске, који доприноси остваривању заједничких програмских интереса правника, професионалном унапређивању правне струке и развијању највиших моралних вриједности, правне етике и правне културе.

Часопис објављује чланке научног и стручног карактера из свих области права, те теоријска истраживања и студије из упоредног права и нашег права, као и материјале са научних, стручних и консултантских јавних расправа и других скупова правника. Часопис ће објављивати реферате, саопштења и дискусије са традиционалног савјетовања „Октобарски правнички дани“, под називом „Изградња и функционисање правног система“. У њему ће се поклонити пажња свему ономе што се у нашем правном животу и друштву у цјелини збива, а што доприноси стварању владавине права и модерне правне државе и изграђивању и нормалном функционисању нашег правног система. На његовим странама објављују се и одабране одлуке из судске, управне и арбитражне праксе, осврти и прикази нових књига из правне књижевности, као и разноврсни прилози из свакодневне правничке праксе.

Као гласило Удружења правника Републике Српске, часопис прати дјеловање правничке организације и о њој обавјештава читаоце и укупну јавност.

Број 28

Година VIII

БАЊА ЛУКА, 2011.

САДРЖАЈ

ГРАЂАНСКОПРАВНА ОБЛАСТ	11
Akademik prof. dr Slobodan Perović: GRAĐANSKOPРАВNA ODGOVORNOST I NAČELO KAUZALITETA	13
Стварно право	
Prof. Dr Petar Simonetti: PRAVO IMATI ZGRADU NA TUĐEM ZEMLJIŠTU (od ustanove koje prethode rimskom superficiesu do prava građenja)	21
Prof. dr Duško Medić: ZAŠTITA PRAVA SVOJINE	47
Prof. dr Vlado Belaj: POSEBNA PРАВNA UREĐENJA GLEDE GRAĐENJA NA DOBRIMA (NEKRETNINAMA) OD INTERESA ZA REPUBLIKU HRVATSKU	69
Проф. др Мирослав Лазих, доц. др Нина Планојевић: СЛУЖБЕНОСТИ И СУСЕДСКА ПРАВА У СТВАРНОМ ПРАВУ ЦРНЕ ГОРЕ	87
Dr Draginja V. Vuksanović: SUD ILI OVLAŠĆENO LICE U POSTUPKU NAMIRENJA HIPOTEKARNOG POTRAŽIVANJA	105
Mr Душко М. Челић: ПОРЕКЛО И ОСНОВ САМОСТАЛНЕ ЗАШТИТЕ ДРЖАВИНЕ	117
Јелена Бркић, М.А.: ДОМАШАЈ НАЧЕЛА ОФИЦИЈЕЛНОСТИ У ЗАЛОЖНОМ ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ	131
Милош Михајловић: РЕДОВНИ ОДРЖАЈ	145
Облигационо право	
Проф. др Бранко Мораит: О ОДНОСУ ТЕОРИЈСКИХ И ЗАКОНОДАВНИХ РЈЕШЕЊА СИСТЕМА НОРМИ И ИНСТИТУТА КРИВИЦЕ У ОБЛИГАЦИОНОМ ПРАВУ	157

Prof. dr Silvija Petrić: NEIMOVINSKA ŠTETA U ZAKONU O OBVEZNYM ODNOSIMA REPUBLIKE HRVATSKE	169
Проф. др Драган Боланча: НОВА ЗАКОНСКА ПРАВНА ВРЕЛА ОСИГУРАЊА У РЕПУБЛИЦИ ХРВАТСКОЈ	193
Проф. др Владимир Чоловић: СТАТУС ПОСРЕДНИКА У ОСИГУРАЊУ	205
Мр Слободан Илијић: ПОСТУПАК ЗА НАКНАДУ ШТЕТЕ КОД ОСИГУРАВАЧА У ОБАВЕЗНОМ АУТООСИГУРАЊУ	223
Мр Belma Вајрић: ISPRAVE U OSIGURANJU	243
Срђан Радуловић: (НЕ)МОГУЋНОСТ ЗЛОУПОТРЕБЕ ПРАВА НА НАКНАДУ ШТЕТЕ	253
Породично право	
Проф. др Марија Крвавац, доц. др Олга С. Јовић: ВРШЕЊЕ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА – СУКОБ ЗАКОНА	265
Prof. dr Nebojša Šarkić, doc. dr Milan Počuča: USTANOVE KOJE SU IŠČEZLE IZ PORODIČNOG ZAKONODAVSTVA	283
Др Дарко Радић: РАСПОЛАГАЊЕ ЗАЈЕДНИЧКОМ СТВАРИ – РЕЛАТИВИЗАЦИЈА ЗАБРАНЕ РАСПОЛАГАЊА СТВАРИМА У ЗАЈЕДНИЧКОЈ СВОЈИНИ БЕЗ САГЛАСНОСТИ СВИХ ЗАЈЕДНИЧАРА	297
Мр Nada Grahovac: SMJEŠTAJ DJECE BEZ ADEKVATNOG RODITELJSKOG STARANJA U DOM	311
Мр Димитрије Ђеранић: МИРЕЊЕ СУПРУЖНИКА У ПОСТУПКУ ЗА РАЗВОД БРАКА	321
Мр Тања Китановић: УТИЦАЈ РАЗВОДА БРАКА НА РОДИТЕЉСКО ПРАВО	337

Насљедно право

Prof. dr Ilija Babić:
OSTAVLJANJE LEGATA 351

Dunja Popivoda:
PLODOUŽIVANJE U NASLEDNOPRAVNIM UGOVORIMA 369

Грађанско – процесно право

Проф. др Гордана Станковић:
ОСНОВНА НАЧЕЛА ВАНПАРНИЧНОГ ПОСТУПКА 383

Проф. др Ранка Рачић:
УКИДАЊЕ ПРВОСТЕПЕНЕ ПРЕСУДЕ И ВРАЋАЊЕ
ПРАВНЕ СТВАРИ НА ПОНОВНО ОДЛУЧИВАЊЕ 397

Проф. др Душица Палачковић:
ЕВРОПСКИ ПОСТУПАК ЗА СПОРОВЕ МАЛЕ ВРЕДНОСТИ 409

Doc. dr Slobodan Stanišić:
НЕКА SPORNA PITANJA U VEZI OCSJENE I
RAZGRANIČENJA STVARNE NADLEŽNOSTI GRAĐANSKIH I
PRIVREDNIH SUDOVA U BOSNI I HERCEGOVINI 423

Доц. др Владимир Боранијашевић:
ДОПУНСКА ПРЕСУДА У ПАРНИЧНОЈ ПРОЦЕДУРИ
РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ 445

Irena Mojović:
NOTARSKA JAVNA IZVRŠNA ISPRAVA 459

Mr Ivan Belaj, Željka Vajda Halak:
JAVNI OVRŠITELJ – NOVI INSTITUT HRVATSKOG
PRAVNOG SUSTAVA 483

Вукашин Д. Ристић:
ПРАВНИ ЛЕКОВИ И ПРАВНА СРЕДСТВА У ГРАЂАНСКОМ
ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ И РЕПУБЛИЦИ
СРПСКОЈ – СЛИЧНОСТИ И РАЗЛИКЕ- 495

III КАТЕДРА

ПРИВРЕДНОПРАВНА ОБЛАСТ 511

Проф. др Мирко Васиљевић:
ОПШТИ (ФИЛОЗОФСКОПРАВНИ ПОГЛЕД НА
РАЗВОЈ ИНСТИТУТА УПРАВЉАЊА КОМПАНИЈАМА
У УПОРЕДНОМ ПРАВУ И ПРАКСИ 513

Проф. др Марко Рајчевић:
УПРАВЉАЊЕ ЈАВНИМ ПРЕДУЗЕЊИМА И ДРУШТВИМА
КАПИТАЛА ПО ПРОПИСИМА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ 535

Проф. др Михаило Велимировић:
ОСТВАРИВАЊЕ ПРАВА ПОБИЈАЊА У СТЕЧАЈУ 547

Проф. др Данче Манолева Митровска, мр Владимир Митревски:
ПОСРЕДОВАЊЕ И ЗАСТУПАЊЕ У ОСИГУРАЊУ У ПРАВУ
РЕПУБЛИКЕ МАКЕДОНИЈЕ 565

Проф. др Дара Миленовић:
СТЕЧАЈНИ УПРАВНИК 579

Проф. др Миодраг Мићовић:
ПРОДАЈА ФИНАНСИЈСКИХ УСЛУГА НА ДАЉИНУ 593

Prof. dr Snežana Miladinović:
ZAŠTITA KONKURENCIJA U SVIJETLU KONCEPTA
FUNKCIONALNE KONKURENCIJE 603

Проф. др Мирослав Милосављевић:
УГОВОР О ЛИЗИНГУ У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ И
РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ 615

Проф. др Љубиша Дабић:
ПРИВРЕДНЕ КОМОРЕ (упоредноправни приступ) 633

Prof. dr Ljiljana Lučić:
PRAVNI OKVIR ZA ELEKTRONSKO POSLOVANJE U
REPUBLICI SRBIJI 657

Prof. dr Miroslav Vrhovšek, doc. dr Vladimir Kozar:
OBEZBEĐENJE POTRAŽIVANJA BANKARSKOM GARANCIJOM U
REPUBLICI SRBIJI I ZEMLJAMA U REGIONU 675

Prof. dr Mirjana Knežević:
ZNAČAJ FINANSIJSKOG LIZINGA U SAVREMENOM
POSLOVANJU 689

Prof. dr Drago Divljak, Branimir Nešić: PРАВNA ЗАШТИТА СТРАНИХ ИНВЕСТИЦИЈА У СRПСКОМ I RУСКОМ PРАВУ	703
Проф. др Драган Вујисић, Доц. др Синиша Варга: ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ПОТРОШАЧА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ	715
Проф. др Дијана Марковић Бајаловић: ХАРМОНИЗАЦИЈА ПРАВИЛА О УПРАВЉАЊУ У ДРУШТВИМА КАПИТАЛА	729
Doc. dr Vladimir Kozar: PRENOS IMOVINE I OBAVEZA BANKE U POSTUPKU ADMINISTRATIVNOG UPRAVLJANJA	743
Mr Mirela Čokić: REORGANIZACIЈA PRIVREDNOG DRUŠTVA U FUNKCIЈI DRUŠTVENO ODGOVORNOG POSLOVANЈA U BIH S POSEBNIM OSVRTOM NA POLOЖAJ STEČAJNIH POVJERILACA	755
Финансијско право	
Сузана Димић: САВРЕМЕНЕ ТЕНДЕНЦИЈЕ У СИСТЕМУ ПОРЕЗА НА ДОДАТУ ВРЕДНОСТ	773
Цвјетана Цвјетковић: ОПОРЕЗИВАЊЕ ЕМИСИЈЕ УГЉЕН - ДИОКСИДА КАО ИНСТРУМЕНТ ЗАШТИТЕ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ	781

ГРАЂАНСКОПРАВНА ОБЛАСТ

ГРАЂАНСКОПРАВNA ODGOVORNOST I NAČELO KAUZALITETA

Akademik prof. dr Slobodan Perović*

***Apstrakt:** Rad obrađuje građanskopravnu odgovornost i načelo kauzaliteta.*

***Ključne riječi:** Štetni akt, građaskopravna odgovornost, uzročna veza.*

Opšte pitanje. – U građanskopravnoj odgovornosti, pitanje uzročne veze između preduzetog štetnog akta i njegove posledice u smislu nastupele štete (problem kauzaliteta), u stvari se svodi na sledeći upit: pošto je svaki akt posledica brojnih uzroka koji u lančanom nizu opet imaju svoje uzroke – koji uzrok treba uzeti kao pravno relevantnu činjenicu, da bi, uz druge neophodne uslove (šteta, krivica, opasna stvar) primenili sankciju naknade štete.

Praktično, nekada je to jednostavno ustanoviti, jer se preduzeti štetni akt, po prirodi same stvari, javlja kao neposredni uzrok štete (npr. oštećena tuđa stvar, telesna povreda, neosnovano lišenje slobode kretanja), ali u mnogim drugim slučajevima štetni akt proizvodi i dalje posledice koje se u buduće često umnožavaju ili uvećavaju u „beskrajnom“ nizu drugih posledica (npr. neko je u svađi nedozvoljenom fizičkom silom sprečio drugog da stigne na zakazani avionski let, pa je u sledećem letu, usled avionske nesreće, to lice pretrpelo ozbiljne povrede koje su prouzrokovale njegovu umanjenu životnu i profesionalnu aktivnost). Postavlja se pitanje da li, u konkretnom slučaju, štetnik odgovara samo za nanesenu fizičku prinudu i pretrpljeni bol ili i za dalje posledice koje su otuda proizašle, sve do umanjene životne aktivnosti i prestanka bavljenja profesionalnom delatnošću, kao i zbog svih drugih posledica umanjene životne sposobnosti koje proizilaze iz širokog područja prava ličnosti.

Dakle, iz ovih navedenih primera proizilazi pitanje osnova i obima naknade štete, s obzirom na kauzalni odnos uzroka i posledice.

Metapравни pogled. – Nema pojave bez uzroka, koji bi sam za sebe bio „apsolutna supstanca“ (causa sui). U njenoj kompoziciji uvek je prisutna posledica koja u određenoj situaciji predstavlja novi uzrok sledeće posledice i koja na taj način čini nepregledni proces kretanja prirodnih i socijalnih pojava (sukcesija ili sledovanje događaja). Odnos između ove dve kvalifikovane pojave, poznat kao načelo kauza-

* Академик проф. др Слободан Перовић, председник Савеза Удружења правника Србије и Републике Српске.

liteta, činio je, još od antičkog vremena, predmet razmatranja različitih disciplina, uglavnom metapравnih, a to znači da je problem kauzaliteta jedno od prioriternih i suštinskih pitanja, pre svega, prirodnih i egzaktnih nauka, a zatim logike, opšte filozofije, sve do teologije i metafizike.

Iako brojna saznanja o kauzalitetu u ovim naukama nisu do danas dostigla potrebni stepen ujednačenosti, ona su se odrazila i na područje prava i правне науке, ali samo u vidu nekog odjeka, bez neposrednog uticaja na konkretna rešenja pojedinih правних pitanja. Drugim rečima, правна наука i još više правна пракса, nisu okupirani poreklom i suštinom kauzaliteta kao prirodne pojave, već samo onoliko, koliko je neki događaj ili određeni akt činjenja ili nečinjenja, правно relevantan za određenu правну situaciju, pre svega, u oblasti krivičnog prava, a zatim i u oblasti грађанскоправне одговорности, pa i јавноправне одговорности.

To ne znači da se правна теорија nije bavila ovim pitanjem. I ona je stvorila brojne теорије каузалитета, ali samo sa svog становишта, uglavnom u materiji одговорности i bez ikakve ambicije da se upusti u suštinu општег природног закона каузалне моћи. Doduše, filozofija prava je u tom pogledu nešto više učinila, ali i ta saznanja ostala su na margini опште матице каузалитета kao универзалне природне појаве.

Da u ovom delu zaključimo: načelo каузалитета u oblasti prava, zakonodavstva, праксе i правне науке, јавља се u drugačijoj dimenziji u odnosu na prirodne науке. Ovde, узрочна veza između deliktne radnje i nastupele štetne posledice, uzima se u obzir samo kao jedan od potrebnih uslova одговарајуће vrste одговорности, i u tom smislu правна наука je izgradila svoje теорије узроčnosti koje одговарају природи одређеног правног pitanja, bez ulaženja u suštinu каузалних закона природе.

Razume se, sve ove теорије inspirisane su naporom da u nepreglednom nizu узроčno-posledične veze, одреде koje узроке treba tretirati kao правно relevantne okolnosti. Drugim rečima, gde, sa становишта konkretne правне установе, taj lančani niz treba preseći tako da se neke dalje ili veoma udaljene posledice ne uzimaju u obzir prilikom primene одговарајуće sankcije. Upravo, o tim теорijama biće dalje reći, sa napomenom da je ceo problem каузалитета sa gledišta практичне primene prava i судске праксе, daleko једноставнији u odnosu na apriorne правне теорије koje su nikle, naročito u poslednja dva veka, na području evropske правне civilizacije.

Теорија једнакости услова. – Prema ovoj теорiji, svi uslovi koji доводе do одређене posledice su подједнако важни i stoga, sa gledišta каузалитета, imaju istu вредност. Izostanak samo једног услова sprečio bi nastupanje одговарајуće posledice. Dakle, prema ovom shvatanju, svaka posledica ima onoliko узрока, koliko i услова, bez obzira da li su oni, po svom dejstvu, neposredni ili посредni u odnosu na posledicu. Stoga, samo svi uslovi uživaju isti tretman, zbog čega se ovo shvatanje još naziva теорijom *ekvivalencije* koja već u samom nazivu upućuje na једнакост, odnosno еквиваленцију свих услова. Samo njihova kumulacija (skup) доводи do posledice, jer izostanak samo једног услова prekida каузалnu vezu, zbog čega je ova теорија poznata i pod imenom теорије *conditio sine qua non*.

Očigledno, da ova teorija, i pored logičkog i filozofskog mogućeg opravdanja, ne može u svemu biti prihvaćena u konkretnoj pravnoj situaciji. Njena dosledna primena vodila bi do pravnih dugotrajnih procesa utvrđivanja svih uslova (često i nemogućih u dokaznom postupku pred sudom) koji su različiti po određenim posledicama u deliktnom pravu, a zatim, njena konsekventna primena vodila bi u pravnu nesigurnost, posebno, ako bi svi uslovi, a to znači i svi posredni uslovi, bili pravno relevantne okolnosti. To bi se, bez sumnje, odrazilo, ne samo na nepravednu visinu naknade štete, već i na opštu pravnu svest o pravednom i nepravednom pravu. Ovo tim pre, što ova teorija nije sa dovoljno argumenata objasnila razliku između uslova i uzroka u smislu načela kauzaliteta.

U zaključku, čini se da se može konstatovati da se ova teorija može razumeti sa gledišta izvesnih metapравниh disciplina (npr. sa gledišta logike), ali ne i sa stanovišta pravne prakse i pravne nauke. Kao što je već rečeno, ova teorija ne pravi razliku između neposrednih i posrednih uslova u lančanom nizu kauzaliteta, a celo pitanje uzročnosti upravo se svodi na kvalifikaciju neposrednih i posrednih uslova i koje posredne uslove treba uzeti kao pravno relevantne okolnosti u postupku izricanja sankcije naknade štete.

Teorija neposrednog uzroka. – Za razliku od teorije jednakosti uslova, ova teorija u kauzalnom nizu uzroka i posledica, uzima kao pravno relevantan samo onaj uzrok koji je i vremenski i prostorno najbliži nastupeloj posledici, odnosno onaj uzrok koji je neposredno prouzrokovao posledicu, zbog čega se ova teorija i naziva teorijom neposrednog uzroka.

U stvari, kao što je već rečeno, štetna posledica je rezultat niza pojava i činjenica među kojima se nalaze neposredni i posredni uzroci prouzrokovane štete. Prema ovoj teoriji, u obzir se uzimaju samo neposredni, a ne i posredni uzroci, što znači da je relevantna samo ona okolnost koja je neposredno i direktno dovela do štetne posledice. Teorija neposrednog uzroka prihvaćena je u određenom broju uporednog zakonodavstva, npr. ona je usvojena u romanskim pravnim sistemima, gde centralno mesto ima francuski Građanski zakonik (čl. 1151), prema kome, kada neizvršenje ugovora proizilazi iz dužnikove zle namere, naknada štete treba da obuhvati samo ono što je neposredna i direktna posledica neizvršenja ugovora.

Ako se, sa gledišta pravne sigurnosti, ova teorija posmatra u odnosu na prethodnu, bez sumnje, ona unosi veći stepen izvesnosti, i to, kako u pogledu osnova, tako i u pogledu visine naknade. Ipak, i pored dobrih strana, ovoj teoriji se mogu staviti izvesne primedbe, upravo sa stanovišta kategoričnog odbijanja svakog daljeg uzroka izvan neposrednog, jer je životna realnost često takva da se u kontekstu činjeničnog stanja ne može uvek automatski odbaciti svaka dalja posledica onog uzroka koji je u „organskoj“ vezi sa nastupelom posledicom. Stanovište o neposrednom uzroku štetne posledice, potiče još iz rimskog prava, iz perioda Akvilijevog zakona (Lex Aquilia donet 287. godine pre n.e.) koji je kod uzročne veze tražio da ona mora biti neposredna i direktna - *damnum corpori corpore datum*. Primenjujući ovo pravilo, pod udar ovoga zakona nisu dolazili slučajevi kada je šteta proizašla

posrednom uzročnom vezom, jer se pomenuto pravilo usko tumačilo. Međutim, u kasnijem, tzv. klasičnom periodu, zaslugom pretora, ovo pravilo se u određenoj meri (štete nastale propuštanjem, odnosno uzimani su u obzir i neki slučajevi nastali posrednom uzročnom vezom) proširilo upotrebom analognih tužbi (actiones utiles ad exemplum legis Aquiline ili actines in factum) koje se nisu pozivale na pravni osnov, već na konkretno činjenično stanje. Takva praksa je nastavljena u kasnijim periodima razvoja rimskog prava, što znači da je teorija neposrednog uzroka trpela izvesna proširenja još od vremena njenog izvora.

Drugim rečima, nekada je teško, pa možda i nemoguće, razdvojiti i kvalifikovati činjenice na neposredne i posredne uzroke, posebno, kada one čine jednu realnu i nedeljivu celinu. Razume se, ovim se ne želi reći da treba postupiti po načelima prethodne teorije, koja se beskrajno proteže na sve uslove povezane kauzalnom athezijom, ali teorija neposredne uzročnosti u njenoj praktičnoj primeni mora biti fleksibilnija od jednostrane matematičke dogme, ako želi da odgovori „sili“ života i pravičnosti kao konkretizovanoj pravdi.

Upravo na toj tezi, druge teorije uzročnosti izgradile su svoje poglede, koje takođe trpe izvesne kritike, ali koje, čini se, sa većim stepenom realnosti pokušavaju da reše problem uzročnosti kao neophodni uslov deliktne odgovornosti. U tom smislu, treba pomenuti još i teoriju pretežnog (prevalentnog) uzroka, teoriju adekvatne uzročnosti, realističko-objektivnu teoriju uzroka i, najzad, teoriju standarda razumne izvesnosti. Pri tome, većina pomenutih teorija ima brojne varijante i nijanse, ali ovde će biti izložene samo glavne tačke identiteta pomenutih teorija.

Teorija pretežnog (prevalentnog) uzroka. - Ova teorija zasniva se na selekciji uzroka koji su doveli do štetne posledice. Naime, iz mnoštva uzroka uzima se onaj koji je najviše doprineo nastanku štete ili, drugim rečima, onaj uzrok koji je odlučno, delotvorno i pretežno uticao na nastanak štetne posledice, bez obzira na njegova druga svojstva i kvalifikacije.

Na taj način, prema ovoj teoriji, izborom prevalentnog uzroka, kvantitativna dimenzija uzročnosti transformiše se u kvalitativnu dimenziju koja jedino dobija atribut pravno relevantne okolnosti.

Kao što se vidi, ova teorija se razlikuje od prethodnih upravo po tehnici svoje koncepcije, jer ne uzima u obzir lančani niz uzroka i posledice, kako to čini teorija jednakosti uslova, ali s druge strane, ne svodi se samo na neposredni uzrok, kako to čini teorija neposrednog uzroka, mada, praktično gledano, ona je daleko bliža ovoj teoriji, nego teoriji jednakosti svih uslova koji u svojoj kumulaciji dovode do nastanka štete kao posledice njihovog ukupnog dejstva. Ovo stoga, što će u praktičnom životu, često prevalentni uzrok biti istovremeno i neposredni uzrok. Upravo na ovoj mogućoj konstataciji započinje i kritika ove teorije: ona nije pružila dovoljno elemenata i kriterijuma na osnovu kojih se, između brojnih uzroka, vrši izbor prevalentnog uzroka.

Teorija adekvatne uzročnosti. - Da bi izbegla nedostatke do sada izloženih teorija, naročito u pogledu njihovog dogmatskog pogleda i apriornih strogosti u kla-

sifikaciji pojedinih uzroka, kao pravno relevantnih okolnosti u deliktном pravu, teorija adekvatne uzročnosti s kraja 19. veka, okupila je veliki broj pristalica, naročito u germanskom pravnom području.

Prema ovoj teoriji, uzrok nastupele štete je samo ona okolnost koja je po ustaljenom toku stvari i životnom iskustvu adekvatna prouzrokovanoj šteti. Štetna posledica mora, dakle, biti primerena štetnom aktu. Međutim, i kod ove teorije postavlja se pitanje gde prekinuti kauzalnu vezu u smislu utvrđivanja okolnosti koja predstavlja adekvat šteti, posebno sa stanovišta kvalifikacije neposrednog i posrednog uzroka koji ispunjavaju uslov adekvatnosti.

Odgovor se uglavnom svodi na sudsku procenu adekvatnosti, koja često za podlogu ima stručno mišljenje u dokaznom postupku i koja nije u dovoljnoj meri ujednačena, već je zavisna od promenljive sudske prakse, koja je često, ne samo sporna, već i protivrečna.

Upravo na tom pitanju započinju i kritike ove teorije za koju se, između ostalog, kaže da je u izvesnoj meri subjektivistička i da više vodi računa o nekim prethodno zauzetim stručnim ili sličnim stavovima, nego o konkretnoj životnoj potrebi koja je uvek različita ne samo sa gledišta prirode subjektiviteta štetnika i oštećenog, nego i sa gledišta sveukupnog bogatstva organizovane društvenosti.

Realističko-objektivna teorija uzroka. - Ova teorija se zasniva na uzročnom razlikovanju uslova prema prirodi njihove posledice i vremenu njihovog postojanja. Polazi se od konstatacije da se problem uzročnosti ne postavlja kada su u pitanju neposredni uslovi, već samo kada su u pitanju posredni uslovi. Kod tog pitanja, ova teorija uzima u obzir one posredne uslove kojima je bliža posledica u odnosu na zajedničku posledicu neposrednih i posrednih uslova.

Iz ovoga, ona izvodi zaključak: uzrok je svaki uslov, koji u svom uzročnom nizu nema za neposrednu ili posrednu posledicu jedan uzročni odnos, ili, ako ga ima, koji je u samom svom postanku ili u daljem trajanju stanja njime stvorenog, on sam ili neki njegov poduslov *istovremen* sa konkretnim dejstvom uslova, čiji uzročni odnos je njegova posledica.

Zaključak: teorija razumne izvesnosti. – Sve do sada izložene teorije uzročnosti imaju odgovarajuću vrednost i svaka od njih sa svojom koncepcijom i tehnikom regulisanja neposrednih i posrednih uzroka kao relevantnih okolnosti u pogledu osnova i visine naknade štete kao posledice štetnog akta učinile su odgovarajući doprinos razvoju opšteg znanja u ovoj oblasti deliktne odgovornosti.

Međutim, životna realnost uopšte, a posebno na području kauzaliteta kao uslova deliktne odgovornosti, je takva, da se, u apsolutnom smislu, ne mogu prihvatiti apriorne ocene i postavke bilo koje od pomenutih teorija. Jednostavno, one ne mogu, prethodno datim obrascima, obuhvatiti široku raznovrsnost životnih slučajeva, koji su, po mnogim svojim atributima, ne samo specifični, već i nepodobni da se svedu na neku vrstu apriornog zajedničkog imenitelja.

Razume se, da u tom kontekstu, neposredni uzrok štete, zauzima centralno mesto, ali kauzalna moć tzv. posrednih uzroka, po prirodi same stvari, nije takva da

se može rešiti primenom unapred datog teorijskog obrasca ili modela, što uglavnom važi za sve do sada pomenute teorije uzročnosti.

Zato, čini se, uzimajući u obzir značajan doprinos ovih teorija, treba celo pitanje uzročnosti prepustiti odgovarajućim pravnim standardima, koji bi, po načinu „generalne klauzule“ u rukama suda bili fleksibilniji instrument u čitavom nizu različitih pravnih situacija povezanih istim pitanjem osnova i visine prouzrokovane štete.

Kao što je poznato, standard je jedna vrsta pravnog pravila (ono što se najčešće dešava) čiju sadržinu čine ustaljena pravila ponašanja određenog socijaliteta, kao što su npr. savesnost i poštenje ili dobri običaji. Iako uglavnom nije neposredni formalno-normativni izvor prava, pravni standard je važno sredstvo u postupku primene prava, i sud ga uzima u obzir imajući u vidu sve konkretne okolnosti, rukovodeći se onim što je uobičajeno i što je u granicama opšteg i pojedinačnog razuma.

Drugim rečima, problem uzročne veze treba rešavati *razumnom izvrsnošću* onoga koji primenjuje pravne norme u oblasti naknade štete. Primenujući ovaj standard, sudska praksa i nije toliko okupirana problemom kauzaliteta, kao što je to slučaj sa pravnom teorijom.

Iz svih ovih razloga, čini se, da u nizu pomenutih teorija, predložimo još jednu, koju ovde nazivamo *teorijom standarda razumne izvesnosti*. Ona, s jedne strane, u manjoj ili većoj meri, sadrži elemente izloženih teorija, ali, s druge strane, ona nije unapred „prikovana“ nijednom teorijskom obrascu, već bogatstvu i nijansi koja u životnom mozaiku svakog konkretnog slučaja i njegovog rešavanja primenom pravila o naknadi prouzrokovane štete.

Summary

Conclusion: theory of reasonable certainty. – All so far presented theories of causality have a certain value and they all have made some contribution to the development of general knowledge in this field of tortious liability with their concept and technique of regulating direct and indirect causes as relevant circumstances in terms of the grounds and extension of damages as a consequence of a harmful act.

However, reality of life in general, and the field of causality as the basis for tortious liability in particular, is such, that apriori considerations and postulates of any of the mentioned theories, in their absolute sense, cannot be accepted. Simply, they cannot encompass a diversity of living cases, which are, according to their many attributes, not only specific, but also necessary to be reduced to a kind of apriori common denominator.

Certainly, in such context, immediate cause of damage, takes a central position, but causative power of the so-called indirect causes, by nature, is not of the kind that it can be solved by applying previously given theoretical pattern or model, which mostly is applicable to all so far mentioned causality theories.

Therefore, it seems, considering a significant contribution of these theories, that a whole issue of causality should be relinquished to appropriate legal standards, which would, based on the principle of "general clause", in the hands of the court represent a much more flexible instrument in a whole series of different legal situations bound by the same question of the basis and extension of caused damage.

As it is already known, a standard is a kind of legal rule (a commonplace) whose content is composed of standing rules of conduct of a certain sociability, such as e.g. consciousness and honesty or fair practice. Although, it is not a direct formal-normative source of law, legal standard is an important means in the process of the application of law, and the court accepts it having in mind all concrete circumstances, guided by the thing which is ordinary and within the boundary of general and individual reason.

In other words, the problem of causative relation should be solved by way of reasonable certainty of the applicant of legal norms in the field of recovery of damage. When applying this standard, the case law is not so much occupied with the causality problem, as is the case with legal theory.

For all these reasons, it seems, that in a series of mentioned theories, we should point out another, we shall call here theory of reasonable certainty standard. On one side, it, more or less, contains elements of the presented theories, but on the other, it is not previously "attached" to any theoretical pattern, but to the richness and nuances of colours in a life mosaic of every concrete case and its solution by way of applying rules of recovery of caused damage.

PRAVO IMATI ZGRADU NA TUĐEM ZEMLJIŠTU (od ustanova koje prethode rimskom superficiesu do prava građenja)

Prof. dr. sc. Petar Simonetti*

Apstrakt: Rimski superficies proistekao je iz koncesije za izgradnju zgrade na javnom zemljištu i ugovora o zakupu na privatnom zemljištu (*conductio plenior*). Tijekom vremena superficies se preobrazio u stvarno pravo na tuđem zemljištu koje je težilo k osamostaljenju zgrade. U općem (pandektnom) pravu superficies je modificiran sukladno feudalnom podijeljenom vlasništvu, a u austrijskom pravu pretvorio se u *Bodenzins* (§§ 1122-1150. *OGZ*¹ / *ABGB*²). Austrijski Opći građanski zakonik primjenjivao se u Bosni i Hercegovini od 1878. do 1918. Od 1918. do 6. travnja 1941. *OGZ* je, međutim, bio važeći zakon u Bosni i Hercegovini³, dok se od 1945. do stupanja na snagu Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima⁴ do 1. rujna 1980. primjenjivao supsidijarno na temelju čl. 4. Zakona o nevažnosti pravnih propisa donesenih do 6. travnja 1941. i za vrijeme neprijateljske okupacije.⁵

Francuski CC dopušta odvajanje zgrade od zemljišta, temeljem pisanog pravnog posla (čl. 553.), iako nije uredio ustanovu superficijarnog prava. Ova mogućnost postojala je u jugoslavenskom i bosanskom pravu (1954-1979) na privatnom zemljištu. Zgrade su, međutim, *ex lege* bile odvojene od zemljišta u društvenom vlasništvu trajnim pravom korištenja zemljišta koje je pripadalo vlasniku zgrade, odnosno nositelju prava raspolaganja na zgradu u društvenom vlasništvu. Trajno pravo korištenja pretvorilo se po sili zakona u pravo vlasništva vlasnika suvlasnika zgrade, odnosno posebnih dijelova zgrade (stanova, poslovnih prostorija) u načelu bez naknade. Samo u Brčko Distriktu BiH se to pravo preobrazilo u pravo građenja koje traje dok na njemu postoji zgrada. Tako su u oba entiteta BiH vlasnici zgrada stekli pravo vlasništva na zemljište, bez naknade, koju će bivšim vlasnicima platiti porezni

* Проф. др. сц. Петар Симонетти из Ријеке (РХ).

¹ Opći građanski zakonik.

² Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch.

³ Ajzner, B., Građansko pravo u Bosni i Hercegovini, separat iz Arhiva za pravne i društvene nauke, Beograd, 1920.

⁴ "Sl. list SFRJ", br. 6/80 i 36/90.

⁵ Pročišćeni tekst, "Sl. list FNRJ", 86/46.

obveznici, jedinice lokalne samouprave su izgubile stalno rastuću gradsku rentu, koju prisvajaju novi vlasnici zemljišta. Zato je nužno zakonom zabraniti otuđenje preostalog građevinskog zemljišta u državnom vlasništvu. Građevinsko zemljište se može koristiti primjenom ustanova prava građenja, koncesije, dugogodišnjeg zakupa i stvarnih služnosti koje bi omogućavale akumulaciju stalno rastuće rente u fond komunalne infrastrukture, a ni u čemu se ne bi sprječavala sloboda kretanja kapitala (investicijska ulaganja), jer sve što je po tim osnovama pravno odvojeno na površini ili ispod površine zemljišta u vlasništvu je investitora, odnosno njegovog univerzalnog ili singularnog pravnog sljednika.

Ključne riječi: pravo građenja, koncesija, dugogodišnji zakup, superficies, stvarne služnosti.

Uvod

Kao što je pravo na život prirodno pravo čovjeka, takvo je i njegovo pravo stanovanja i privređivanja sredstava za život na planetu Zemlji, jer do danas nemamo druge postojbine. Ali površina našeg planeta, iako nije tvorevina čovjeka, odavna je isparcelirana na objekte prava vlasništva koji pripadaju malobrojnim, pa su svi drugi lišeni prava da je koriste bez suglasnosti vlasnika kome za korištenje zemljišta, u krajnjoj liniji za pravo stanovanja na Zemlji, plaćaju odgovarajuću naknadu neposredno ili posredno.

Po građanskom pravu, sve što se trajno spoji sa zemljištem postaje sastavnim dijelom zemljišta, pa nije vlasnik zgrade onaj tko ju je izgradio na tuđem zemljištu već je to vlasnik zemljišta: *superficies solo cedit*. U povijesti privatnog prava vlasništva na zemljištu razvile su se takve pravne ustanove koje su ograničavale načelo *superficies solo cedit*, ili su ga svodile na dispozitivno pravilo ili je ulogu zemljišta preuzimalo pravo građenja na tuđem zemljištu koje pravno odvajala zgradu od zemljišta.

Najznačajnija povijesna pravna ustanova koja se razvila u sukobu s načelom *superficies solo cedit* je rimski *superficies*; ona je izvršila presudan utjecaj na suvremene ustanove pravnog razdvajanja zemljišta i zgrade, tj. na oblikovanje ustanove prava imati zgradu na tuđem zemljištu.

U ovom članku prikazuje se geneza, razvoj i pravna priroda rimskog *superficies*, njegove modifikacije u recipiranom općem (pandektnom) pravu i njegova preobrazba u ustanovu podnine (*Bodenzins*) u austrijskom građanskom pravu koje je uredio OGZ-u (§§ 1122-1150.) iz 1811, kao i ustanova otomanskog „prava have“ u Bosni i Hercegovini, te prijelazni pravni režim u Knjaževini Srbiji (1840). Stvarnopravni odnosi na građevinskom zemljištu u društvenom/državnom vlasništvu najprije su djelomično (1945–1958), zatim u pretežnom dijelu (1958–1974), a potom u cjelini (od 1974. do danas) bili uređeni zakonima koji su bili na snazi u tom vremenu.

Francuski Code civil iz 1804, koji je i danas na snazi, iako nije ureдио ustanovu superficijarnog prava, dopušta pravno razdvajanje zemljišta i zgrade na temelju pisanog pravnog posla (čl. 553), kao i prvi talijanski Codice civile iz 1865. (čl. 448), što se primjenjivao od 1. srpnja 1929.⁶ na onom dijelu današnje Republike Hrvatske koji je bio pod talijanskim suverenitetom od 1920. i 1924. (Rijeka) do 1947, odnosno u zoni B Slobodnog teritorija Trsta (sjeverno od rijeke Mirne u Istri) do 18. listopada 1954.

Naše pravo je također dopuštalo pravno odvajanje zgrade od zemljišta u privatnom vlasništvu na temelju pravnog posla od 1. srpnja 1954. do 1. siječnja 1997. u Republici Hrvatskoj, a u Bosni i Hercegovini do 4. siječnja 1979. po Zakonu o prometu zemljišta i zgrada koji je prestao važiti u RH 1. siječnja 1997. kad je stupio na snagu Zakon o vlasništvu...⁷, a u SRBiH 4. siječnja 1979. kad je stupio na snagu republički Zakon o prometu nepokretnostima.⁸ Osim toga, zgrade su *ex lege* bile odvojene od zemljišta u društvenom vlasništvu. Zgrade u etažnom vlasništvu bile su pravno odvojene i od zemljišta u privatnom vlasništvu. Zato da se pravo suvlasništva na zemljištu nije protezalo na zgradu, jer su zajednički dijelovi zgrade bili u skupnom vlasništvu, a posebni dijelovi su mogli biti u sva tri oblika vlasništva.⁹

1. Načelo superficies solo cedit i pravne ustanove koje su prethodile rimskom superficijesu

Potreba za građenjem na tuđem zemljištu postoji tamo gdje se ustalila pravna ustanova privatnog vlasništva na prostorno ograničene dijelove Zemlje: zemljišne čestice tijekom raspada ustanova kolektivnog vlasništva na građevinskom zemljištu.

Po rimskom pravu, međutim, onaj koji bi izgradio zgradu na tuđem zemljištu, ne bi stjecao pravo vlasništva na zgradu, već bi zgrada bila vlasništvo vlasnika zemljišta po načelu *superficies solo cedit*.

Sve što se posije, zasadi i izgradi na površini zemljišta, integralni je dio zemljišta. Vlasnik zemljišta stječe pravo vlasništva na svim pokretnim stvarima kada se inkorporiraju u zemljište.

Pravni temelj građenja na tuđem zemljištu u najranije doba rimskog civilnog prava mogao je biti ugovor o zakupu ili neki sličan pravni posao. Ali na temelju nijednog pravnog posla nije se mogla pravno odvojiti zgrada od zemljišta, jer je *superficies solo cedit* načelo bez iznimke. Zakupnik zemljišta imao bi samo pravo

⁶ Talijanski CC protegnut je na to područje na temelju kraljevskog Dekreta od 1. srpnja 1929. (A. Butera, *La proprietà di case per piani*, UTET, Torino, 1933., str. 15.; Korlević, M., *Uprava i sudstvo u Istri od 1918. do 1945. god.*, Vjesnik državnog arhiva u Rijeci, sv. II, Rijeka, 1954).

⁷ Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN 91/96, 73/00, 114/01, 76/06, 141/06, 141/08, 39/08.

⁸ Zakon o prometu nepokretnosti, "Sl. list SRBiH", 38/78 ne dopušta pravno razdvajanje zgrade od zemljišta u privatnom vlasništvu DOP.

⁹ Šire o tome: Simonetti, P., *Prava na nekretninama (1945–2007)*, izd. Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci i Naklada d.o.o., Rijeka, 2009, str. 89–105.

uporabe zgrade po osnovi ugovora o zakupu i u slučaju da je sam izgradio zgradu svojim sredstvima, jer bi zgrada po željeznom načelu *superficies solo cedit* i tada bila sastavni dio zemljišta. Ne postoji, dakle, mogućnost da graditelj bude vlasnik zgrade ako nije vlasnik zemljišta, već je vlasnik zemljišta uvijek vlasnik zgrade, ma tko da je zgradu izgradio.

Dug je bio put od prvobitnog, osobnog prava građenja na tuđem zemljištu do superficijesa, ograničenog stvarnog prava na tuđem zemljištu, ili, po nekima, čak superficijarnog vlasništva na zgradu u postklasičnom pravu koje je obuhvaćeno Justinijanovom kodifikacijom (*Corpus iuris civilis*) tridesetih godina šestog stoljeća. *Superficies* se mogao osnivati i na postojećim zgradama.¹⁰

a) Koncesija za građenje na javnom zemljištu

Graditelj kome je dana koncesija *ad aedificandum in solo publico* uz obvezu plaćanja solariuma stjecao je pravo uživanja zemljišta i zgrade za dugi vremenski period ili trajno. Tako se pomirio princip neotuđivosti javnog zemljišta u vlasništvu rimske države s interesima rimskih građana da grade vlastite zgrade na tom zemljištu.¹¹

Koncesionar koji je podigao zgradu *in solo publico* imao je pravo s njom raspolagati, otuđiti je *inter vivos i mortis causa*, pa čak i pravo razoriti je,¹² ali je ta zgrada nominalno bila sastavni dio javnog zemljišta (*solo publico*).

Čini se da nije postojala zapreka za konstituiranje prava uživanja zgrade na javnom zemljištu koje je bilo zaštićeno akcijom *in rem*, slično kao *ius in agro vectigali*.¹³

b) Zakup zemljišta radi građenja (*Conductio plenior ili conductio ad modum irregularis*)

Među privatnicima, koncesija *ad aedificandum* mogla se konstituirati samo na osnovi ugovora koji nije mogao biti osnova stjecanja stvarnog prava. To je bio ugovor o dugogodišnjem zakupu, koji je zakupniku – superficijaru, davao pravo korištenja tuđeg zemljišta na kome je podignuta zgrada, koja je bila bez iznimke sastavni dio zemljišta. Ovaj pravni odnos mogao se eventualno konstituirati i na osnovi ugovora o kupoprodaji prava uporabe zgrade na koji bi se nadovezao ugovor o zakupu zemljišta.¹⁴ U ovom slučaju, po mišljenju Bartolusa¹⁵, ostaje ugovor o zakupu zemljišta do isteka roka i nakon razaranja zgrade.¹⁶

¹⁰ M. Horvat, Rimsko pravo, Školska knjiga, Zagreb, 1980, str. 166.

¹¹ F. Pastori, La superficie nel diritto romano, Giuffrè, Milano, 1962, str. 34.

¹² V. Arangio – Ruiz, Istituzioni di diritto romano, Jovene, Napoli, 1934, str. 249; D. 18. 1, 32.

¹³ V. Arangio - Ruiz, op. cit., str. 249-250.

¹⁴ V. Arangio – Ruiz, op. cit., str. 249-250.

¹⁵ Čuveni komentator (postglosator) iz 13. stoljeća.

¹⁶ Vidi: Pastori, op. cit., str. 39.

2. *Priroda superficiesa*

Prema vladajućem shvaćanju *superficies*, na kraju njegova povijesnog razvoja, nije osobno pravo nego stvarno pravo na tuđoj stvari (*ius in re aliena*), koje se može otuđiti među živima i za slučaj smrti. Superficijar ima pravo založiti zgradu i opteretiti je služnostima. Njegova je dužnost plaćati solarium i snositi sve javne dažbine. *Superficies* može se steći kako pravnim poslom, tako i na originaran način, dosjelošću. Ovo pravo prestaje relativno, kada ga drugi stekne; i apsolutno: derelikcijom; propašću stvari, tj. zemljišta koje opterećuje; stavljanjem zemljišta i zgrade izvan prometa; konfuzijom; nastupanjem rezolutivnog uvjeta; istekom vremena i kada superficijar umre bez nasljednika.¹⁷

Sporno je, međutim, i među današnjim romanistima, da li je *superficies* samo *ius in re aliena* (stvarno pravo na tuđoj stvari) ili je s njime bilo spojeno i superficijarno vlasništvo zgrade. Tako npr. Biondi smatra da je *superficies* ustvari superficijarno vlasništvo (kada se izgradi zgrada ili kada se osnuje kad već postoji zgrada), a ne samo stvarno pravo na tuđoj stvari. Pugliese, koji odbacuje ovu tezu, smatra da je *superficies* samo stvarno pravo na tuđoj stvari, iako različito od drugih stvarnih prava uporabe tuđe stvari. Branca ide srednjim putem. Odbacivši i jednu i drugu tezu, kao ekstremne, ovaj pisac zaključuje da *superficies* nije u formalnom smislu davao pravnu osnovu njegovom nositelju za pravo vlasništva na zgradu, ali da je izražavao takvu tendenciju pravnog poretka, tj. da je razvoj ovog pravnog instituta težio k pravu vlasništva. Maschi, pak, smatra da je *superficies* prema Justinijanovoj dogmatici, kako proizlazi iz pojedinačnih odluka, pravo vlasništva zgrade, ali da ta činjenica nema pragmatičke potvrde zakonodavca u tom pravcu.¹⁸ Govoreći suvremenim jezikom, prema sudskoj praksi zgrada je bila samostalni objekt prava vlasništva pravno odvojen od zemljišta superficijesom, iako za ovo nije postojao oslonac u pravnim normama – u objektivnom pravu.

Izloživši kritici suprotstavljena mišljenja, Pastori zaključuje da je, sa stano-
višta pozitivnog prava (Justinijanovog), *superficies ius in re aliena* i da je superficijarno vlasništvo samo idejna smjernica sistema koja je, doduše, rukovala kodifikatora, ali koja nije nikada dobila svoj pozitivnopravni izraz.¹⁹ Bonfante definira *superficies* u Justinijanovom pravu kao otuđivo i nasljedivo stvarno pravo potpunog prava uživanja zgrade ili dijela zgrade i bez obveze plaćanja solariuma.²⁰

U Justinijanovom pravu formalno je ostao neokrnjen princip *superficies solo cedit* kao izraz civilnopravne koncepcije pravno neograničenog vlasništva koje se proteže „do neba i do pakla“ (*cuius est solum eius est usque ad coelum et ad inferos; coelum liberum esse debet*), ali je taj princip faktički ograničen u korist superficija-

¹⁷ A. Egersdorfer, Predavanja o institucijama rimskog prava, prvi sv., Zagreb, 1919, str. 154.

¹⁸ Vidi: F. Pastori, op. cit., str. 204, gdje su izložena ova gledišta.

¹⁹ F. Pastori, op. cit., str. 220; tako i E. Pacifici-Mazzoni, Istituzioni di diritto civile, quinta ed., vol. III., parte Ia, UTET, Torino, 1927, str. 279.

²⁰ P. Bonfante, Istituzioni di diritto romano, 10 ed., Giuffrè, Milano, 1987, str. 287-288.

ra. Sukob između civilnopravnog i pretorskog vlasničkog režima na neki način se osjeća i u Justinijanovoj kodifikaciji. Pod utjecajem feudalne ustanove podijeljenog vlasništva ovu antitezu ovjekovječuje *Glossa ordinaria* (oko 1250. g.). Kasnija romanistička znanost, koja je odbacila ovu koncepciju, orijentirala se na izvorne tekstove koji su prethodili superficijarnom pravu i uočila da ono potječe iz sudske prakse ili pravnih običaja orijentalnih i germanskih naroda.²¹

3. *Superficies u općem (pandektnom) pravu*²²

Nakon potiskivanja Vizigota, 554. godine, Justinijanova kodifikacija protegnuta je na cijelu Italiju, ali nakon što su Longobardi zauzeli sjevernu Italiju (568. godine) primjenjivala se, i to bez Digesta, samo na jugu Apeninskog poluotoka. Kasnija primjena Digesta, odnosno Pandekta u Italiji povezana je s djelovanjem škole glosatora (u 12. i 13. stoljeću), u vrijeme oživljavanja robno – novčane razmjene.²³ Ali i lokalno langobardsko pravo poznaje načelo *superficies solo cedit*²⁴, iako po tom pravu pod određenim pretpostavkama savjesni graditelj stječe pravo vlasništva građenjem na tuđem zemljištu.²⁵

Glosatori i komentatori (postglosatori) su preko svojih učenika širili primjenu Pandekta izvan granica Italije u zapadnu i srednju Europu usporedo s razvojem trgovine.²⁶ Smatra se da je proces recepcije rimskog prava uglavnom izvršen u 15. i 16. stoljeću “u mnogim državama srednje Europe”²⁷, pri čemu je “povoljno djelovala i

²¹ F. Pastori, op. cit., str. 17.

²² A. Egersdorfer o pandektama, predavanja, Opći dio i stvarna prava, Zagreb, 1928.

²³ M. Horvat, op. cit., str. 79–80; A. Romac, Rimsko pravo, PF Sveučilišta u Zagrebu, 1988, str. 83; šire o tome: M. Roberti, Storia del diritto italiano, CETIM, Milano, 1946, u kojoj se razmatraju tri razdoblja: prvo, od pada Zapadnog Rimskog Carstva do 1100. g. u kome se vidi jak utjecaj germanskog i drugih barbarskih prava (početak tog utjecaja zapaža se već u 1. stoljeću pr.n.e.), iako rimsko privatno pravo ne iščezava u običajnom pravu; u drugom razdoblju (epoca neolatina: 1100-1790), povratak na izvore rimskog prava su izvršili glosatori iza kojih slijede komentatori (postglosatori) koji prenose rimsko pravo (pandekta) u srednju i zapadnu Europu, nakon čega slijedi doba nacionalnih država (16. st. do Francuske revolucije) i izvjesne promjene u pandektnom pravu karakteristične za opće pravo (diritto commune); nakon 1792. godine nastupa epoha građanske države, građanskih kodifikacija pod jakim utjecajem rimskog prava, što se osobito izražava u francuskom CC-u. O povijesti prava na području Italije od pada Zapadnog Rimskog Carstva do modernog doba u svjetlu općih razmatranja, vidjeti: E. Besta, Avviamento allo studio della storia del diritto italiano, CEDAM, Padova, 1926.

²⁴ L. Margetić, Antika i srednji vijek, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 1995, str. 177.

²⁵ M. Basile, Osservazioni in tema di rapporti fra accessione e comunione, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Dicembre 1968, str. 1311.

²⁶ M. Horvat, op. cit.; A. Romac, op. cit., str. 83, L. Margetić, op. cit., str. 213.

²⁷ M. Horvat, op. cit., str. 79; L. Margetić, op. cit., str. 213.

politička tendencija obnove ‘Svetog Rimskog Carstva Njemačke Narodnosti’²⁸ koje se formalno raspalo tek 6. kolovoza 1806. godine, uslijed Napoleonovog prodora u srednju Europu i sjevernu Italiju. Prema navodima čuvenog njemačkog pandekiste, Windsceida, iako zasnovan na koncepciji da zgrada ili drugi vanjski priraštaji (stabla i drugi nasadi) na površini ili ispod površine zemljišta pripadaju vlasniku zemljišta superficijar ima pravo uživanja zgrade. Štoviše, ako drukčije nije utanačeno izričito ili prešutno, superficijar je ovlašten raspolagati svojim pravom i supstancom same stvari (zgrade); može njime oporučno raspolagati, otuđiti za života i za slučaj smrti, pa i založiti; može osnovati i služnost na zemljištu opterećenim superficijarnim pravom; ima pravo na stvarnopravnu zaštitu (*contra omnes*). Obveza superficijara je, sukladno pravilima koja važe za enfiteuzu, plaćati vlasniku godišnju naknadu. Superficijarno pravo se konstituiralo izjavom posljednje volje, na temelju ugovora, sudskom odlukom i dospjelošću.²⁹

U Pruskoj je opće (pandektno) pravo bilo derogirano krajem osamnaestog stoljeća Općim zemaljskim pravom (*Allgemeines Landrecht*),³⁰ ali je na preostalim područjima srednje Europe produžilo svoj život u sudskoj praksi do derogiranja suvremenim građanskim zakonicima (u Austriji 1. siječnja 1812. stupanjem na snagu ABGB-a/OGZ-a),³¹ u Njemačkoj do 1. siječnja 1900. kada je stupio na snagu njemački Građanski zakonik (BGB).³²

Opće (pandektno) pravo³³ se, međutim, primjenjivalo supsidijarno, jer su primat imale lokalne pravne ustanove,³⁴ pa tako i specifične pravne ustanove ekvivalentne rimskom superficijesu, kao što se vidi iz njihova kratkog prikaza u pojedinim njemačkim zemljama, tadašnjim državama (*infra*).

Akademik L. Margetić navodi da su “nasadi i građevine na tuđem zemljištu predstavljali realan (su) problem ... koji nije bilo lako riješiti s obzirom na srednjovjekovno shvaćanje da plodovi nečijeg rada pripadaju njemu, a ne vlasniku ze-

²⁸ M. Horvat, op. cit., str. 80; A. Romac, op. cit., str. 79.

²⁹ Windsceid, B., *Diritto delle pondette* (prijevod Fodda, Bensa), UTET, Torino, 1930, VIII, volume primo, pp. 798–802.

³⁰ *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* (1. lipnja 1794).

³¹ Carski Patent od 1. lipnja 1811. o uvođenju u život ABGB-a (OGZ), počevši od 1. siječnja 1812, kaže: “Time se ukida dosad usvojeno opće pravo” (stavak treći Uvodnog patenta). Uvodnim patentnom od 29. studenog 1852. važenje OGZ-a proširuje se na Ugarsku, Hrvatsku i Slavoniju te Srpsku Vojvodinu i tamiški Banat počevši od 1. svibnja 1852. Na područje današnje Republike Hrvatske, bez banske Hrvatske (tadašnje Hrvatske i Slavonije), važenje OGZ-a protegnuto je u vremenu od 1815. do 1820. U Bosni i Hercegovini OGZ se primjenjivao od 1878.

³² *Bürgerliches Gesetzbuch* je donesen 1896, ali je stupio na snagu 1. siječnja 1900. godine.

³³ Opće (pandektno) pravo od polovine 17. stoljeća naziva se *Usus modernus Pandectarum* (M. Horvat, op. cit., str. 81) poglavito u njemačkoj jurisprudenciji (L. Margetić, *Rimsko pravo kao europski fenomen i hrvatska pravna povijest*, *Facultas iuriprudentiae Universitatis Fluminiensis, Lectio annalis*, MCMLXXXVII., str. 15).

³⁴ A. Egersdorfer, op. cit., str. 1.

mlje...” što je bilo u opreci s klasičnim načelom *superficies solo cedit*.³⁵ Stoga se npr. u francuskom običajnom pravu *superficies* pretvarao u pravo vlasništva.³⁶ Načelo *superficies solo cedit* i formalno je derogirano u pojedinim gradskim statutima, kao npr. u Statutu grada Ancone u Italiji, koji je propisivao upravo suprotno načelo: *solum cedit superficiei* (zemlja pripada zgradi, tj. vlasniku zgrade).³⁷ Sve to se mora promatrati kao proces udaljavanja od klasičnog rimskog prava započetak u postklasičnoj epohi, a koji nije mogla zaustaviti ni Justinijanova kodifikacija.³⁸

Superficies u općem (pandektnom) pravu jest pravo imati trajnu zgradu na tuđem zemljištu uz obvezu plaćanja podnine (salarium), ali ta obveza nije nužna, jer je moguć *superficies* i bez nje. Superficijar ima pravo izgraditi zgradu na tuđem zemljištu, ali se *superficies* može osnovati i kad već postoji zgrada, pa i na jednom katu i na podrumu, a može se osnovati i za nasade, stabla na tuđem zemljištu. Pravo odvajanja zemljišta i stabala bilo je prošireno i u običajnom pravu, pa i u pojedinim građanskim zakonicima.³⁹

³⁵ L. Margetić, Srednjevjekovno hrvatsko pravo – stvarna prava, PF u Zagrebu, PF u Rijeci i RO Zrinski, Čakovec, 1983, str. 81.

³⁶ G. Marty, P. Raynaud, Droit civil, Sirey, Paris, 1965, drugi dio, str. 193.

³⁷ M. Zaccagnini, L'enfiteusi – La superficie – Gli oneri reali – Gli usi civici, Piacenza, 1970, str. 184.

³⁸ Šire: L. Margetić, Rimsko pravo kao europski fenomen..., op. cit., str. 4-16.

³⁹ Takva mogućnost je postojala po ranijim pravnim običajima, vidi npr. M. Filipović, Svojina voćaka po narodnim pravnim običajima, Istorijski pravni zbornik Pravnog fakulteta u Sarajevu, sv. 2, 1949. Pravo vlasništva na stablima bilo je uređeno već bizantijskim Zemljoradničkim zakonom iz osmoga stoljeća (L. Margetić: Antika i srednji vijek, op. cit., str. 151). Pravo vlasništva na maslinama bilo je poznato i u Dalmaciji, gdje se zadržavalo do danas kao stečeno pravo upisano u zemljišne knjige. Zakon o zemljišnim knjigama iz 1930. godine (§§ 75-77) poštuje zatečeno pravno stanje, ali isključuje mogućnost osnivanja takvih odnosa. O tome M. Košutić: Tumač k Zakonu o zemljišnim knjigama te Zakonu o unutrašnjem uređenju, osnivanju i ispravljanju zemljišnih knjiga, Zagreb, 1930, str. 65, 66, 70. i sljedeće, te 361. i 363. U osnovi isto rješenje imao je i Gruntovnički zakon za Bosnu i Hercegovinu od 13. rujna 1884. godine. Zgrade, vočke i nasadi, naime, na mirijskom zemljištu su kao samostalni objekti (mulk objekti) evidentirani su odvojeno od zemljišta (§ 6) jer su po zakonima od sedmog Ramazana 1274. te od sedamnaestog Muharema 1284. i od sedmog Muharema 1293. bili samostalni mulk-objekti na vakufskom ili državnom zemljištu (erazi-mirije). Takav dualitet poznavao je i talijanski Gradanski zakonik (CC) iz 1865. godine (čl. 448), vidi: Pacifici - Mazzoni, op. cit., str. 296. i 297. koji je derogirao važeći Codice civile (art. 956). Prema francuskom CC-u načelo *superficies solo cedit* je svedeno na oborivu predmnjevu: nasadi (stabla), zgrade, i druge naprave sastavni su dio zemljišta, vlasništvo vlasnika zemljišta, ako se ne dokaže suprotno na temelju pisanog pravnog posla, (čl. 553). Šire o pravu vlasništva na nasade i stabla u francuskom pravu (Simonetti, P., Prava na građevinskom zemljištu (1945–2007), Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2008, str. 20). Ovu pravnu ustanovu poznaju španjolsko pravo (art. 353. Codice civil iz 1888.) i belgijsko superficijarno pravo (Loi sur le droit de superficie od 10. siječnja 1924.). Japanski građanski zakonik propisuje da je superficijar ovlašten koristiti zemljište druge osobe u svrhu stjecanja prava vlasništva građevina, bambusa ili stabala koja se na njemu nalaze (čl. 265). Po Zakonu o superficijesu od 27. ožujka 1900. g. osoba koja je prije ovoga zakona bila ovlaštena koristiti zemljište druge osobe bi bila vlasnik građevine, bambusa ili drveća na njemu, smatrat će se superficijarom (čl. 1). Ustanovu superficijarnog vlasništva na stablima poznaju i neki novi građanski zakonic, npr. Novi nizozemski građanski zakonik (Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek) od 1994. propisuje da je superficijarno pravo pravo imati vlasništvo ne samo na zgradama i

Prema tome, *superficies* je u općem (pandektnom) pravu, zadržavajući bit stvarnog prava na tuđoj stvari, dobio univerzalniju primjenu kroz nove forme pod utjecajem feudalne ustanove podijeljenog vlasništva. Tako po pandektnom pravu za *superficies* nije esencijalno plaćanje naknade za korištenje zemljišta – solarium.⁴⁰ Za razliku od rimskog prava, superficijarno pravo, odnosno superficijarno vlasništvo, može se osnovati i na postojećoj zgradi ili samo na jednom katu kao pravo nadogradnje, pa i na podrumu (vlasništvo na posebnom dijelu zgrade) te na nasadima i stablima na tuđem zemljištu.

Superficies se uklapa u strukturu ustanove feudalnog vlasništva, ali ne kao pravo na tuđoj stvari, nego kao koristovno vlasništvo.⁴¹ U pravnom sustavu feudalnog društva vrhovni vlasnik (*dominus directus*) ima golo pravo vlasništva (*nuda proprietas*), dok senior ima koristovno vlasništvo (*dominium utilis*) s pravom raspolaganja, tako da i on može prenijeti koristovno vlasništvo na drugu osobu i u odnosu na nju, zadržati golo pravo vlasništva i tako redom sve do kmeta, odnosno kmetskog selišta (*sessio colonialis*). Ova hijerarhija niže se zavisno od konkretnih povijesnih okolnosti, ali je i u zapadnoj i u centralnoj Europi svugdje u principu zastupljena, a tako mora i biti u sustavu podijeljenog vlasništva, kada više nema zemlje bez gospodara (*nulle terre sans seigneur*).

Superficies, po vladajućem shvaćanju stvarno pravo na tuđoj stvari u rimskom sustavu individualnog vlasništva koje se u praksi približilo pravu vlasništva, moglo se transformirati u koristovno vlasništvo u pravnoj strukturi feudalnog stvarnog prava. Kako tu odliku nemaju osobne služnosti (pravo plodouživanja, pravo uporabe i pravo stanovanja), one se nisu mogle preobraziti u koristovno vlasništvo. Ali, budući da je superficijarno pravo nastalo kao teret individualnog prava vlasništva na zemljištu, po ukidanju ustanove feudalnog podijeljenog vlasništva u sustavu unitarnog privatnog prava vlasništva, ono dobiva svoj prvobitni lik - stvarno pravo na tuđoj stvari. Ipak se preobraženi *superficies* razlikuje od općeg tipa koristovnog vlasništva po tome što se zemljište koje je objekt tog prava može koristiti samo u određenom

napravama nego i na nasadima (čl. 101. st. 1). Tako i Građanski zakonik Québeca (Code civil Québec), Édition a jour au 1^{er} juillet 1998 incluant envoi n° 13.

Pravno razdvajanje zemljišta i stabala, bilo je pravno isključeno na zemljištu u društvenom vlasništvu, ali se često faktički priznavalo npr. na maslinama na jadranskoj obali i na otocima. Tako i VSJ, Rev 95/68 od 25. svibnja 1968, ZSO XIII.-2, 260. S prelaskom zemljišta u društveno vlasništvo bio je ukinut pravni dualitet zemljišta i stabala (čl. 39. st. 1. Zakona o nacionalizaciji...). Zanimljivo je da je socijalističko mađarsko i njemačko pravo (DRNj), dopuštalo autonomno vlasništvo na drveću (zasadima) koje raste na zemljištu u državnom, odnosno, narodnom vlasništvu (§ 151. st. 2. mađarskog Građanskog zakonika iz 1959, Izmjene i dopune 1977. (IV) Zakon objavljen u Magyar Közlöni, Budapest, 1977, oktobar, 25. i §§ 288. st. 4. i 292. st. 3. Civilnog zakonika Njemačke Demokratske Republike iz 1975). Nositelj prava korištenja na građevinskom zemljištu po tim zakonicima imao je pravo vlasništva na stablima, kao što i danas superficijar ima pravo vlasništva na bambusima i stablima po japanskom pravu (*supra*).

⁴⁰ Po klasičnom rimskom pravu superficijar ima pravo uživanja zgrade podignute na tuđem zemljištu, ali samo pod pretpostavkom da plaća određenu naknadu. ... *qui in alieno solo superficiem ita habeat, ut certam pensionem praestet* (Paulus ... D 6,1,74); P. Bonfante, op. cit., str. 288.

⁴¹ M. Vuković, Razvitak prava građenja, Arhiv za pravne i društvene nauke, 1947, br. 4, str. 523.

pravcu - za izgradnju građevinskog objekta predviđenog u konstitutivnom aktu kojim se osniva to pravo. To znači da je objekt transformiranog superficijarnog prava u sustavu feudalnog podijeljenog vlasništva, u pravilu, samo površina zemljišta, a ne i donji sloj, koji se, s obzirom na tadašnju tehničku zaostalost, nije ni mogao koristiti za podizanje značajnih podzemnih građevina, ali se ni iz tog površinskog sloja nisu mogle izvlačiti rude itd., jer je superficijarno pravo strogo ograničeno - namjensko "koristovno vlasništvo". Kasnije se oblikovalo tzv. podrumsko pravo, tj. pravo imati vlastitu zgradu, ne samo podrum, (dio zgrade) ispod površine tuđeg zemljišta.

4. Utjecaj rimskog *superficies*a na suvremeno francusko i talijansko pravo

Kako je već navedeno, nije sigurno u kojoj fazi povijesnog razvoja je *superficies* postao *ius in re aliena* i da li je ikada u rimskom pravu prerastao u superficijarno vlasništvo na zgradi. Ova neizvjesnost je, kako misli Pastori,⁴² utjecala na francuski Code civil i na prvi talijanski Codice civile iz 1865. godine. Iako ne uređuje superficijarno pravo, francuski CC (članak 553), a po uzoru na njega i prvi talijanski CC (članak 448), dopuštaju razdvajanje zemljišta i zgrade na temelju pisanog ugovora, odnosno mogućnost dokazivanja na temelju pisane isprave da vlasnik zemljišta nije vlasnik zgrade, već da je to druga osoba, tj. da su zemljište i zgrada dva potpuno samostalna objekta prava vlasništva dvije samostalne nekretnine.⁴³ Tako je rimsko gvozdeno načelo *superficies solo cedit* svedeno na oborivu zakonsku predmnjevu.⁴⁴ Time je bio otvoren put sudskoj praksi da sankcionira ne samo superficijarno vlasništvo, pravo vlasništva na zgradu izgrađenu na tuđem zemljištu, nego i privatnu superficijarnu koncesiju kao pravo izgradnje vlastite zgrade na tuđem zemljištu voljom vlasnika zemljišta.⁴⁵

Po našem mišljenju postojali su principijelni razlozi protiv uređenja superficijarnog prava, stvarnog prava na tuđe zemljištu, koje bitno ograničava pravo vlasništva. U vrijeme donošenja francuskog CC (1804.), koji je uzdigao privatno pravo vlasništva na razinu gotovo neograničenog prava, prava "koje dopušta korištenje stvari

⁴² F. Pastori, op. cit., str. 19. Šire, L. Salis, Proprietà superficaria, CEDAM, Padova, 1936.

⁴³ Kako nisu mogli prihvatiti negaciju načela *superficies solo cedit* stariji pravници su, međutim, smatrali da se time uspostavlja svojevrсна participacija u pravu vlasništva (pravo suvlasništva) u korist superficijara - vlasnika zgrade. Vidi o tome npr.: Proudhon, Traité des droits, d'usage et d'habitation et de superficie, Bruxelles, 1833, str. 412. Ovo shvaćanje je davno napušteno te je usvojena moderna koncepcija superficijarnog vlasništva prema kojoj je superficijarno pravo "Droit de jouir et de disposer des choses qui s'élèvent au-dessus de la surface du sol, le droit de superficie, droit réel détaché de la propriété du sol, est perpétuel par nature, sauf exceptions tenant au mode de constitution de ce droit, tel que bail ou concession temporaire." Fort-de-France, 18. mai 1984. Juris-Data, no 044495 (Code civil, Megacode, Dalloz, 1997-98, str. 500).

⁴⁴ B. Dusi, Istituzioni di diritto civile, Giappichelli, Torino, 1937, volume primo, str. 401.

⁴⁵ B. Dusi, op. cit., str. 401; N. Coviello, Del diritto di superficie, Archivio giuridico, vol. 49, Anno 1892; isti: Concessione ad edificandum, Foro, 1893, I. ed., 10 i dalje; Gabba, Della superficie nel diritto italiano, Questioni di diritto civile, I, seconda ed., Torino, 1909, str. 133. i dalje.

na neograničen način” (čl. 544),⁴⁶ kada i u pravu trijumfira načelo individualizma (liberalnog gospodarstva), nije se moglo pomišljati na ograničenje prava vlasništva kakvo nameće ustanova superficijarnog prava. Po tadašnjem shvaćanju čak i stvarne služnosti, kao prava koja nužno proizlaze iz susjedskih odnosa, predstavljaju “neprirodno poniženje vlasnika” (Waline).⁴⁷ Pored stvarnih služnosti u francuskom CC-u normirano je samo pravo plodouživanja. Napuštena je, međutim, ustanova emfiteuze (*emphyteusis*).⁴⁸

S druge strane francuski zakonodavac nije mogao prekinuti višestoljetnu tradiciju pravnog odvajanja zemljišta i zgrade, jer su potrebe za održavanje takvog dualiteta (imati zgradu na tuđem zemljištu) bivale sve veće s porastom gradova, pa je CC ostavio mogućnost vlasniku zemljišta da nasuprot načelu *superficies solo cedit* formalnim pravnim poslom odvoji zgradu od zemljišta (čl. 553). CC dopušta također i pravno razdvajanje drveća i naprava od zemljišta temeljem pravnog posla, pa je načelo *superficies solo cedit* u francuskom pravu svedeno na oborivu predmneju.⁴⁹

Sadašnji talijanski Građanski zakonik (iz 1942) uređuje ustanovu superficijarnog prava (*Della superficie*, čl. 952-955), ali isključuje mogućnost pravnog odvajanja zemljišta i nasada (čl. 956),⁵⁰ što je njegov prethodnik CC iz 1865. dozvoljavao (čl. 448).

Primjena francuskog CC-a na onim područjima koja su bila uključena u Ilirske pokrajine⁵¹ bila je vrlo kratkotrajna (od 1806. do uvođenja OGZ-a, postupno 1915, 1816, 1820)⁵² pa nije mogla ostaviti neki dublji trag.

5. Povijesne pravne ustanove građenja na tuđem zemljištu u njemačkom pravu

Legalno građenje na tuđem zemljištu prije uvođenja suvremenog nasljednog prava građenja (*Erbbaurecht*), u pojedinim pokrajinama kasnije ujedinjene

⁴⁶ “La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu’on n’en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements” (čl. 544).

⁴⁷ Cit. po D. D. Stojanović, Pravo svojine, u: Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, NIU Službeni list SFRJ, Beograd, 1978, tom II, str. 1133.

⁴⁸ Šire o tome: A. Belfiore, Interpretazione e dotmatica nella teoria dei diritti reali, Giuffrè, Milano, 1979, str. 447-483.

⁴⁹ Čl. 553. CC, vidi komentar bilješke uz čl. 533. u Megacode, CC, Dalloz, 1997-98.

⁵⁰ Divietto di proprietà separata delle piantagioni, čl. 956. CC: Non può essere costituita o trasferita la proprietà delle piantagioni separatamente della proprietà del suolo (Ne može se se osnovati ni prenijeti vlasništvo na nasadu odvojeno od vlasništva na zemljištu).

⁵¹ Vidi Čulinović, F., Državnopravna historija jugoslavenskih zemalja, Školska knjiga Zagreb, 1961, str. 208–210.

⁵² Gavella et al., Hrvatsko građanskopravno uređenje i kontinentalnoeuropski pravni krug, Zagreb, 1994, str. 11; I. Beuc, Povijest države i prava na području SFRJ, Narodne novine, Zagreb, 1989, str. 341; M. Korlević, Uprava i sudstvo u Istri od 1918. do 1945. godine, u Vjesniku državnog arhiva u Rijeci, sv. II, Rijeka, 1954, str. 83.

Njemačke (do 1870) imalo je različite forme, često samo lokalnog značaja.⁵³ Tako je u nekim njemačkim pokrajinama (prije ujedinjenja – državama) postojao specifičan nasljedni zakup. Nasljednik zakupnik imao je “puno pravo vlasništva građevina”.⁵⁴ U Pruskoj je postojalo tzv. rentno pravo. Bilo je dosta prošireno i ulmersko pravo korištenja tuđeg zemljišta s pravom nazadkupnje. Najrasprostranjenija je bila, međutim, pravna ustanova “posuđivanja” građevinskog zemljišta. “Posuđivanje” građevinskog zemljišta, najčešće bez roka i nasljedno, stariji pravници, pod utjecajem feudalne ustanove podijeljenog vlasništva, shvaćali su kao *dominium utilis*. Zato se u vrijeme ukidanja pravne ustanove feudalnog vlasništva dopuštalo otkupljivanje prava vlasništva na zemljištu u korist vlasnika zgrada kojima je zemljište bilo “posuđeno” kao da su utilitarni vlasnici. Ponekad se ovo pravo i bez otkupa preobražavalo u pravo vlasništva. Prvi je bio poznati njemački pandektista Savigny, koji je objasnio da se ovdje ne radi o podvrsti prava vlasništva već o ograničenom stvarnom pravu na tuđem zemljištu.⁵⁵ Recipiranjem rimskog prava⁵⁶ spojene su, naime, ove njemačke pravne ustanove korištenja građevinskog zemljišta s rimskim superficijesom u liku superficijarnog prava, podrumskog prava itd.⁵⁷ Time su bila prihvaćena pravila koja će kasnije modificirati njemački Građanski zakonik u ustanovi *Erbbaurecht* (nasljednog prava građenja) koja je iscrpno uređena sa socijalnim elementima i danas važećom Uredbom o nasljednom pravu građenja od 15. siječnja 1919.

6. Povijesne pravne ustanove građenja na tuđem zemljištu u austrijskom pravu

Austrijski OGZ (1811. godine), donijet gotovo četiri desetljeća prije 1848. godine kada su u austrijskoj carevini, pa i u banskoj Hrvatskoj, formalno ukinuti kmetški odnosi, u vrijeme kada su još bili značajni ostaci feudalnih pravnih odnosa, nije mogao ignorirati feudalne stvarnopravne ustanove, pa je djelomično recipirao i feudalnu ustanovu podijeljenog vlasništva (§§ 357-360).⁵⁸ OGZ je kao specifične oblike feudalnog koristovnog vlasništva (*dominium utilis*) zadržao nasljedno-daćnu pravnu ustanovu (koristovni vlasnik plaća naknadu vrhovnom vlasniku) i nasljedni zakup (preobraženi rimski *emphyteusis*), kao i ustanovu podnine (*Bodenzins* - preobraženi rimski *superficies*). Ustanova podnine (*Bodenzins*) uređena je u §§ 1125-1150. kao

⁵³ L. Margetić, op. cit., str. 220.

⁵⁴ L. Margetić, op. cit., str. 220.

⁵⁵ Savigny se zalagao za recepciju “čistog rimskog prava”. (L. Margetić, Rimsko pravo kao europski fenomen..., op. cit., str. 15).

⁵⁶ U drugoj polovici XIX. st. dolazi do recipiranja “čistog rimskog prava” (vidi: L. Margetić, Rimsko pravo kao europski fenomen..., op. cit., str. 15-16).

⁵⁷ J. Ring im Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch III Band, Auflage, Berlin und München 1956, str. 865-867 (Erbbaurecht), gdje je izloženo mišljenje Savignya.

⁵⁸ “Ako je u jednoj i istoj osobi sjedinjeno pravo na sućanstvo stvari s pravom na koristi, pravo vlasništva jeste potpuno i nerazdjeljeno. Ako li pako jedan ima pravo samo na sućanstvo, a drugi skupa s pravom na sućanstvo ima isključivo pravo na koristi iste stvari, tad je pravo vlasnosti razdjeljeno i za obojicu nepodpuno. Ovaj zove se vrhovni vlasnik; ovaj vlasnik koristovni.” (§ 357. OGZ-a).

nasljedno pravo uživanja površine zemljišta uz godišnju naknadu zvanu podnina. Ova naknada pripada vrhovnom vlasniku zemljišta kome nasljedno pripada “sućanstvo zemljišta s uživanjem svega što je u istom zemljištu” (§ 1125). Koristovni vlasnik koji plaća podninu ima pravo koristiti samo gornju površinu zemljišta: drveće, biljke, zgrade itd., ali ima pravo i na jedan dio nađenog blaga na površini zemljišta. Blago zakopano u zemlji kao i druge koristi pripadaju jedino vrhovnom vlasniku (§ 1147). Dobra dana u nasljedni zakup i uz nasljednu daću prelaze na sve nasljednike koji nisu izričito isključeni (§ 1149). Zbog uništenja biljaka i drveća i razaranja zgrada ne gubi se koristovno vlasništvo na površini zemljišta. Dokle god ostaje markar i dio zemljišta, “posjednik” ga može koristiti ako vrhovnom vlasniku plaća godišnju daću, te ga može zasaditi novim biljkama ili drvećem i podići na njemu nove zgrade (§ 1150).⁵⁹

Ako apstrahiramo ove ustanove feudalnog podijeljenog vlasništva,⁶⁰ OGZ je, međutim, uveo načelo prema kojem se smatraju nekretninom, tj. sastavnim dijelom zemljišta, sve pokretne stvari koje su u zemljište ugrađene u namjeri da ostanu “zauvijek”, pri čemu se na prvom mjestu ističu “kuće i druge zgrade sa zračnim prostorom iznad njih u pravoj liniji” (§ 297). Doduše, zračni stup se ne smije doslovno shvatiti kao priraštaj zemljišta, jer slobodan, prostorno nezahvaćen, atmosferski zrak nije stvar po građanskom pravu, već je opće dobro na koje nitko pojedinačno ne može imati pravo vlasništva. Zračni stup ne može biti objekt prava vlasništva ili drugih stvarnih prava, jer nema svojstvo ograničene stvari na koju se može uspostaviti pravo vlasništva. Ovim pravilom htjelo se naglasiti da je i zračni prostor u tom smislu vlasništvo vlasnika zemljišta, jer on može zabraniti svaku bespravnu penetraciju u svoju vlasničku domenu dokle dopire njegov opravdani interes, a koji se usporedo s razvojem novih sredstava za korištenje nadzemnog prostora sve više sužava u javnom interesu, iako vlasništvo na zemljišnoj čestici istovremeno teži da se ostvari u stalno većem volumenu, npr. izgradnjom džinovskih nebodera.⁶¹ Koncept prava vlasništva na zemljištu, prema kome je ne samo zgrada, nego i zračni stup iznad nje, pripadak zemljišta, u kontradikciji je s načelom horizontalne podjele zgrade po

⁵⁹ “Dokle god ostaje dio kakav zemljišta, može ga posjednik, samo ako plaća svoju daću, novim raščem i drvi zasaditi i zgradami zapačati.” (§ 1150) Vidi komentare iz vremena kada se primjenjivala pravna ustanova Bodenzins (§§ 1122–1150): F. nobile de Zeiller, *Commentario sopra il Codice civile universale della Monarchia austriaca, versione italiana*, Venezia, 1816, vidi Komentar uz §§ 357-360. i §§ 1125-1150; G. Winiwarter, *Il diritto civile austriaco*, Venezia, 1838; F. S. Nippel, *Commento sul Codice civile generale austriaco*, Pavia, 1842, uz gornje §§. ABGB se primjenjivao na austrijskom području sjeverne Italije prije ujedinjenja (1861).

⁶⁰ Ove pravne ustanove su imale malo praktično značenje i u drugoj polovini devetnaestog stoljeća (A. Rušnov - S. Posilović, *Tumač Obćemu austrijskomu građanskomu zakoniku*, Zagreb, 1891, druga knjiga, str. 550).

⁶¹ Ch. Tenella Sillani, *I limiti verticali della proprietà fondiaria*, Giuffrè, Milano, 1994, str. 93-380; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1965, str. 327-330; A. Trabucchi, *Instituzioni di diritto civile*³⁷, CEDAM, Padova, 1997, str. 421-423; P. Zatti – V. Colussi, *Lineamenti di diritto privato*, CEDAM, Padova, 1993, str. 205-222; H. Klang, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, II Teil*, Wien, 1950, str. 28.

kojem bi svaki kat bio poseban objekt prava vlasništva (etažno vlasništvo). Kako ustanova etažnog vlasništva nije bila u sukobu s feudalnom ustanovom podijeljenog vlasništva, primjenjivala se u srednjovjekovnim gradovima. Ustanova etažnog vlasništva u Austriji je ukinuta tek zakonom od 30. veljače 1879. godine, ali je, sukladno načelu zaštite stečenih prava, etažno vlasništvo zadržano ako je do tada bilo stečeno. Međutim, ni u ovom sustavu se nije moglo održati načelo pravnog jedinstva zemljišta i zgrade bez iznimke. Gospodarske potrebe nalagale su da se npr. podrumi ispod tuđeg zemljišta izdvoje kao poseban objekt prava vlasništva, pa su već 1832. godine Dekretom dvorske kancelarije uvedene posebne podrumске knjige u koje su se kao posebne nekretnine upisivali podrumi ispod površine tuđeg zemljišta.⁶²

Druga iznimka od načela pravnog jedinstva zemljišta i građevinskih objekata u širem smislu, bilo da su podignuti na zemljištu ili ispod njegove površine, bili su rudnici, odnosno razne naprave koje se podižu na temelju rudarskog prava radi eksploatacije rudače, a imaju trajnu namjenu.⁶³

Danas je gradnja trajnih objekata ispod površine zemljišta, koji su pravno odvojeni od zemljišta pravom građenja ili srodnim pravima, poprimila goleme razmjere osobito u velikim gradovima; golem sustav gradske infrastrukture je ispod zemlje; u velikim gradovima su izgrađene podzemne prometnice, izgrađena su podzemna tvornička postrojenja, poslovne zgrade, skladišta, garaže itd. kao samostalni objekti prava vlasništva.

Moguće je da se ustanova podninde (Bodenzins) sporadično primjenjivala u Bosni i Hercegovini poslije 1878, ali za ovo nemamo dokaze ni u objavljenoj sudskoj praksi. Ovo bi se moglo provjeriti sa sveobuhvatnim istraživanjem zemljišnih knjiga. Prije uređenja ustanove prava građenja (1912) postojao je, u Austriji, dugogodišnji zakup zemljišta (najčešće na 99 godina) koji je pravno razdvajao zemljište i zgradu. Na temelju takvog ugovora o zakupu izgrađena je vojna kasarna kod željezničke stanice u Sarajevu, čiji je rok istekao osamdesetih godina dvadesetog stoljeća kad je potomcima bivšeg vlasnika isplaćena naknada za zemljište koje je po Zakonu o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta dana 26. 12. 1958. preneseno u društveno vlasništvo (čl. 1. st. 2, čl. 34–36 i 80).⁶⁴

U Austriji je uvedeno suvremeno pravo građenja Zakonom o pravu građenja od 26. travnja 1912. godine radi sniženja troškova izgradnje stambenih zgrada i stanova kao i u svrhu osiguranja trajnih prihoda iz gradske rente (naknade za pravo građenja na zemljištu javnopravnih osoba) za potrebe komunalne infrastrukture i druge javne potrebe. Pravo građenja razdvaja zemljište i zgradu kao dva samostalna objekta prava vlasništva, ali ni taj Zakon nije dopuštao konstituiranje etažnog vlasništva.⁶⁵

⁶² M. Vuković, Opći dio građanskog prava, knj. II, Školska knjiga, Zagreb, 1960, str. 20.

⁶³ H. Klang, op. cit., str. 27-28.

⁶⁴ Šire o tome, Simonetti, P., Prava na građevinskom zemljištu (1945–2007), 2008, str. 31-32.

⁶⁵ Načelo zabrane horizontalne podjele zgrade u Austriji ostalo je sve do 8. srpnja 1948. godine, kada je donijet Zakon o stambenom vlasništvu - *Wohnnugseigentumsgesetz*, koji je uredio pravne odnose prava vlasništva na posebnim dijelovima nekretnine (zgrade). Dana 1. srpnja 1975. donesen

Austrijski Zakon o pravu građenja iz 1912. se primjenjivao u Sloveniji, Istri i Dalmaciji do 6.4.1941, osim na onom području koje je bilo priključeno Italiji po međudržavnim ugovorima poslije Prvog svjetskog rata (1920. i 1924.), na koje je bio protegnut talijanski Codice civile dana 1. srpnja 1929. U Bosni i Hercegovini je bio na snazi austrijski OGZ do 6.4.1941, bez novela iz 1914, 1915. i 1916, dakle, bez ustanove oprava građenja koja se navodi u § 435. noveliranog OGZ-a (III. novela 1916.). Zakon o pravu građenja nije se protezao na Bosnu i Hercegovinu, kao ni novelirani OGZ, već samo na austrijske krunovine Sloveniju, Istru i Dalmaciju.

7. Otomansko pravo u Bosni i Hercegovini

U Bosni i Hercegovini postojalo je tzv. “pravo have” (otomansko pravo), tj. pravo na zračni stup iznad površine zemljišta koje je pravno razdvajalo mirijsko zemljište i zgradu. Mirijsko zemljište načelno se nije moglo prenositi u privatno (mulkovno) vlasništvo. “Stajaće zgrade, stabla ili građevine (mulk-vlasništvo) nijesu sastojine zemljišta” u mirijskom vlasništvu (§ 6. st. 1. Gruntovničkog zakona za Bosnu i Hercegovinu iz 1984.),⁶⁶ iako se po OGZ-u nije mogao uspostaviti ovaj pravni dualitet, jer se stečena prava štite.

Vlasnik nekretnine mogao je posebno otuđiti pravo vlasništva na zgradu i zadržati pravo vlasništva na zemljištu. Naročito u gradovima vakuf je često drugim osobama ustupao svoje zemljište za građenje stambenih ili poslovnih zgrada uz obavezu plaćanja godišnje zakupnine (mukate).⁶⁷ Ovlaštenik “prava have” stjecao je potpuno pravo vlasništva na zgradu s neograničenim pravom raspolaganja. Poseban položaj imali su mulkovni objekti na mirijskom zemljištu, npr. u pogledu nasljeđivanja, jer ih nisu mogli naslijediti mirijski nego samo mulkovni nasljednici. Na mirijskom zemljištu državi je pripadalo vrhovno vlasništvo (rekaba), dok je mutesarifu pripadao tesaruf, što znači da je imao svojevrсно koristovno vlasništvo, ograničeno “u određenom pravcu voljom države da nešto čini ili ne čini, ili su neke njegove dispozicije bile uvjetovane prethodnom dozvolom”. Ova ograničenja su ukinuta 24. siječnja 1913. godine Zakonom od 29. prosinca 1912. godine.⁶⁸

Graditelj je stjecao pravo vlasništva na zgradama (i voćnjacima i stablima) podignutim na mirijskom zemljištu uz odobrenje nadležnih vlasti, a bez odobrenja samo ako je bio u posjedu više od tri godine, a zemljište je i dalje bilo u mirijskom (državnom) vlasništvu.

je novi Zakon o stambenom vlasništvu koji potpunije uređuje ustanovu prava vlasništva na posebnim dijelovima zgrade.

⁶⁶ Pretisak, Begić, M., *Zemljovlasnici Bosne*, knjiga I, Sarajevo, 1997, str. 111. i dalje.

⁶⁷ O pravnoj prirodi mukate – Ljudevit Farkaš; Vakuf – nepokretnosti u Bosni i Hercegovini, “Arhiv za pravne i društvene nauke”, knj. X (XXVII) br. 5 i 6, 1925, str. 321–333, i Mehmed Ali Ćerimović, O vakufu (separat iz Glasnika Vrhovnog vjerskog starješinstva IVZ), Sarajevo, 1935, str. 32.

⁶⁸ Eugen Gladović, *Islamsko pravo u Bosni i Hercegovini*, Beograd, 1926, str. 124–128. Šire informacije B. Eisner, O općem građanskom pravu u Bosni i Hercegovini (separat iz “Arhiva za pravne i društvene nauke”, Beograd, 1920).

Prema Gruntovničkom zakonu za Bosnu i Hercegovinu iz 1884. na mirijskim nekretninama stajaće zgrade, stabla ili građevine (mulk-vlasništvo) “ako ne spadaju vlasniku nekretnine, u gruntivnici ubilježiti, a povrh toga treba kod zgrada vlasnika istih u gruntovnicu upisati (§ 5.). Samo tim što su stabla ili građevine ubilježene, može se u slučaju prodaje nekretnina mulk-vlasništvo na te predmete zatražiti protiv onoga, koji je pošteno nekretninu stekao” (§ 6. st. 2).⁶⁹

8. Prijelazni pravni režim u Knjaževini Srbiji

U Srbiji, gdje se dugo primjenjivalo otomansko pravo, nije došlo do promjene u pogledu zatečenih odnosa poslije stupanja na snagu Građanskog zakonika iz 1844. godine, iako taj zakonik nije dopuštao pravo razdvajanje zemljišta i zgrade pravom građenja, već je zadržana na snazi Uredba od 3. travnja 1840. godine⁷⁰ (paragraf 280. SGZ). Ova uredba, koja je donijeta u namjeri da se spriječe česti sporovi između “gospodara zdanja” i “gospodara zemljišta” sankcionirala je zatečene pravne odnose. Polazeći od pravnog načela *pacta sunt servanda*, kao i od načela da se prava stečena na temelju ugovora ili samim ugovorom ne mogu ukinuti⁷¹, Uredba daje pravnu zaštitu svim ugovorima o građenju na tuđem zemljištu, bili oni u pisanom ili usmenom obliku, izričiti ili prešutni (dužom upotrebom utvrđeni); bilo da je rok određen ili ne, ugovorena godišnja renta mora ostati. Ako je ugovor zaključen za svagda, takav i ostaje; ako je ugovoren rok, ugovor traje do isteka roka; ako roka nema, ugovor prestaje onog časa kada se poruši zgrada. Pravni odnos zasnovan ugovorom o zakupu prelazi na univerzalne i singularne sukcesore bez obzira da li je prijenos izvršen teretnim ili besteretnim pravnim poslom. Ovaj “sojuz” daje pravo preče kupnje, kako “gospodaru zdanja”, tako i “gospodaru zemljišta”. U slučaju da se odnosi između ove dvije ugovorne strane tako poremete da ih one ne mogu sporazumno razriješiti, dolazi do diobe. U slučaju da se zgrada ne može bez povrede “otcepiti” od zemljišta, izlaz je pronađen u pravu otkupa. Pravo otkupa ima ona strana čije je dobro veće vrijednosti. Pod pretpostavkom da je vrijednost jednaka, prvenstvo ima vlasnik zemlje. Vlasnik zgrade, koji ima pravo otkupa, ukoliko ne želi otkupiti zemljište jer mu ne odgovara cijena, može “zdanje svoje dignuti”; on ima pravo ukloniti zgradu i u slučaju kada vlasnik zemljišta, koji ima pravo na otkup, odbije platiti naknadu za gradnju.

⁶⁹ Pretisak, Begić, M., op. cit., str. 112.

⁷⁰ Uredba od 3. travnja 1840. godine KB No – 227/C No – 387, objavljena u Zborniku, I, str. 210.

⁷¹ Gerišić, G., Teorija o povratnoj sili zakona, u ediciji: Klasici jugoslovenskog prava – Diplomatsko konzularno pravo. Teorija o povratnoj sili zakona, NIU, Službeni list SRJ, Beograd, 1995, str. 404. i dalje; Perović, S., Retroaktivnost zakona i drugih opštih akata. Teorije sukoba zakona u vremenu, IRO “Svetozar Marković”, Beograd, 1984, str. 82. i dalje.

9. Pravo korištenja radi građenja i trajno pravo korištenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu od 15. svibnja 1945. do 16. svibnja 2003.

U načelu građevinsko zemljište u SFRJ bilo je u društvenom vlasništvu. Ustav SRBiH (čl. 87. st. 1.)⁷² jednako kao i Ustav SFRJ (čl. 81. st. 1.)⁷³ propisivao je: “Ne može postojati pravo svojine na zemljište u gradovima i naseljima gradskog karaktera te drugim područjima predviđenim za stambenu i drugu kompleksnu izgradnju koje, u skladu s uvjetima i po postupku koji su utvrđeni zakonom, odredi općina.” Nacionalizacija građevinskog zemljišta u gradovima i naseljima gradskog karaktera provedena je Zakonom o nacionalizaciji... od 26. prosinca 1958.⁷⁴, a prije toga je Zakon o eksproprijaciji, koji je stupio na snagu 28. ožujka 1957, uveo ustanovu eksproprijacije zemljišnog kompleksa “za potrebe stambene i komunalne izgradnje” (čl. 75. st. 1.).⁷⁵

Za našu raspravu interesantno je strogo osobno pravo korištenja radi građenja⁷⁶ i trajno pravo korištenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu koje pravno razdvaja zemljište i zgradu.⁷⁷

Pravo korištenja radi građenja ovlašćuje titulara da kod nadležnog organa uprave pribavi odobrenje za građenje (građevinsku dozvolu) i da u skladu s tim odobrenjem na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu izgradi trajnu zgradu u svom vlasništvu, odnosno zgradu u društvenom vlasništvu na koju će imati pravo raspolaganja društvenopravna osoba.

Trajno pravo korištenja razdvaja zgradu od zemljišta u društvenom vlasništvu i ovlašćuje titulara da se koristi zemljištem prema namjeni građevinskog objekta i u skladu s urbanističkim uređenjem. Trajno pravo korištenja moglo se otuđivati, nasljeđivati i opterećivati samo sa zgradom, a trajalo je do rušenja ili uklanjanja zgrade (čl. 12. st. 1. ZOSPO-a).⁷⁸

Pravo korištenja radi građenja i trajno pravo korištenja, dva prava koja imaju isti objekt – građevinsku česticu (prvo, kad nema zgrade ili je zgrada nedovršena – drugo, kada postoji zgrada) bitno se međusobno razlikuju, ne samo po sadržaju,

⁷² Od 25. veljače 1974, “Sl. list SRBiH”, br. 4/74 ispr. 10/74.

⁷³ Od 21. veljače 1974, “Sl. list SFRJ”, br. 9/74.

⁷⁴ Zakon o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta (Sl. list FNRJ 52/58); o područstvljavanju građevinskog zemljišta u Jugoslaviji, P. Simonetti, Pravo korištenja građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu, Informator, Zagreb, 1985, str. 17-41; isti, Područstvljavanje građevinskog zemljišta u Jugoslaviji, Pravni život, broj 7-8/85, Beograd.

⁷⁵ “Sl. list FNRJ”, 12/57.

⁷⁶ Napustili smo naziv pravo građenja, koje smo koristili u dosadašnjim radovima, počev od monografija: P. Simonetti, Pravo korištenja..., op. cit. i Pravo građenja, NIO Službeni list SR BiH Sarajevo – NIU Službeni list SFRJ Beograd, 1986, radi razlikovanja od današnjeg prava građenja (čl. 280–302 Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske, “Sl. glasnik RS”, 124/08, 58/09).

⁷⁷ Šire o tim i drugim pravima na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu, Simonetti, P., Prava na građevinskom zemljištu (1945–2007), izd. Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2008, knjiga I.

⁷⁸ Zakon o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima, “Sl. list SFRJ”, 6/80 i 36/90, “Sl. glasnik RS”, 38/03.

načinu stjecanja i prestanka, nego i po svojoj pravnoj prirodi.

Pravo korištenja radi građenja je samostalno i, u načelu, strogo osobno pravo, a trajno pravo korištenja kao pretpostavka autonomnosti građevinskog objekta neraskidivo je vezano uz pravo vlasništva (raspolaganja) na građevinskom objektu, te u pravnom prometu dijeli njegovu sudbinu.

Trajno pravo korištenja na zemljištu i pravo vlasništva (raspolaganja) na građevinskom objektu stoje u korelativnom odnosu, jer nema autonomnosti građevinskog objekta – prema tome ni prava vlasništva (raspolaganja) na građevinskom objektu – bez trajnog prava korištenja, kao što nema trajnog prava korištenja bez trajnog građevinskog objekta (gasi se kad se sruši ili ukloni građevinski objekt)⁷⁹. Zbog toga se pravo vlasništva (raspolaganja) na građevinskom objektu ne može otuđiti (alijenirati) ni steći bez trajnog prava korištenja. Unatoč tome, u pravnom prometu se realizira samo prometna (tržišna) vrijednost građevinskog objekta, a ne i prometna vrijednost građevinske čestice, jer je nedopustivo individualno prisvajanje gradske rente⁸⁰ koja po zakonu pripada društveno-političkoj zajednici,⁸¹ a zahvaća je općina koja je usmjerava u komunalnu infrastrukturu.⁸²

Zajednička odlika ova dva prava, kao i ostalih prava korištenja građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu je upravo u tome što su to prava upotrebe, a ne prava vrijednosti – pa se pomoću njih prisvaja upotreba vrijednost građevinske čestice, a ne i njena prometna vrijednost.⁸³ Oba prava su u funkciji realizacije isto-

⁷⁹ Čl. 12. st. 1. ZOVO.

⁸⁰ Klasična teorija o gradskoj renti, Marks, K., Kapital, tom III, Kultura, Zagreb, 1948, str. 572–575; suvremene rasprave, npr. Montana, M., Novi prilozi stvaranju sustava gradske rente, ZPFR, vol. 17. br. 1. 1996. (1996), str. 103–110; Jovanović, M., Eškinja, I., Gradilišna renta, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, v. 32. br. 1. (2010); Bingulac, Z., Individualno prisvajanje gradske rente u Jugoslaviji, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Beogradu, 1987; Jovančević, M., Gradska renta kao faktor pri rešavanju bazičnih problema komunalne infrastrukture, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Beogradu, 1982.

⁸¹ Renta koja nastaje na zemljištu ulaganjem društvenih sredstava radi njegova korištenja za građevinske, prometne, komunalne i privredne namjene pripada društvu i u pravilu se koristi za razvoj i uređenje prostora na kojem renta nastaje.

Renta se realno utvrđuje, zahvaća i usmjerava zakonom i odlukama općinskih skupština na osnovi zakona.

Zakonom se može uređivati zahvaćanje i usmjeravanje drugih oblika rente koja nije rezultat ulaganja sredstava vlasnika ili korisnika.

Zbog toga po Ustavu SRBiH “pravična naknada ne obuhvata uvećanu vrijednost nekretnine koja je neposredno ili posredno rezultat ulaganja društvenih sredstava” (čl. 88. st. 3).

⁸² Zakon o građevinskom zemljištu, “Sl. list SRBiH”, br. 34/86, propisivao je: “Povećana vrijednost građevinskog zemljišta koja je rezultat ulaganja društvenih sredstava na određenom području radi korištenja tog zemljišta kao građevinskog, kao i prirodnih, položajnih i drugih pogodnosti zemljišta (renta) pripada opštini na čijem se području to zemljište nalazi i koristi se za dalje uređivanje i komunalno opremanje građevinskog zemljišta. U opštini se, u skladu sa zakonom, utvrđuje uvećana vrijednost građevinskog zemljišta i zahvataju i usmjeravaju sredstva iz tog izvora.”

⁸³ Jovančević, M., Gradska renta kao faktor pri rešavanju bazičnih problema komunalne infrastrukture, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Beogradu, 1982.

vremeno individualnog i društvenog interesa, odnosno svrhe građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu, u krajnjoj liniji svrhe podruštvoavljenja građevinskog zemljišta. Nasuprot tome, stvarna prava na tuđoj stvari (*iura in re aliena*) ograničavaju pravo vlasništva jer su oprečni interesi nosilaca tih prava i vlasnika opterećene stvari (zemljišta). Ovo je bitna razlika između socijalističkog prava građenja i trajnog prava korištenja – i građanskog prava građenja (superficijarnog prava) kao stvarnog prava na tuđem zemljištu u privatnom vlasništvu. Ova razlika, razumije se, slabi u onoj mjeri u kojoj se socijalizira pravo vlasništva u suvremenim građanskim državama, što se na građevinskom zemljištu postiže ne samo posebnim propisima o pravu građenja (kao npr. u Njemačkoj i u Austriji) nego i tipskim ugovorima o zasnivanju prava građenja (i superficijarnog prava) što ih s fizičkim i pravnim osobama zaključuju gradovi i gradske općine u granicama slobodnog raspolaganja pravom vlasništva.⁸⁴

U Federaciji Bosne i Hercegovine uspostavljeno je pravno jedinstvo zemljišta i zgrade u etažnom vlasništvu na zemljištu u privatnom vlasništvu 10.10.1995. stupanjem na snagu Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima⁸⁵ (čl. 7). Isto načelo potvrđuje i sadašnji Zakon o vlasničkopravnim odnosima Federacije BiH⁸⁶ (čl. 12) ako zakonom nije drukčije određeno, a drukčije je bilo određeno tadašnjim Zakonom o građevinskom zemljištu koji je propisivao da vlasnik zgrade ima trajno pravo korištenja na zemljištu u društvenom vlasništvu. Načelo *superficies solo cedit* se odnosi samo na zgrade na zemljištu u privatnom vlasništvu. Zakonom o osnovnim vlasničkopravnim odnosima FBiH iz 1998. propisano je da vlasnici posebnih dijelova zgrade imaju nedjeljivo vlasništvo na zajedničkim dijelovima zgrade koji služe posebnim dijelovima i zajedničko pravo vlasništva, a ne pravo suvlasništva (idealni dio) kao po ZOSPO-u iz 1980, na zemljištu na kome je zgrada i koje služi za njenu redovnu upotrebu (čl. 22. st. 1). Time je bila derogirana odredba iz čl. 6. st. 2. Zakona o svojini na dijelovima zgrada⁸⁷. ZOSPO je, međutim, bez te izmjene bio na snazi (primjenjivao se) u Republici Srpskoj do 1. siječnja 2010.⁸⁸

⁸⁴ Šire: P. Simonetti u monografijama: Pravo korištenja... op. cit., (str. 119-235) i Pravo građenja, op. cit., str. 47-238.

⁸⁵ “Sl. list RBiH”, 37/95, koji se primjenjivao u Federaciji BiH na temelju čl. 5. st. 1. IX Ustava Federacije BiH do stupanja na snagu Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima FBiH iz 1998.

⁸⁶ “Sl. novine FBiH”, 6/98, 29/03.

⁸⁷ “Sl. list SRBiH”, 35/77 koji je propisivao: Ako je zgrada u etažnoj svojini podignuta na zemljištu u svojini građana ili građanskopravnih lica, svaki etažni vlasnik ima svojinu na idealnom dijelu građevinske parcele srazmjerno vrijednosti svog posebnog dijela prema ukupnoj vrijednosti cijele zgrade (čl. 6. st. 2.). To znači da je zemljište u privatnom vlasništvu po ZOSPO-u bilo pravno odvojeno od zgrade u etažnom vlasništvu.

⁸⁸ Prestao se primjenjivati 1. siječnja 2010. kad je počela primjena Zakona o stvarnim pravima, “Sl. glasnik RS”, 124/2008, čl. 355. st. 1. toč. b) i čl. 357. Vidi ZID ZSP RS, “Sl. glasnik RS”, 58/09.

10. Pretvaranje trajnog prava korištenja zemljišta u društvenom/državnom vlasništvu u pravo vlasništva vlasnika zgrade u Federaciji BiH i Republici Srpskoj

Na građevinskom zemljištu u društvenom/državnom vlasništvu,⁸⁹ pravno jedinstvo zemljišta i zgrade u oba entiteta BiH uspostavljeno je 16. svibnja (maja) 2003. pod istovjetnim zakonskim pretpostavkama po Zakonu o građevinskom zemljištu FBiH⁹⁰ (čl. 39-41) i Zakonu o građevinskom zemljištu RS⁹¹ (čl. 39-41) u pogledu zgrada izgrađenih u skladu sa zakonom koje su na dan njihova stupanja na snagu bile u privatnom vlasništvu, kao i onih zgrada koje su nakon toga prešle iz društvenog/državnog u privatno vlasništvo privatizacijom, na temelju pravnog posla ili po samom zakonu.⁹² Pretvaranjem trajnog prava korištenja u pravo vlasništva (suvlasnici) zgrada i posebnih dijelova zgrada (stanova, poslovnih prostorija) stekli su pravo vlasništva na zemljištu koje pripada zgradi u načelu bez naknade. Iznimka su zgrade iz prijelaznih odredbi čl. 87-92. izgrađene na zemljištu dodijeljenom od 6. travnja 1992. do 15. svibnja 2003. koje se u postupku revizije spaja sa zemljištem pod propisanim zakonskim pretpostavkama (čl. 39-41). Prema prijelaznoj odredbi iz čl. 90, naime, građevinsko zemljište dodijeljeno radi građenja između 6. travnja 1992. i 16. svibnja 2003, neće se vratiti osobi kojoj je bilo ranije dodijeljeno na korištenje, a pravo korištenja joj je prestalo u tom periodu bez njene suglasnosti, ako je osoba kojoj je u tom vremenu bilo dodijeljeno isto zemljište na njemu započela izgradnju bona fide (u dobroj vjeri) ili ako je to zemljište privedeno namjeni. U tom slučaju osobi kojoj je bez njene suglasnosti prestalo pravo korištenja u razdoblju od 6. travnja 1941. do 16. svibnja 2003, pripada pravo na novčanu naknadu ili “dodjelu zemljišne parcele koja je podudarna po veličini, funkciji, vrijednosti, lokaciji itd., zavisno od izbora podnosioca zahtjeva”. Prema tome, ako je na odnosnom zemljištu izgrađena zgrada u dobroj vjeri u skladu sa zakonom i prostornim planom, vlasnik zgrade stječe pravo vlasništva na zemljištu koje pripada zgradi (analogno čl. 39-41). Pravo vlasništva na zemljištu stekao je, pod istim pretpostavkama i nositelj prava građenja koji je naknadno izgradio zgradu (čl. 53). U jednom i u drugom slučaju provodi se postupak revizije po zahtjevu nosioca prava korištenja kome je to pravo prestalo bez njegove suglasnosti od 6.4.1941. do 16.5.2003. To je smisao odredbe iz čl. 87. st. 5. ZGZ-a.

⁸⁹ U Republici Bosni i Hercegovini, odnosno u budućoj Federaciji Bosne i Hercegovine, 1994, a u Republici Srpskoj 1993. (Zakon o prenosu sredstava društvene u državnu svojину, Sl. glasnik br. 4/93), sredstva u društvenom vlasništvu proglašene su državnim vlasništvom, ali su zadržana prava uspostavljena, pa tako i prava na građevinskom zemljištu. Štoviše, ta su se prava jednako uspostavljala do istovjetnih zakona o građevinskom zemljištu u oba entiteta.

⁹⁰ “Sl. novine FBiH”, 25/03, 35/05.

⁹¹ “Sl. glasnik RS”, 86/03.

⁹² Šire o tomu: Simonetti, P., Prava na građevinskom zemljištu (1945-2007), str. 417-464; isti, Reintegracija načela pravnog jedinstva nekretnine u Bosni i Hercegovini, Pravna riječ, God. III br. 2/2006 (Banja Luka).

U Brčko Distriktu BiH je trajno pravo korištenja po sili zakona preobraženo u analogno pravo građenja koje traje dok postoji zgrada (čl. 205. st. 2. ZV-a).⁹³ Pravo vlasništva na građevinskom zemljištu, kao i na poljoprivrednom i šumskom zemljištu koje je bilo u društvenom/državnom vlasništvu pripada Distriktu (čl. 205. st. 3.).

Iako zakoni nisu izričiti (čl. 39. st. 1.), podrazumijeva se da je zgrada izgrađena u skladu sa zakonom, jer zgrada koja nije izgrađena u skladu sa zakonom do legalizacije nije trajna⁹⁴, a samo trajne zgrade se po zakonu spajaju sa zemljištem u skladu s pravilima građanskog prava (§§ 294 i 297 OGZ-a)⁹⁵. Bespravnom izgradnjom na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu nije se moglo steći ni trajno pravo korištenja: ono se stjecalo samo aktom legalizacije bespravne izgradnje.⁹⁶ U slučaju legalizacije zgrada stječe svojstvo trajnosti, a trajnu zgradu od zemljišta u društvenom/državnom vlasništvu odvaja trajno pravo korištenja koje se ex lege pretvara u pravo vlasništva vlasnika zgrade, uz obvezu plaćanja naknade za dodijeljeno zemljište, što se utvrđuje odlukom općinskog vijeća, odnosno skupštine općine ili grada (čl. 61. ZGZ iz 2003).

Po čl. 61. ZGZ-a iz 2003, međutim, ne mogu se legalizirati zgrade izgrađene bez pravne osnove (protupravnim prisvajanjem) na zemljištu u društvenom vlasništvu, koje je predmet revizije iz čl. 87. dok se u postupku pred nadležnim tijelom ne utvrde pravno relevantne činjenice pravomoćnom odlukom, jer je bitna pretpostavka za stjecanje prava vlasništva na tom zemljištu da je graditelju bilo dodijeljeno zemljište na korištenje i da je započeo izgradnju u dobroj vjeri (čl. 87. st. 1. i čl. 90. ZGZ-a).

11. Negativni pravni učinci uspostavljanja pravnog jedinstva zemljišta i zgrade u entitetima BiH

Dok su socijalističke općine imale pravo upravljanja i raspolaganja cjelokupnim gradskim građevinskim zemljištem (čl. 3. točka 1. i čl. 6. ZGZ-a iz 1986.) njihove pravne sljednice, jedinice lokalne samouprave, zakonskom transformacijom trajnog prava korištenja u pravo vlasništva stekle su pravo vlasništva samo na ono zemljište koje pripada zgradama u njihovom vlasništvu. Zakonskom konverzijom trajnog prava korištenja u pravo vlasništva (suvlasništva) bivši vlasnici nacionaliziranog zemljišta, odnosno njihovi pravni sljednici, definitivno su izgubili pravo na restituciju nacionaliziranog građevinskog zemljišta (osim na onim površinama na kojima se nalaze nacionalizirane zgrade koje im se vraćaju u vlasništvo) i to uz

⁹³ Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima "Sl. glasnik BD BiH", br. 11/01, 8/03, 40/04.

⁹⁴ Šire o tome, Simonetti, P., Prava na nekretninama (1945–2007), op. cit., str. 82–86.

⁹⁵ Austrijski Opći građanski zakonik primjenjivao se u BiH do 6.4.1941. kao pozitivni propis, a od 1945. njegove se odredbe primjenjuju kao pravna pravila na temelju čl. 4. Zakona o nevažnosti pravnih propisa donijetih do 6.4.1941. i za vrijeme neprijateljske okupacije, prečišćeni tekst, "Sl. list FNRJ", 86/46.

⁹⁶ Simonetti, P., Prava na građevinskom zemljištu (1945–2007), str. 266–267.

neadekvatnu naknadu koja se u postupku denacionalizacije plaćati iz javnog fonda za njihovo obeštećenje ili iz državnog proračuna (budžeta). Prijedlog Zakona o denacionalizaciji BiH (2009. godine) koji je zastao u parlamentarnoj proceduri, doduše predviđa, da naknadu za oduzete nekretninu (ne izuzima se ni građevinsko zemljište) duguje pravna osoba koja je stekla pravo vlasništva na tu nekretninu “ili pravna osoba koja je oduzetu imovinu iz državnog ili društvenog vlasništva prenijela u privatno vlasništvo” (čl. 18). “Zaboravljene” su fizičke osobe koje su stekle pravo vlasništva na izgrađeno građevinsko zemljište bez ikakve naknade po odredbama Zakona o građevinskom zemljištu iz 2003. (čl. 39–41). Ako se ozakoni ovakva odredba (u budućem Zakonu o denacionalizaciji), naknada za zemljište na koje su fizičke osobe stekle pravo vlasništva platit će se iz državnog proračuna (budžeta) ili proračuna jedinice lokalne samouprave, jer ako se ne plati, bivši vlasnici, odnosno njihovi pravni sljednici neće biti jednaki pred zakonom s onima koji imaju pravo na restituciju ili naknadu za neizgrađeno građevinsko zemljište, a jednakost svih pred zakonom načelo je svih suvremenih demokratskih ustavnih uređenja. S druge strane, ni prebacivanje obveze plaćanja naknade za zemljište stjecatelja prava vlasništva na zemljištu na porezne obveznike nije u skladu s Ustavom, jer se u suštini time ne podmiruju obveze javnog duga, nego privatno obveze onih koji su bez naknade stekli pravo vlasništva na zemljište koje pripada zgradi.

Na preostalom izgrađenom građevinskom zemljištu koje se po pravilima o restituciji ne vraća bivšim vlasnicima, kao i na zemljištu koje je izvorno bilo državno, jedinice lokalne samouprave imaju pravo upravljanja i raspolaganja u okviru zakona.⁹⁷

Građanskopravne osobe (osobito trgovačka – privredna društva) u postupku privatizacije stekle su goleme površine izgrađenog građevinskog zemljišta na kome se nalaze njihove zgrade i druge građevine različitih namjena (po pravilu uz simboličnu naknadu ili bez naknade). Danas te pravne osobe ili njihove pravne sljednice kao vlasnice građevinskog zemljišta prisvajaju gradsku rentu, koja potječe iz anonimnog inkorporiranog kapitala u zemljište, bez ikakvog ulaganja i rizika, a ne prisvajaju je jedinice lokalne samouprave koje su po zakonu dužne osiguravati sredstva za potrebe komunalne infrastrukture iz koje potječe gradska renta. One su primorane prikupljati ta sredstva na temelju poreznih propisa. Zakoni entiteta BiH o građevinskom zemljištu obvezuju vlasnika zemljišta da plaća naknadu za korištenje građevinskog zemljišta⁹⁸ pa se postavlja pitanje jesu li u suglasnosti s Ustavom koji jamči pravo vlasništva (mirno uživanje imovine) bez obveze plaćanja naknade za njeno korištenje.

Najkrupnije malverzacije u procesu uspostavljanja prava vlasništva na ne-

⁹⁷ U FBiH – Zakona o građevinskom zemljištu iz 2003. (“Sl. novine FBiH”, 25/03, 67/05), a u RS – Zakona o građevinskom zemljištu iz 2006. (“Sl. glasnik RS”, 112/06).

⁹⁸ Vidi npr. zakone o građevinskom zemljištu entiteta Bosne i Hercegovine, čl. 73-75 Zakona o građevinskom zemljištu Federacije BiH, “Sl. novine FBiH”, broj 25/03 i 65/05, te čl. 33 st. 1. Zakona o građevinskom zemljištu Republike Srpske, “Sl. glasnik RS”, 112/06.

kretninama koje su bile u društvenom vlasništvu povezane su sa spekulativnim raspolaganjem građevinskog zemljišta posebno na onome zemljištu koje je preneseno u vlasništvo trgovačkih (privrednih društava) u postupku privatizacije društvenih/državnih poduzeća. Umjesto poduzetništva – rentijerstvo, umjesto proizvođača novih vrijednosti – paraziti, umjesto proizvodnog gospodarstva koje stvara nova radna mjesta – spekulativno gospodarstvo koje ih zatvara.

12. Alternativa – pretvaranje trajnog prava korištenja u pravo građenja

Negativni učinci pretvaranja trajnog prava korištenja u pravo vlasništva vlasnika zgrade mogli su se izbjeći preobrazbom trajnog prava korištenja u pravo građenja kao u Distriktu Brčko (čl. 205. st. 2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima). U tom slučaju pravo vlasništva na zemljište opterećeno pravom građenja koje pripada vlasniku (suvlasniku) zgrade dok ona postoji u postupku denacionalizacije vratilo bi se bivšim vlasnicima odnosno njihovim pravnim sljednicima, osim u onim slučajevima kada je to zakonom isključeno, pa se bivšim vlasnicima (njihovim pravnim sljednicima) plaća odgovarajuća naknada ili kada je zemljište izvorno pripadalo državi, odnosno pravnoj prednici jedinice lokalne samouprave. Nositelj prava građenja plaćao bi vlasniku zemljišta, odnosno jedinici lokalne samouprave periodičnu naknadu (gradsku rentu) umanjenu za iznos koji je on ili njegov pravni prednik platio općini za pravo korištenja radi građenja (ova naknada bila je jednaka naknadi koju je općina plaćala bivšem vlasniku nacionaliziranog građevinskog zemljišta).⁹⁹ Tako bi se osigurali trajni izvori prihoda iz gradske rente za potrebe komunalne infrastrukture na onom zemljištu koje se ne vraća bivšim vlasnicima ili njihovim pravnim sljednicima, a jedinice lokalne samouprave raspolagale bi tim zemljištem nakon uklanjanja zgrade. Investitor koji bi plaćao periodičnu naknadu kao nositelj prava građenja na državnom zemljištu ili zemljištu jedinice lokalne samouprave, stjecao bi pravo izgradnje trajne zgrade bez kupovanja građevinske parcele, pa bi za iznos cijene zemljišta bili umanjeni troškovi izgradnje zgrade i cijene zgrade odnosno posebnih dijelova zgrada (stanova, poslovnih prostora) i osigurani trajni izvori prihoda jedinica lokalne samouprave iz stalno rastuće gradske rente.¹⁰⁰

⁹⁹ Čl. 44, 68. i 69. Zakona o građevinskom zemljištu iz 1986. Šire: Simonetti, P., Prava na građevinskom zemljištu (1945- 2007), 2008, knjiga I, dio III, odsjek II, str. 135–137.

¹⁰⁰ Šire o negativnim učincima pretvaranja trajnog prava korištenja u pravo građenja ili raspolaganja građevinskim zemljištem u vlasništvo jedinica lokalne samouprave, Simonetti, P., Prava na građevinskom zemljištu, knjiga II, str. 459–503.

13. Zakonska zabrana otuđenja građevinskog zemljišta u državnom vlasništvu *de lege ferenda*

Budući da su nakon uspostavljanja prava vlasništva na građevinskom zemljištu ostale male površine u državnom vlasništvu, a po suvremenim koncepcijama vlasništvo obvezuje da se koristi za opće dobro¹⁰¹, bio bi na Ustavu utemeljen Zakon o zabrani otuđenja građevinskog zemljišta u državnom vlasništvu¹⁰², koje se efikasno može koristiti primjenom ustanova prava građenja, dugogodišnjag zakupa, koncesija i stvarnih služnosti. Primjenom ovih pravnih ustanova osigurao bi se trajni izvor prihoda za komunalnu infrastrukturu i smanjili troškovi izgradnje u iznosu cijene zemljišta, jer nositelji ovih prava umjesto kupovine zemljišta dužni su plaćati periodičnu naknadu vlasniku zemljišta u visini prosječne zakupnine za takvo zemljište.

14. Pravo građenja i srodna prava na građevinskom zemljištu u državnom vlasništvu

Pravo građenja (austrijski Baurecht, odnosno njemački Erbbaurecht), koje je po ugledu na to pravo zakonom uređeno u Republici Hrvatskoj¹⁰³, Republici Srpskoj¹⁰⁴ i Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine¹⁰⁵, a predviđeno nacrtom Zakona o stvarnim pravima Federacije BiH iz 2006. (čl. 300–316)¹⁰⁶, je stvarno pravo na nečijem zemljištu i samostalna nekretnina u pravnom pogledu, a trajna zgrada koja je na njemu izgrađena ili koja će se izgraditi, po zakonu je njegova pripadnost kao da je ono zemljište. Još više, dok se zgrada odvaja od zemljišta na temelju prava građenja, ne postoji pravo koje bi moglo odvojiti zgradu od prava građenja. Pravo građenja i zgrada su jedan neraskidivi pravni monolit. Budući da je pravo građenja od osnutka upisom u zemljišnu knjigu samostalna nekretnina, ono se može opteretiti stvarnim pravima, pa i hipotekom, kao svaka druga nekretnina. Upravo hipotekarno zalaganje prava građenja privlačno je za davatelja kredita radi izgradnje zgrada i drugih građevina. Tako bi se osigurao trajni izvor prihoda za komunalnu infrastrukturu i bitno

¹⁰¹ Ovo načelo prvi je usvojio Ustav Weimarske Republike Njemačke (1919), priznavao ga je i Vidovdanski Ustav Kraljevine SHS (1921). Ustav Republike Hrvatske (pročišćeni tekst NN 8/98) propisuje: “Vlasništvo obvezuje. Nositelji vlasničkog prava i njihovi korisnici dužni su doprinostiti općem dobru” (čl. 48. st. 2.).

¹⁰² Ovakva zakonska zabrana raspolaganja građevinskim zemljištem u privatnom vlasništvu, razumije se, bila bi protivna ustavnoj odredbi prava na nesmetano uživanje imovine (čl. II. t. 4. – k Ustava Bosne i Hercegovine).

¹⁰³ Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN 91/96, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09 (čl. 280-296).

¹⁰⁴ Čl. 286-302. Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske, “Sl. glasnik RS”, 124/08, 58/09;

¹⁰⁵ Čl. 74-90 Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Brčko Distrikta BiH, “Sl. glasnik BD BiH”, 11/01, 8/03 i 40/04.

¹⁰⁶ Radni nacrt je objavljen u Zborniku radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i prakse, izd. Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru i Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, 2006.

smanjili troškovi izgradnje i cijene zgrada, kao i posebnih dijelova zgrada (stanova, poslovnih prostora).

U pravnim sustavima koji poznaju ustanovu prava građenja, dugogodišnji zakup je zadržao obilježja obveznog prava, pa se koristi radi podizanja ili izgradnje privremenih zgrada na tuđem zemljištu koje nemaju svojstva trajnosti.

Koncesije koje daje država, njene ustanove ili javna poduzeća, kao i jedinice lokalne samouprave, radi iskorištavanja općeg dobra ili dobra u javnoj upotrebi, pravno odvajaju zgradu ili drugu građevinu od zemljišta kao posve samostalnu nekretninu u vlasništvu koncesionara dok koncesija traje.¹⁰⁷

Pravo stvarne služnosti u Republici Hrvatskoj i Bosni i Hercegovini pravno odvaja od poslužnog zemljišta dio zgrade, trajne naprave i uređaje na površini ili ispod površine zemljišta koji su povezani s povlasnom nekretninom¹⁰⁸.

Prema tome, zakonskom zabranom otuđenja građevinskog zemljišta u državnom vlasništvu uz primjenu ustanova prava građenja, koncesija, dugogodišnjeg zakupa i stvarnih služnosti, ne bi se ugrozila sloboda kretanja kapitala (ulaganja) ni domaćeg ni stranog (koje jamči Ustav BiH – čl. I. točka 4). S druge strane, zabrana otuđenja građevinskog zemljišta u državnom vlasništvu se jednako odnosi i na domaće i strane fizičke i pravne osobe. Takvom zabranom nitko ne bi bio diskriminiran niti bi se njome ograničilo kretanje kapitala (investicije), jer su trajne zgrade, građevine i naprave pravno odvojene od zemljišta investitora (ili njegovog pravnog sljednika) pravom građenja, koncesijom ili stvarnim služnostima. Privremene zgrade, koje su po samom zakonu pravno odvojene od zemljišta, pripadaju zakupniku iz dugogodišnjeg zakupa koji se uspostavlja ugovorom između vlasnika zemljišta i vlasnika zgrade.

¹⁰⁷ Čl. 3. st. 4. i 9. st. 4. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN 91/96, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09; čl. 7. st. 4. ZSP RS; čl. 7. st. 4. ZV BD BiH.

¹⁰⁸ Čl. 196. ZV RH, čl. 226 ZSP RS.

ZAŠTITA PRAVA SVOJINE

Prof. dr Duško Medić*

Apstrakt: *Pravo svojine, kao najšira pravna vlast, na stvari uživa i naj-sveobuhvatniju pravnu zaštitu. Autor u radu analizira zaštitu prava svojine prema Zakonu o stvarnim pravima Republike Srpske. Ovaj zakon poznaje svojinsku tužbu za vraćanje stvari (rei vindicatio), zatim tužbu iz pretpostavljene svojine (actio Publiciana) i tužbu zbog smetanja odnosno uznemiravanja (actio negatoria). Radi se o tužbama koje je poznavalo i rimsko pravo. Principi koji se odnose na zaštitu prava svojine, u osnovi, važe i za zaštitu prava suvlasnika i zajedničara.*

Ključne riječi: *svojina, zaštita prava svojine, vlasnik stvari, pretpostavljeni vlasnik.*

Uvod

Svojina nije samo pravni, već je i ekonomski, socijalni, filozofski i etički pojam.¹ Izuzetan je značaj svojine kao pravne kategorije.² To je centralna institucija svakog pravnog sistema. Pravo svojine je jedno od temeljnih ljudskih prava i zajamčeno je ustavnim odredbama, međunarodnim dokumentima, kao i brojnim zakonskim i podzakonskim aktima.³ Ovo pravo je vrlo kompleksno, pa je teško usvojiti definiciju koja bi obuhvatala sve njegove oblike. Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske (ZSP) svojinu definiše kao stvarno pravo koje vlasniku daje ovlašćenje da slobodno i po svojoj volji stvar drži, koristi i da s njom raspolaze, te da svakoga

* Проф. др Душко Медић, судија Уставног суда Републике Српске.

¹ O svojini šire: A. Gams, *Neka razmatranja o svojini sa stanovišta ekonomije, prava, sociologije i filozofije*, u Zborniku radova "Promjene u pravu svojine, Transformacija društvene svojine", Sarajevo, 1990, str. 5–18; A. Gams, *Svojina*, treće dopunjeno izdanje, Beograd, 1991; R. Jelić, *Pojam i struktura osnovnog oblika svojine u našem pravu*, Beograd, 1992; R. Jelić, *Posebni oblici prava svojine u SRJ*, Beograd, 1998.

² Vidi: D. Stojanović, „Svojina kao pravni institut“, *Pravni život*, br. 10/98, str. 333–341; I. Babić, „Pravo svojine, istorijat, pojam i sadržina“, *Pravni život*, br. 11/09, str. 551–570.

³ “Kažeš li o kakvoj stvari moja je, to je najviše što kazati možeš” – Valtazar Bogišić u članu 1015 OIZ-a.

od tog prava isključi u granicama određenim zakonom.⁴ Kao najšira pravna vlast na stvari i kao apsolutno subjektivno pravo⁵, pravo svojine uživa najpotpuniju pravnu zaštitu koja omogućava zaštitu i drugih temeljnih prava. To pravo je osnova čovjekove slobode⁶ i međunarodno priznato ljudsko pravo⁷, koje pripada svakom čovjeku bez obzira na vjerski, socijalni, nacionalni ili bilo koji drugi status.⁸ U Ustavu Bosne i Hercegovine nema pravnog okvira za svojinsko uređenje. Međutim, nema sumnje u postojanje tržišne orijentacije i garancije prava svojine.⁹ Dejtonski ustav sadrži i katalog osnovnih ljudskih prava, gdje spada i pravo svojine – pravo na imovinu.¹⁰ Isto tako, taj ustav propisuje da Evropska konvencija o ljudskim pravima ima prioritet nad svim ostalim zakonima u Bosni i Hercegovini¹¹, iz čega proizlazi da pravo svojine uživa ustavne garancije.¹² Ustav Republike Srpske (Ustav RS) propisuje da svi oblici svojine imaju jednaku pravnu zaštitu¹³, da republika uređuje i obezbjeđuje zaštitu svih oblika svojine¹⁴ i da se zakonom može ograničiti ili oduzeti pravo svojine uz pravičnu naknadu.¹⁵ Zaštitom svojine štiti se načelo pravne sigurnosti i povjerenje u pravni poredak. Ova zaštita kao ostvarenje ustavnopravnih garancija¹⁶ ima brojne aspekte i predviđena je u mnogim granama prava. Najznačajnija i najpotpunija zaštita prava svojine obezbijedena je u građanskom, a posebno u stvarnom pravu.¹⁷ No, pravo svojine štiti se i u drugim granama prava, ustavnom, krivičnom, privrednom, radnom itd.¹⁸ Osim u sudskom postupku (parničnom, vanparničnom,

⁴ Član 17 st. 1 ZSP-a.

⁵ Ostala stvarna prava daju svojim nosiocima samo neku parcijalnu vlast na stvarima.

⁶ R. Kovačević Kuštrimović, „Vršenje prava svojine”, *Pravni život*, br. 10/95, str. 91.

⁷ Vidi: T. Meyer, „Svojina kao ljudsko pravo”, *Pravni život*, br. 10/05, str. 381–392; D. Stojanović, „Pravo na svojinu kao univerzalno zajemčeno pravo”, *Pravni život*, br. 10/95, str. 25–47.

⁸ O istorijskom razvoju ovog instituta v. V. Čok, „Svojina kao pravo čoveka”, *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*, 1989, str. 38–49.

⁹ O ustavnoj garanciji prava svojine u BiH i njenim entitetima v. P. Simonetti, *Vlasništvo i njegove transformacije, jamstvo i zaštita u ustavnom poretku Republike Hrvatske i Bosne i Hercegovine*, u Zborniku radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse”, Mostar, 2010, str. 23–26.

¹⁰ Član II 3 k Ustava BiH.

¹¹ Član II 2 Ustava BiH.

¹² O tome: M. Povlakić, *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 2009, str. 60–61.

¹³ Član 54. Ustava RS.

¹⁴ Amandman XXXII tač. 6 na Ustav RS.

¹⁵ Član 56 Ustava RS.

¹⁶ Pošto se zaštita svojine propisuje i ustavom, iz toga se najbolje vidi kolika se važnost pridaje ovom pitanju.

¹⁷ Vidi: J. Brežanski, „Zaštita prava vlasništva”, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1/02, str. 295–333.

¹⁸ Svojina nije više samo kategorija privatnog, građanskog prava, ona je i kategorija javnog, prevashodno ustavnog prava. U njoj se miješaju elementi privatnog i javnog prava, koji zajedno čine suštinu prava svojine.

izvršnom, zemljišnoknjižnom, krivičnom),¹⁹ svojina uživa zaštitu i u postupku pred upravnim organima ili drugim organima javne vlasti.²⁰ Isto tako, pod određenim uslovima, kada su iscrpljena sva propisana pravna sredstva pred domaćim pravnim ustanovama, svojina se štiti i pred Evropskim sudom za ljudska prava.²¹ I kod nas garancija svojine mora biti u skladu sa savremenim evropskim standardima ove zaštite ustanovljenim na osnovu člana 1 Prvog protokola na Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (Konvencija).²² Priznavajući svakom pravo na mirno uživanje svoje imovine²³ ovdje se, faktički, štiti pravo svojine²⁴.²⁵ Konvencija se u pravilu ne bavi sticanjem svojine, nego je njen zadatak zaštita postojeće svojine²⁶ koja je stečena u skladu sa domaćim zakonima. Po međunarodnim konvencijama od garancije svojine može se odstupiti samo kada to nalaže javni interes²⁷ utvrđen u skladu sa zakonom, uz pravičnu naknadu.²⁸ Država može ograničavati, pa i oduzimati svojinu pod uslovom da postoji proporcionalnost između postavljenih ciljeva u opštem interesu i prava samog pojedinca.

Stvarnopravni aspekt zaštite prava svojine koji je predmet našeg interesovanja široko je zastupljen u ZSP-u i ogleda se u više odredaba.²⁹ Pravo svojine štiti se i od javne vlasti i od privatnih lica. Svako je dužan da se uzdržava od povrede pra-

¹⁹ U kojem će se od ovih postupaka odlučivati zavisi od pravnog osnova zahtjeva i od procesnih normi koje određuju vrstu postupka.

²⁰ Npr. u upravnom postupku se odlučuje o eksproprijaciji.

²¹ O tome: Š. Stažnik, „Pravo vlasništva u praksi Evropskog suda za ljudska prava“, u Stvarnopravna uređenja tranzicijskih zemalja – stanje i perspektive, Zagreb, 2009, str. 51–66; V. Crnić-Grotić, „Zaštita prava vlasništva u međunarodnom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 22, br. 1/01, str. 364–376; N. Bodiroga-Vukobrat, „Zaštita prava vlasništva u europskom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 23, br. 1/02, str. 201–215.

²² Interesantno je da to pravo nije bilo sadržano u Konvenciji kada je ona stupila na snagu, već je 1952. godine usvojen ovaj protokol (stupio na snagu 1954. godine), koji proklamuje pravo na mirno uživanje imovine kao ljudsko pravo koje Konvencija štiti.

²³ O sadržini prava na mirno uživanje imovine (nepovredivosti prava svojine u institucionalnom smislu) v. D. Hiber, *Svojina u tranziciji*, Beograd, 1998, str. 37–44.

²⁴ E. Hašić i H. Pošković, „Neka pitanja primjene člana 1 Prvog protokola Evropske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama“, u Zborniku radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Mostar, 2008, str. 307. Vidi i N. Gavella, „Jamstvo vlasništva iz članka 1 Prvog protokola uz evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda“, u Zborniku radova „Evropsko privatno pravo“, Zagreb, 2002, str. 43–78; R. Kovačević Kuštrimović i M. Lazić, „Zaštita imovine prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima“, *Pravni život*, br. 10/05, str. 413–431.

²⁵ I član 17 Univerzalne deklaracije o pravima čovjeka iz 1948. godine jamči pravo svakoga da sam ili u zajednici sa drugima bude vlasnik i da nikome svojina ne može biti proizvoljno oduzeta.

²⁶ Obim zaštite je širi nego u našem zakonodavstvu i sudskoj praksi.

²⁷ To je standard čija konkretna sadržina varira u vremenu i prostoru.

²⁸ Javni interes je u tim slučajevima iznad pojedinačnog interesa, ali ga ne derogira u potpunosti i zato lice kome se oduzima ili ograničava to pravo ima pravo na naknadu.

²⁹ Uporediti: R. Korlaet, „Zaštita vlasnika po propisima Zakona o osnovnim vlasničkopравnim odnosima“, *Odvjetnik*, br. 11–12/82.

va svojine drugog lica.³⁰ Pravo svojine može se protiv vlasnikove volje oduzeti ili ograničiti samo u javnom interesu i pod uslovima predviđenim zakonom, u skladu s principima međunarodnog prava.³¹ Ovo pravo može u javnom interesu biti oduzeto ili ograničeno uz naknadu, u skladu sa zakonom.³² Dakle, iako je svojina najšira, gotovo apsolutna vlast na stvari i kao takva se i štiti, ona ipak predstavlja ograničeno pravo.³³ Tendencija je da se adekvatnim normiranjem ostvari pravedna ravnoteža između interesa vlasnika stvari i interesa društvene zajednice.³⁴ Treće lice može povrijediti nečije pravo svojine oduzimanjem stvari vlasniku ili protivpravnim uznemiravanjem vlasnika na drugi način. Vlasnik ima pravo da svako treće lice isključi od uticaja na stvar. Stvarnopravna zaštita usmjerena je na uspostavljanje onog stanja koje je bilo prije oduzimanja stvari, odnosno uznemiravanja vlasnika u vršenju svojinskih ovlašćenja. Vlasnik se sa licem koje vrijeđa njegovo pravo svojine na ovakav način ne nalazi u ugovornom ili drugom obligacionom odnosu. Zato cilj te zaštite nije da vlasnik dobije naknadu vrijednosti stvari ili pričinjene štete. Osnov zaštite je ovdje pravo svojine kao najsvеobuhvatnije stvarno pravo, a ne zaštita svojine iz nekog ugovornog odnosa. Isti sistem zaštite postoji i za pokretne i za nepokretne stvari.³⁵ Pravo svojine štiti se svojinskim tužbama.³⁶ Sadržaj svojinskog zahtjeva zavisi od toga kakva je bila povreda svojine.³⁷ ZSP poznaje svojinsku tužbu za vraćanje stvari (rei vindicatio), zatim tužbu iz pretpostavljene svojine (actio Publiciana) i tužbu zbog smetanja, odnosno uznemiravanja (actio negatoria).³⁸ Radi se o tužbama koje je poznavalo i rimsko pravo.³⁹ Svojinske tužbe djeluju erga omnes, dakle pro-

³⁰ Član 17 stav 2 ZSP-a.

³¹ Član 2 stav 1 ZSP-a.

³² Član 20 ZSP-a.

³³ Vidi: N. Gavella, „Ograničenja prava vlasništva“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 19, br. 2/98, str. 351–362.

³⁴ Kod uobličavanja sadržine svojine uvijek postoji odmjeravanje između individualnih i društvenih interesa.

³⁵ T. Ralčić, *Pravni instituti, propisi i sudska praksa u oblasti svojinskih odnosa sa registrom pojmova*, Beograd, 1983, str. 72.

³⁶ I za pravo javne svojine, po pravilu, važe norme kojima se štiti pravo svojine, ali jača zaštita ove svojine u odnosu na ostale oblike svojine predviđena je u posebnim zakonima koja uređuju dobra od opšteg interesa, ali i u nekim drugim zakonima. O tome: I. Babić, „Zaštita javne svojine“, u *Promene u pravnom sistemu*, Zbornik radova, Zlatibor, 16–19. mart 2009, Novi Sad, str. 60–61.

³⁷ D. Lazarević, *Susvojina, zajednička svojina i zaštita prava svojine*, Prvo izdanje, Beograd, 2011, str. 350.

³⁸ Prema Č. Rajačiću, to su svojinske tužbe u užem smislu. Pored njih, postoje i takve tužbe kojima se svojina štiti u posebnim okolnostima ili na specifičan način. Ovo su svojinske tužbe u širem smislu i u te tužbe spadaju prejudicijalna tužba, opoziciona tužba, izlučna tužba i brisovna tužba. Vidi: Č. Rajačić, *Stvarno pravo*, predavanja, Zagreb, 1956, str. 211.

³⁹ O tome: Ž. Perić, *Stvarno pravo*, Beograd, 1920, str. 162–165; D. Stojčević, *Rimsko pravo*, sveska prva, Beograd, 1960, str. 161–165; M. Horvat, *Rimsko pravo*, deveto izdanje, Zagreb, 1977, str. 148–153; A. Romac, *Rimsko pravo*, V izdanje, Zagreb, 1994, 176–179; O. Stanojević, *Rimsko pravo*, Srpsko Sarajevo, 2003, str. 198–200.

tiv svih trećih lica koja su izvršila oduzimanje stvari ili uznemiravanje vlasnika. U parnicama koje se vode povodom ovih tužbi (petitorni sporovi) raspravljaju se sporna pravna pitanja i to je razlika u odnosu na državinske parnice, koje se pokreću državninskim tužbama. Vlasnik nema ovlaštenje da svoj vlasnički zahtjev ostvaruje putem ofanzivne samopomoći, jer bi tada postupao samovlasno. Svojinske tužbe razlikuju se od tužbi iz obligacionih odnosa. One su ustanovljene za zaštitu subjektivnog prava svojine kao apsolutnog prava. Pored navedenih, ZSP poznaje i brisovnu tužbu radi zaštite od povrede upisom u zemljišnoj knjizi kojom se može ishoditi brisanje upisa i uspostava zemljišnoknjižnog stanja.⁴⁰ Kod tužbi iz obligacionih odnosa štiti se svojina vlasnika kao učesnika u obligacionom odnosu (najčešće ugovornom) u ekonomskom smislu i one su usmjerene na naknadu vrijednosti stvari ili na njenu popravku odnosno davanje druge stvari iste vrijednosti umjesto dugovane odnosno na povrat neosnovanog obogaćenja.⁴¹ Ovdje se normama obligacionog prava štiti vlasnik kao učesnik u ugovornom ili drugom obligacionopravnom odnosu u slučaju povrede svojine uz koju se vežu posljedice građanskopravne prirode.

Svojina ne može prestati usljed nevršenja. Pravo svojine je apsolutno pravo trajne naravi i u vremenskom smislu neograničeno,⁴² a takva prava ne zastarijevaju.⁴³ Međutim, to ne mora da vrijedi i za zahtjeve koji iz svojine proizlaze. U rimskom pravu (a i u njemačkom pod uticajem romanističke tradicije) smatralo se da svojina ne zastarijeva, ali da zastarijeva svojinska tužba – reivindikacija, pa je u praksi dolazilo do toga da je vlasnik stvari ostajao bez adekvatne pravne zaštite, što je dovodilo do apsurdnih situacija. Da bi se spriječilo da neko lice ima samo golo pravo svojine, ako bi došlo do eventualne zastare vlasničkog zahtjeva, kod nas je propisano da pravo na vraćanje stvari i na prestanak uznemiravanja ne zastarijevaju.⁴⁴ Kod ovih tužbi ne važe nikakvi prekluzivni rokovi i rokovi zastarjelosti. Nezastarivost vlasničke tužbe je civilizacijski i pravni standard.⁴⁵ Načelo nezastarivosti odnosi se samo na glavni zahtjev, a to je zahtjev na vraćanje stvari ili prestanak uznemiravanja. Pored glavnog zahtjeva, vlasnik može postaviti i neke sporedne zahtjeve, bilo zajedno sa glavnim zahtjevom, bilo posebnom tužbom. Ovi zahtjevi mogu zastarjeti. Početak toka i dužinu rokova za zastaru sporednih zahtjeva određuju posebne odredbe o zastarijevanju tražbina. I protivzahtjevi tuženog mogu zastarjeti, osim ako se ne zasnivaju na pravu svojine.

⁴⁰ Članovi 55 st. 3 i 4 i 345 ZSP-a.

⁴¹ D. Stojanović, *Stvarno pravo*, osmo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 1991, str. 183.

⁴² To pravo postoji dok postoji sama stvar.

⁴³ Prigovor nekog lica da je stekao pravo svojine na nekoj stvari nije prigovor zastare nečijeg prava svojine, već prigovor da je određeno pravo svojine na stvari prestalo zbog sticanja tog prava od strane trećeg lica.

⁴⁴ Član 126 st. 2 ZSP-a.

⁴⁵ S. Krneta, „Pravo vlasništva – normativni i praktični aspekti njegove realizacije i Aneks VII Daytonskog sporazuma“, u *Odabrane teme privatnog prava*, Sarajevo, 2007, str. 221–222.

Vlasnička tužba na vraćanje stvari

Ovo je prava vlasnička tužba (rei vindicatio). Ta tužba predstavlja najvažniju tužbu za zaštitu svojine i u praksi se najčešće koristi. Predmet parnice koja se vodi po ovoj tužbi nije utvrđenje prava svojine, već predaja stvari u državinu vlasniku.⁴⁶ Državina je pretpostavka da vlasnik može vršiti svoja ovlašćenja iz svojine.⁴⁷ Zato je vlasniku i stalo da pribavi državinu stvari, kao faktičku vlast na predmetu na kome ima i pravnu vlast (svojину).⁴⁸ Pošto tužbeni zahtjev glasi na činidbu, ta tužba spada u red kondemnatornih tužbi. Osim o vraćanju stvari, presudom se odlučuje i o sporednim zahtjevima, te o eventualnim protivzahtjevima tuženog.⁴⁹ Pravosnažnošću kondemnatorne presude nije konačno ostvareno pravo na pravnu zaštitu. Svoje pravo tužitelj će ostvariti tek kad činidba bude izvršena. Ukoliko tuženi ne postupi po nalogu suda, tužitelju preostaje da pokrene izvršni postupak kako bi ga primorao da to učini. Često se zahtjev za predaju stvari u ovoj parnici povezuje sa zahtjevom za utvrđenje prava svojine, koji ima za cilj sudsko priznavanje prava svojine tužitelju. Ovakvo kumuliranje zahtjeva u praksi izaziva dileme sa aspekta procesne korektnosti, jer je za podnošenje zahtjeva za utvrđenje prava svojine potrebno postojanje pravnog interesa, koji u ovim slučajevima može, ali i ne mora da postoji. Utvrđenje prava svojine tužitelja je prethodno pitanje od koga zavisi odluka o tužbenom zahtjevu.⁵⁰ Smatramo da je, ako postoji pravni interes⁵¹, poželjno i da nema prepreke uz kondemnatorni postaviti i deklaratorni zahtjev za utvrđenje prava svojine, kako bi se definitivno riješio spor o pravu svojine na određenoj stvari i unijela izvjesnost u pravne odnose stranaka.⁵² Ipak, osnovni zahtjev je svakako zahtjev za povraćaj stvari

⁴⁶ To je logična posljedica utvrđenog prava svojine tužitelja.

⁴⁷ A. Gams u saradnji sa M. Petrovićem, *Osnovi stvarnog prava*, osmo, novim propisima prilagođeno, izdanje, Beograd, 1980, str. 259.

⁴⁸ L. Marković, *Građansko pravo*, prva knjiga, opšti deo i stvarno pravo, drugo izdanje, Beograd, 1927, str. 425.

⁴⁹ Svojinska tužba je postojala i u klasičnom rimskom pravu i njome se štitila kviritska svojina kao najstarija vrsta rimskog prava svojine. Reivindikacijska parnica se tada odvijala u obliku formularnog procesa. O tome opširno: M. Petrak, „Rei vindicatio u klasičnom rimskom pravu“, u *Liber amicorum in honorem Jadranko Crnić*, Zagreb, 2009, str. 365–383. U postklasičnom rimskom pravu ovu tužbu mogao je podnijeti svaki vlasnik stvari kod koga se stvar nije nalazila protiv lica koje je bilo njen držalac. O tužbama za zaštitu svojine u rimskom pravu v. E. Statovci, *Zaštita svojine – komparativna studija*, Priština, 1979, str. 81-105. Zaštita svojine kod gotovo svih evropskih pravnih sistema bazira se na rimskom sistemu.

⁵⁰ Pitanje svojine u ovom sporu nije prethodno pitanje zbog koga bi sud mogao prekinuti postupak do rješenja tog pitanja. Vidi odluku Vrhovnog suda Srbije, Gzz-6/92 od 26.8.1992, u M. Srdić i D. Tatić, *Priručnik o sticanju, prometu i zaštiti prava svojine na nepokretnostima*, propisi, sudska praksa, obrasci, Beograd, 1995, str. 75–77.

⁵¹ Može se smatrati da je ovaj interes najčešće naglašen samom činjenicom da tuženi odbija predaju stvari.

⁵² Načelno, nema mjesta deklarativnom zahtjevu kada tužitelj ima mogućnost podnošenja kondemna-

(činidbu) i zato se ova tužba ubraja u kondemnatorne tužbe.⁵³ Aktivno legitimisan za podnošenje tužbe je vlasnik stvari koji nema neposrednu državinu te stvari. Tužitelj može biti i vlasnik koji je posredni držalac, jer on nema faktičku vlast na stvari.⁵⁴ Ako tužitelj nije vlasnik, nema reivindikacijske zaštite.⁵⁵ Isto tako, ove zaštite nema i dok god vlasnik ima stvar u svojim rukama. Etažni vlasnik u pogledu posebnog dijela je aktivno legitimisan za podnošenje ove tužbe, a u pogledu cijele nekretnine pripada mu pravo zaštite kao suvlasniku stvari.⁵⁶ Graditelj građevinskog objekta, izgrađenog bez odobrenja za građenje, do legalizacije ili rušenja tog objekta na osnovu odluke nadležnog organa uživa sudsku zaštitu koja pripada vlasniku.⁵⁷ Korisnik eksproprijacije nakon sticanja prava svojine na eksproprianim nekretninama (pravosnažnošću rješenja o eksproprijaciji) ima pravo tražiti zaštitu stečenog prava svojine predajom u državinu nekretnine svojinskom tužbom.⁵⁸ U vlasničkoj parnici teret dokaza leži na tužitelju. Vlasnik stvari mora dokazati da je stvar koju zahtijeva njegova svojina. On mora dokazati postojanje svih onih relevantnih pravnih činjenica na osnovu kojih je stekao konkretno pravo svojine. Nije dovoljno samo pozivanje na osnovu sticanja.⁵⁹ Postupak dokazivanja prava svojine zavisi od toga kakva je vrsta stvari i kakav je način sticanja svojine. U slučaju originarnog sticanja, vlasnik mora da dokaže da je ispunio uslove za sticanje prava svojine na ovaj način. Ako se, pak, radi o derivativnom sticanju, vlasnik mora da dokaže pravni osnov (*iustus titulus*), način sticanja (*modus acquirendi*) i vlasništvo prethodnika. Ovo ide sve do ispunjenja propisanih pretpostavki za originarno sticanje prava svojine nekog od tužiteljevih prednika, što je za dokazivanje najteže (*probatio diabolica* – đavolsko dokazivanje).⁶⁰ Ukoliko se radi o nekretninama koje su upisane u zemljišnoj knjizi na imenu određenog lica, pravna pretpostavka (oboriva) je da je on i njihov vlasnik. Pošto se pravo svojine u

tornog zahtjeva, ali ako za to postoji pravni interes onda je to kumuliranje dozvoljeno.

⁵³ To nije tužba za povraćaj svojine, kako se to pogrešno navodi u dijelu pravne literature, već za povraćaj stvari koje su svojina vlasnika – v. E. Statovci, op. cit., str. 231.

⁵⁴ O tome: N. Gavella, „Sadržaj vlasnikovog reivindikacijskog i publicijanskog zahtjeva te posjednikovog protuzahatjeva“, *Privreda i pravo*, br. 12/81, str. 19.

⁵⁵ H. Momčinović, „Zaštita prava vlasništva“, *Zakonitost*, br. 9–10/90, str. 1074.

⁵⁶ Vidi: N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj i Z. Stipković, *Stvarno pravo*, Svezak prvi, II. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2007, str. 593–594.

⁵⁷ Slično i zaključak sa Savjetovanja građanskih i građansko-privrednih odjeljenja Saveznog suda, Vrhovnog vojnog suda i vrhovnih sudova republika i autonomnih pokrajina održanog u Beogradu 28. i 29.5.1986. godine – Pregled sudske prakse, Prilog Naše zakonitosti, br. 32/87, odl. 15.

„Bespravno izgrađeni objekt predmet je prava vlasništva i uživa sudsku zaštitu“ – Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev-279/94 od 18.2.1998, Izbor odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, br. 1/98, odl. 4.

⁵⁸ Slično i Z. Rašović, *Stvarno pravo*, četvrto izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Podgorica, 2010, str. 205.

⁵⁹ R. Kovačević Kuštrimović i M. Lazić, *Stvarno pravo*, Niš, 2006, str. 199.

⁶⁰ V. Spaić, *Građansko pravo, Opšti dio i Stvarno pravo*, Sarajevo, 1971, str. 641.

određenim slučajevima može steći i odlukom suda ili drugog nadležnog organa,⁶¹ tužitelj ovo pravo može dokazati i prezentovanjem sudu takve odluke. On ne mora dokazivati da je imao državinu stvari čije vraćanje traži ako je pravo svojine mogao steći i bez predaje stvari (npr. nasljednik koji još nema državinu stvari, te lice koje je derivativnim putem steklo pravo svojine na pokretnoj stvari na osnovu samog ugovora – *constitutum possessorium* i *cesio vindicationis*).⁶² Tužitelj ne mora dokazivati da njegovo pravo svojine i dalje traje, jer ko tvrdi da je ovo pravo prestalo, mora to i dokazati.⁶³ On nije u obavezi da dokazuje pravo svojine ako ta činjenica među strankama nije sporna, a sud to neće uvažiti ako se radi o slučajevima nedozvoljenih raspolaganja.⁶⁴

Vlasnik stvari ima pravo da zahtijeva predaju stvari od svakog lica kod koga se ta stvar neovlašćeno (bespravno) nalazi, jer on time vrijeđa njegovo pravo. Za ovu parnicu je bitno da tuženi drži stvar bez odgovarajućeg pravnog osnova, čak i u slučaju kada je ta osnova ranije postojala, ali je otpala prije podnošenja tužbe. Ovdje nije od značaja na koji način je vlasnik-tužitelj ostao bez državine svoje stvari, da li ju je sam dobrovoljno predao nekom drugom licu ili mu je ta stvar ukradena ili ju je pak izgubio.⁶⁵ Od prekarijalnog držaoca vlasnik može zahtijevati predaju stvari u svako doba. Uz tužbeni zahtjev za predaju stvari ne može se postaviti alternativni tužbeni zahtjev za isplatu novčane protivvrijednosti te stvari, ako za takav zahtjev nema materijalnopravne osnove.⁶⁶ Pasivno legitimisan u ovoj parnici je držalac stvari bez obzira na to da li se radi o samostalnom ili nesamostalnom držaocu. Pomoćnik u državini⁶⁷ nije držalac stvari i pasivno legitimisano je ono lice čiju faktičku vlast on izvršava.⁶⁸ Vlasnik ima pravo i od savjesnog držaoca tražiti predaju stvari,⁶⁹ osim ako je ovaj u izuzetnim slučajevima uspio da na stvari pribavi svojinu od nevlasnika.⁷⁰ Savjesni držalac dužan je predati vlasniku državinu njegove stvari u onom stanju u kakvom je bila u času kada je primio zahtjev vlasnika. S obzirom na to da tužbeni zahtjev glasi na povrat stvari, tuženi će najčešće biti neposredni držalac stvari. Ako je tuženi posredni držalac, od njega se može zahtijevati vraćanje stvari u posrednu državinu.⁷¹ Međutim, mislimo da nema prepreka ni da se od posrednog držaoca traži

⁶¹ Član 23 ZSP-a.

⁶² O. Stanković i M. Orlić, *Stvarno pravo*, drugo izdanje, Beograd, 1982, str. 203.

⁶³ Č. Rajačić, op. cit., str. 213.

⁶⁴ Vidi član 3 st. 2 Zakona o parničnom postupku – ZPP (Službeni glasnik RS br. 58/03 i 85/03).

⁶⁵ Vidi: B. Vizner, *Komentar Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima*, Zagreb, 1980, str. 262.

⁶⁶ Vidi članove 403–408 ZOO-a.

⁶⁷ Član 306 ZSP-a.

⁶⁸ N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj i Z. Stipković, op. cit., str. 595.

⁶⁹ Slično i Vrhovni sud Hrvatske, Rev-29/81 od 19.5.1981, M. Žuvela, *Vlasničkopravni odnosi, Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Zakon o zemljišnim knjigama*, Zagreb, 2004, str. 317.

⁷⁰ V. Spaić, *Osnovi građanskog prava II, Stvarno pravo*, treće dopunjeno i izmijenjeno izdanje, Sarajevo, 1962, str. 272.

⁷¹ N. Gavella, *Posjed stvari i prava*, Zagreb, 1990, str. 143.

da pribavi stvar od neposrednog držaoca i da je nakon toga preda vlasniku. Tužbe protiv posrednog i protiv neposrednog držaoca se međusobno ne isključuju.⁷² Tužitelj pored dokazivanja prava svojine mora da dokaže i da se sporna stvar nalazi u državini tuženog⁷³ u vrijeme donošenja presude. Stvarnopravni karakter ove tužbe je u činjenici da je ona dozvoljena ne samo protiv lica koje je državinu oduzelo, već i protiv bilo koga ko sada drži spornu stvar. Vlasnik koji je, makar i samovoljno, stekao državinu stvari, ne može u parnici tražiti da se bivšem držaocu naloži da mu tu stvar preda u državinu.⁷⁴

Vlasnik mora predmetnu stvar tako individualizovati da u pogledu identiteta ne može da bude nikakvih dilema⁷⁵. Stvar povodom koje se vodi ova parnica mora biti pojedinačno određena. Stvari koje se ne mogu individualizovati ne mogu biti predmet vindikacijske tužbe.⁷⁶ Generične stvari (koje su određene svojim rodom) npr. ne mogu biti predmet ove tužbe. U takvom slučaju može se podnijeti tužba za naknadu štete ili tužba iz neosnovanog obogaćenja. Kada bi se ovo dopustilo, vlasnik bi dobio stvar istog roda jednake vrijednosti i to je kompenzacija štete u naturi u čijoj osnovi je obligacionopravni zahtjev.⁷⁷ Ako se generična stvar individualizuje i odvoji od stvari iste vrste, tako da se otkloni svaka sumnja u njenu istovjetnost, tada može da bude predmet ove tužbe.⁷⁸ Zbirne stvari, takođe, ne mogu biti predmetom tužbe, već samo svaka pojedinačna stvar koja se nalazi u ovom zbiru koju kao takvu treba navesti, jer zbirna stvar nije posebna stvar.⁷⁹ Individualizovanje predmeta spora treba učiniti po osobinama stvari ili nekim znacima po kojima se razlikuje od ostalih stvari iste vrste, kako bi se otklonila svaka neizvjesnost i kako ne bi došlo do spora prilikom eventualnog izvršenja. Nekretnine se najčešće označavaju podacima i oznakama iz zemljišnih knjiga. Ukoliko to nije moguće, nekretninu treba označiti na drugi podesan način da se ona jasno raspoznaje.⁸⁰ Stvari koje ne mogu biti objekt prava svojine, sasvim razumljivo ne mogu biti ni predmet ove tužbe. Objekt prava svojine mora u stvarnosti postojati da bi se povodom njega vodila vlasnička parnica. Ovom tužbom ne može se tuženom nalagati nemoguća činidba odnosno nešto što ne može ispuniti, primjera radi vraćanje propale ili nestale stvari odnosno stvari koja je izgubila upotrebnu vrijednost. Tužbeni zahtjev mora biti određen i u pogledu same

⁷² Z. Rašović, op. cit., str. 201.

⁷³ Član 127 st. 1 ZSP-a.

⁷⁴ Vrhovni sud Hrvatske, Rev-121/88 od 8.9.1988, Pregled sudske prakse, Prilog Zakonitosti, br. 43/89, odl. 39.

⁷⁵ Član 127 st. 2 ZSP-a.

⁷⁶ E. Statovci, op. cit., str. 243.

⁷⁷ D. Petrović, „Građansko-pravna zaštita svojine“, u Zborniku radova „Promjene u pravu svojine, Transformacija društvene svojine“, Sarajevo, 1990, str. 66.

⁷⁸ Određena količina generičnih stvari treba da je posebno obilježena i na taj način dovoljno određena.

⁷⁹ Vidi odluku Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Rev-3872/94 od 12.1.1995, u Z. Rašović, op. cit., str. 213.

⁸⁰ Vidi o tome mišljenje B. Hrvatina, „Stjecanje prava vlasništva na nekretninama i zaštita prava vlasništva“, *Informator* br. 4704–4705, str. 20–22.

stvari, a i u pogledu načina njenog vraćanja.⁸¹

Ako tuženi napusti državinu stvari nakon što je parnica počela teći (litispendencija), pasivna legitimacija mu ne prestaje. Sud ga u ovakvom slučaju može obavezati na naknadu pune vrijednosti stvari⁸². Da bi uspio u parnici, tužitelj će morati dokazati postojanje držvine tuženog do tog vremena. Ukoliko je tuženi napustio državinu stvari prije litispencije, on više nije pasivno legitimisan za učešće u ovoj parnici. Tada se tužbeni zahtjev tužitelja odbija, a tužitelju ostaje mogućnost zahtjeva za naknadu eventualne štete ako su za to ispunjene pretpostavke.⁸³ U slučaju da u vrijeme pokretanja parnice tuženi nije bio držalac stvari, ali to tokom postupka postane, sud može u odnosu na njega usvojiti tužbeni zahtjev, zbog toga što se presuđuje na bazi činjenica koje postoje u momentu zaključenja glavne rasprave.⁸⁴ Ako je tuženi zavarao tužitelja time što je lažno tvrdio da drži spornu stvar, on odgovara za svu štetu koja je nastala zbog takvog ponašanja.⁸⁵

Prigovori držaoca

Držalac ima pravo da odbije predaju stvari vlasniku ako ima pravo na državinu.⁸⁶ To pravo može biti obligacionopravne, stvarnopravne ili neke druge prirode.⁸⁷ On se protiv zahtjeva tužitelja može braniti peremptornim i dilatornim prigovorima.⁸⁸ Peremptorni prigovori negiraju i trajno onemogućuju zahtjev tužitelja, dok ga dilatorni prigovori zaustavljaju. Radi se o prigovorima materijalnopravne prirode, jer se njima osporava zahtjev tužitelja za predaju stvari. Peremptornim prigovorima se zahtjev tužitelja negira zbog nedostatka aktivne ili promašene pasivne legitimacije. Ovim prigovorima može se npr. dokazivati da je pravni posao na kome tužitelj zasniva sticanje prava svojine ništav ili da na tužitelja pravo svojine nije prenio vlasnik stvari itd. To su prigovori kojima se osporava sticanje prava svojine tužitelja. Isto tako, ovim prigovorima može se dokazivati da je pravo svojine tužitelja prestalo, dakle, ne osporava se da je to pravo nekada postojalo, ali se ističe da je u vrijeme vođenja postupka, zbog određenih okolnosti, to pravo prestalo postojati. Najčešći peremptorni prigovori su da je tuženi stekao svojину poslije tužitelja (održajem, od

⁸¹ O. Jelčić, „Zaštita prava vlasništva“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 21, br. 1/00, str. 331.

⁸² Član 127 st. 3 ZSP-a.

⁸³ Slično i Vrhovni sud Hrvatske, Rev-1730/90 od 21.11.1990, Pregled sudske prakse, Prilog Zakonitosti, br. 51, odl. 35.

⁸⁴ O tome: S: Triva, V. Belajec i M. Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 1986, str. 460 i dr.

⁸⁵ Analogno i član 162 st. 3 Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske (Narodne novine br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09).

⁸⁶ Član 128 st. 1 ZSP-a.

⁸⁷ B. Radošević, „Građanskopravna zaštita prava svojine“, *Pravni život*, br. 11/07, str. 564.

⁸⁸ Pored njih tuženi može istaći i više procesnih prigovora koji nisu predmet našeg razmatranja.

nevlasnika i sl.), zatim da je tužitelj otuđio stvar u svoje ime iako nije bio vlasnik, a poslije da ju je stekao u vlasništvo, te da je tužitelj prodao nekretninu, a da tuženi još nije stekao pravo svojine upisom u zemljišnu knjigu.⁸⁹ Protiv ove tužbe tuženi se može braniti i prigovorom promašene pasivne legitimacije, ako stvar koja je predmet spora nije u njegovoj državini, odnosno ako je ta stvar u međuvremenu propala, uništena ili potrošena. Dilatorni prigovori zaustavljaju zahtjev tužitelja. Ovim prigovorima tuženi ne osporava tužitelju pravo svojine na stvari niti spori da spornu stvar drži, ali tvrdi da za svoju državinu ima propisno ovlašćenje. Primjera radi, ono može da se bazira na nekom obligacionom odnosu sa tužiteljem (npr. zakup, posluga), pod uslovom da vrijeme državine još nije proteklo. Isto tako, tuženi se može braniti da stvar drži kao imalac nekog stvarnog prava, kao npr. prava plodouživanja, upotrebe, zaloga na pokretnoj stvari, itd. koje mu takođe daje ovlašćenje za držanje stvari. Radi se o pravima na tuđoj stvari, a nije od uticaja da li je pravo stečeno na osnovu ugovora sa tužiteljem, odlukom suda ili na osnovu zakona. Ako vraćanje stvari traži lice koje je svojinu i posrednu državinu steklo prenosom zahtjeva za vraćanje stvari, razumljivo je da tuženi može prema tom licu istaći sve prigovore prava na državinu koje je imao i prema ranijem vlasniku.⁹⁰ Ukoliko je tuženi nesamostalni držalac, on se od zahtjeva da preda državinu stvari može braniti imenovanjem posrednog samostalnog držaoca čiju višu vlast priznaje i iz čije državine izvodi svoju državinu.⁹¹ Ovo će biti uspješno u slučaju da tuženi izvodi svoju državinu od lica koje je bilo ovlašćeno da mu da vlasnikovu stvar u državinu.

Položaj savjesnog držaoca

Savjestan držalac je onaj koji ne zna ili ne može znati da nema pravo na državinu. Savjesnost državine se pretpostavlja.⁹² Da li se radi o savjesnom ili nesavjesnom držaocu treba utvrditi u svakom konkretnom slučaju, jer je pozicija savjesnog držaoca povoljnija od pozicije nesavjesnog držaoca.⁹³ Primjera radi, ako se radi o prekarijumu koji traje do opoziva, prekarista do opoziva ima položaj savjesnog držaoca, a ako tada uskrati vraćanje stvari vlasniku, postaje nesavjestan držalac.⁹⁴ Vlasnik je ovlašćen zahtijevati predaju stvari i od savjesnog držaoca, koji njegovu stvar drži bez pravnog osnova. Međutim, samo vraćanje stvari ne može u potpunosti da zadovolji vlasnika. Zato je regulisano kakve obaveze ima savjesni držalac prema vlasniku u odnosu na plodove i koristi koje je stvar dala od njenog oduzimanja do

⁸⁹ „Kupac kome je na temelju valjanog pravnog posla nekretnina predana, iako nije stekao vlasništvo, jer nije izvršen upis u zemljišne knjige, može se s uspjehom protiviti zahtjevu vlasnika za povrat prodane stvari” – Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev-1060/91 od 26.9.1991, Izbor odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, 1993, odl. 10.

⁹⁰ Član 128 st. 2 ZSP-a.

⁹¹ Član 128 st. 3 ZSP-a.

⁹² Član 312 stav 4 i 5 ZSP-a.

⁹³ Obim odgovornosti zavisi od kvaliteta državine.

⁹⁴ Analogno i Vrhovni sud Vojvodine, Rev-758/86 od 10.12.1986, Sudska praksa, br. 5/87, str. 38.

povratka na osnovu zahtjeva vlasnika, te kakva je odgovornost savjesnog lica u pogledu pogoršanja i propasti stvari. Takođe, propisana su pravila i u pogledu troškova koje je savjesni držalac imao povodom stvari za vrijeme njenog držanja. Savjestan držalac predaje stvar vlasniku sa plodovima koji još nisu ubrani.⁹⁵ Ovi plodovi su sastavni dijelovi vlasnikove stvari i pripadaju vlasniku. Odvojeni plodovi za vrijeme savjesnog držanja sporne stvari pripadaju držaocu, jer je on vjerovao da je vlasnik stvari. Pored prirodnih, on ima pravo i na civilne plodove (npr. najamninu). Vlasnik nema pravo na naknadu za ubrane, otuđene ili potrošene plodove. No, on ima pravo da vrijednost tih plodova i drugih koristi koje je držalac imao od stvari odbije od onih troškova na koje savjesni držalac ima pravo, prema cijenama u vrijeme presuđenja. Savjesni držalac nije dužan platiti naknadu za upotrebu i koristi koje je imao od stvari, a ne odgovara ni za pogoršanje i eventualnu propast stvari koji su nastali za vrijeme takve državine.⁹⁶ Kod upotrebe identitet stvari ostaje očuvan uz moguće smanjenje njene vrijednosti zbog upotrebe.⁹⁷ Ovaj držalac treba vratiti stvar vlasniku u onom stanju u kojem se stvar nalazi u momentu podnošenja tužbe. On ima pravo na određene troškove koje je imao povodom stvari. Kada ovo ne bi bilo predviđeno, vlasnik bi se na njegov račun neosnovano obogatio. Savjesni držalac ima pravo na naknadu nužnih troškova za održavanje stvari, te korisnih troškova u mjeri u kojoj je vrijednost stvari povećana.⁹⁸ Pravo na ovu naknadu uređeno je opštim pravilima obligacionog prava. Nužni troškovi su oni koji su neophodni za samo održanje stvari i bez njih bi stvar propala u cijelosti ili djelimično (određuju se po objektivnom kriterijumu). Ovdje spadaju i troškovi koje je držalac imao ispunjavajući i određene obaveze u pogledu stvari, koje mogu biti privatnopravne i javnopravne prirode. Smatra se da bi ove troškove preduzeo i sam vlasnik da je imao državinu te stvari. Radi se o troškovima popravke stvari, tekućeg i investicionog održavanja, plaćanja poreza i tome slično. Pravo savjesnog držaoca na naknadu tih troškova postoji samo ako rezultat (efekat) još postoji, ako se njihovim snošenjem stvar održala. Korisni troškovi su oni koji nisu neophodni, ali kojima se povećava vrijednost određene stvari. Da li je u konkretnom slučaju došlo do povećanja vrijednosti stvari prosuđuje se prema objektivnom (tržišnom) kriterijumu. Savjesni držalac ima pravo na naknadu za iznos za koji se objektivno povećala vrijednost stvari. Ipak, ako je potrošio manje od povećanja vrijednosti stvari, on ima pravo samo na naknadu troškova koje je zaista imao. Luksuzni su oni troškovi koji su učinjeni radi svog zadovoljstva ili uljepšavanja stvari. To su troškovi subjektivne prirode, koje vlasnik ne bi snosio da se stvar

⁹⁵ Član 129 st. 1 ZSP-a.

⁹⁶ Član 129 st. 2 ZSP-a.

To je iznimka od opštih pravila o odgovornosti za štetu.

⁹⁷ Vidi Zaključak sa savjetovanja građanskih i građansko-privrednih odjeljenja bivšeg Saveznog suda, vrhovnih sudova republika i autonomnih pokrajina i Vrhovnog vojnog suda od 13. i 14. 6. 1984, Zbirka sudskih odluka, 1984, knjiga IX, sveska 2, str. 34.

⁹⁸ Član 129 st. 3 ZSP-a.

Zakon ne daje definiciju nužnih i korisnih troškova, osim što su kao nužni troškovi navedeni oni za održavanje stvari, a kao korisni oni koji vrijednost stvari povećavaju.

kod njega nalazila. U principu, savjesni dr̄žalac nema pravo na ove troškove, ali ako je usljed toga došlo do povećanja vrijednosti same stvari, imao bi pravo na naknadu (dakle, ako su istovremeno i korisni). Savjesni dr̄žalac ima pravo da ono što je učinjeno radi zadovoljstva ili uljepšavanja stvari odvoji od stvari i zadr̄ži za sebe, ako se to može uraditi bez oštećenja stvari (*ius tollendi*).⁹⁹ Ono što se ne može odvojiti i dalje je dio vlasnikove stvari i mora se predati vlasniku. Pravo na nužne i korisne troškove savjestan dr̄žalac će moći ostvariti samo ako se vlasniku može izvršiti povrat stvari. U situaciji kada vlasnik ne može dobiti u državinu svoju stvar, ni ovaj dr̄žalac razumljivo nema pravo na naknadu. Savjesni dr̄žalac ima pravo retencije (zadržanja) vlasnikove stvari dok mu se ne nadoknadi iznos nužnih i korisnih troškova koje je imao u vezi sa održavanjem stvari.¹⁰⁰ Prigovor prava zadržanja je materijalnopravni prigovor koji je sredstvo odbrane za tog držaoca, ali i sredstvo pritiska na vlasnika stvari. To pravo ne pripada posrednom držaocu stvari. Naravno, pravo zadržanja se može koristiti samo ako su ti troškovi veći od koristi koje je savjesni dr̄žalac imao od stvari. Vrijednost plodova i drugih koristi koje je dr̄žalac imao od stvari odbiće se od troškova koje dr̄žalac osnovano traži.¹⁰¹ Troškovi i vrijednost plodova obračunavaju se prema cijenama u vrijeme presuđenja.¹⁰² Ovdje se primjenjuju opšta pravila o zadržanju,¹⁰³ a to znači da savjestan dr̄žalac ne može koristiti to pravo u pogledu onih stvari vlasnika koje se ne smiju zadržati. Pravo zadržanja – retencije može se vršiti ne samo kad se dr̄ži dužnikova pokretna stvar, već i kad se dr̄ži dužnikova nekretnina.¹⁰⁴ Ako ne dobije naknadu za troškove koja mu pripada, savjesni dr̄žalac ima pravo na namirenje iz vrijednosti zadržane stvari po pravilima o namirenju. Pozivajući se na pravo zadržanja taj dr̄žalac mora istovremeno postaviti i određeni zahtjev za naknadu troškova da bi sud mogao o tome donijeti odluku. Potraživanje troškova na koje savjesni dr̄žalac ima pravo zastarijeva u roku od tri godine od dana predaje stvari vlasniku.¹⁰⁵ Zahtjev za troškove može se postaviti u istoj parnici koja se vodi radi vraćanja stvari, a može se postaviti i samostalno. Propuštanjem ovog roka gubi se pravo na zahtjev za prinudno izvršenje obaveze, jer se ta obligacija pretvorila u naturalnu obligaciju.

Položaj nesavjesnog držaoca

Nesavjestan dr̄žalac zna ili može znati da mu ne pripada pravo na državinu stvari. Savjestan dr̄žalac postaje nesavjestan od dostavljanja tužbe, ako sud usvoji

⁹⁹ Član 129 st. 4 ZSP-a.

¹⁰⁰ Član 129 st. 5 ZSP-a.

¹⁰¹ Član 129 st. 6 ZSP-a.

¹⁰² Član 129 st. 7 ZSP-a.

¹⁰³ Vidi članove 286–289 ZOO-a.

¹⁰⁴ Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev-933/00 od 29.1.2002, u N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj i Z. Stipković, op. cit., str. 610.

¹⁰⁵ Član 129 st. 8 ZSP-a.

tužbeni zahtjev, a vlasnik ima pravo da dokazuje da je savjestan držalac postao nesavjestan i ranije.¹⁰⁶ Nesavjestan držalac vraća stvar vlasniku u onom stanju u kakvom se nalazila u momentu zasnivanja državine. Za razliku od savjesnog držaoca, on odgovara i za faktička raspolaganja. Zato je dužan da vrati stvar sa svim plodovima (prirodnim i civilnim) koje je stvar dala za vrijeme njegove državine, a obavezan je naknaditi vlasniku vrijednost i onih plodova koje je potrošio, otuđio ili propustio da ubere¹⁰⁷.¹⁰⁸ Novčana naknada za plodove koje je nesavjestan držalac potrošio, otuđio ili uništio, kao i za plodove koje je propustio da ubere određuje se prema cijenama u vrijeme donošenja sudske odluke.¹⁰⁹ Nesavjestan držalac je „kriv” što je držao stvar iako nije bio ovlašćen da je drži, pa vlasnik može od njega zahtijevati i ono što od savjesnog ne bi mogao.¹¹⁰ Neubrani plodovi još nisu samostalna stvar, oni su sastavni dio glavne stvari i dijele sudbinu vindikacije sa tom stvari, pa se ne može tražiti njihova predaja niti naknada. Ako se radi o individualno određenom plodu koji je samostalna stvar, zahtjev vlasnika je stvarnopravne naravi, a u slučaju ubranih plodova određenih po rodu (generičkih) koji nisu individualno određene stvari, zahtjev je obligacionopravne prirode. Plodovi po rodu treba da se vlasniku vrate po vrsti, broju i količini, što u stvari znači naknadu materijalne štete uspostavom ranijeg stanja.¹¹¹ Isto tako, nesavjestan držalac ima obavezu i da nadoknadi štetu koja je nastala pogoršanjem ili propašću stvari, jer je to česta posljedica njene upotrebe. Izuzetak postoji jedino u slučaju ako bi ta šteta nastala i da se stvar nalazila kod samog vlasnika.¹¹² Nesavjestan držalac ima pravo na naknadu nužnih i korisnih troškova. Pri tome je relevantno da li bi te nužne troškove imao i vlasnik da se stvar nalazila kod njega, dok je kod korisnih troškova bitno da su oni objektivno korisni za samog vlasnika (subjektivan kriterijum koristi).¹¹³ Ovaj držalac nema pravo na naknadu luksuznih troškova, osim ako je vrijednost stvari objektivno povećana za vlasnika.¹¹⁴ To je razlika u odnosu na ZOSPO, koji ovo nije predviđao.¹¹⁵ Kao i savjesni, i nesavjesni držalac ima pravo na odnošenje (*ius tollendi*) na osnovu kojeg može da uzme sebi ono što je na ime tih troškova dodato stvari, pod uslovom da se to može odvojiti od stvari bez njenog oštećenja. Ovo pravo se može vršiti i protiv vlasnikove volje.

¹⁰⁶ Član 130 st. 7 ZSP-a.

¹⁰⁷ Član 130 st. 1 i 2 ZSP-a.

¹⁰⁸ „U slučaju naknade protivvrednosti ubranih i potrošenih plodova nesavesni držalac duguje kamatu od dana prispeća i branja plodova pa do isplate” – Vrhovni sud Vojvodine, Rev-644/86 od 5.11.1986, Sudska praksa, br. 10/87, str. 35.

¹⁰⁹ Zaključak sa savjetovanja građanskih i građansko-privrednih odjeljenja bivšeg Saveznog suda, vrhovnih sudova republika i autonomnih pokrajina i Vrhovnog vojnog suda od 1. i 2.6.1988. godine – v. A. Radovanov, *Načelni stavovi i pravna shvatanja*, Novi Sad, 2000, str. 253–255.

¹¹⁰ N. Gavella, *Posjed stvari i prava...*, str. 149.

¹¹¹ Naturalna restitucija iz člana 185 stav 1 ZOO-a.

¹¹² Član 130 st. 3 ZSP-a.

¹¹³ Član 130 st. 4 i 5 ZSP-a.

¹¹⁴ Član 130 st. 6 ZSP-a.

¹¹⁵ Vidi član 39 ZOSPO-a.

Rok zastare za potraživanja nesavjesnog držaoca iznosi tri godine od dana predaje stvari vlasniku. Isti rok određen je i kada se radi o zahtjevima vlasnika za naknadu za ubrane plodove koje je nesavjesni držalac potrošio ili otuđio i za plodove koje je propustio da ubere, te za zahtjev za predaju ubranih plodova određenih po rodu.¹¹⁶ U tim slučajevima se isključuje primjena odredbe ZOO-a o zastarjelosti potraživanja. Navedeni rok ne odnosi se na zahtjev vlasnika za predaju ubranih plodova koji po svojim osobinama predstavljaju samostalnu stvar. Pravo vlasnika da od nesavjesnog držaoca zahtijeva predaju takvih plodova može se ostvariti tužbama za zaštitu prava svojine koje ne zastarijevaju.¹¹⁷

Tužba iz pretpostavljene svojine

Ovdje se ne radi o pravoj vlasničkoj tužbi, jer tužitelj umjesto prava svojine treba dokazati pretpostavljenu svojinu (publicijanska tužba, *actio Publiciana*).¹¹⁸ Dakle, mada petitorna, to nije tužba vlasnika, već lica čija se državina bazirala na činjenicama uz koje zakon vezuje pretpostavku svojine. Ova tužba je u najvećoj mjeri slična reivindikaciji. Kao i ostale vlasničke tužbe, vodi porijeklo iz rimskog prava, a ime je dobila po pretoru Publicijusu pred kraj Republike.¹¹⁹ Pošto je veoma korisna, jer omogućava postizanje cilja bez posebnog tereta dokazivanja i bez strogog formalizma, poznaju je sva moderna prava. Sadržaj tužbenog zahtjeva je identičan sa pravom vlasničkom tužbom, a razlika postoji u tome što se zahtjev ne temelji na pravu svojine, nego na pretpostavci postojanja tog prava u vrijeme oduzimanja državine. Radi se o presumpciji koju tuženi može obarati. Pretpostavljeni vlasnik ne dokazuje pravo svojine već pravne činjenice uz koje se vezuje pretpostavka o postojanju svojine. Tužitelj u postupku mora dokazati pravni osnov i zakonit način sticanja svoje državine (savjesnost državine se pretpostavlja, a treba postojati za sve vrijeme trajanja), te da se sporna stvar nalazi kod tuženog i identitet stvari.¹²⁰ Pretpostavka svojine ne djeluje u korist lica koje nije bilo savjesni držalac.¹²¹ Prema tome, tužitelj je lice koje pretenduje da ima svojinu i on dokazuje one činjenice iz kojih se vidi njegova pravna osnova za državinu. Razumljivo je da se sa ovom tužbom ne može uspjeti protiv vlasnika. Stranke, dakle, sučeljavaju svoje pravne osnove na državinu, a imalac jačeg osnova može se koristiti pretpostavkom svojine. Ratio ove tužbe je u činjenici da je dokazivanje svojine, pogotovo svojine prednika, zbog određenih okolnosti nekada gotovo nemoguće (*probatio diabolica*), pa je položaj tužitelja u

¹¹⁶ Član 130 st. 8 ZSP-a.

¹¹⁷ Zaključak sa savjetovanja građanskih i građansko-privrednih odjeljenja bivšeg Saveznog suda, vrhovnih sudova republika i autonomnih pokrajina i Vrhovnog vojnog suda od 1. i 2.6.1988. godine – v. A. Radovanov, op. cit., str. 253–255.

¹¹⁸ Član 131 st. 1 ZSP-a.

¹¹⁹ O tome: Ž. Bujuklić, *Forum romanum, Rimski država, pravo, religija i mitovi*, Drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2006, str. 102–103.

¹²⁰ Vidi član 131 st. 3 ZSP-a.

¹²¹ Član 131 st. 4 ZSP-a.

ovoj parnici olakšan. Zato se tom tužbom često koristi i sam vlasnik. Pretpostavka svojine djeluje samo u odnosu na tuženog i nema apsolutno dejstvo (*erga omnes*). Tuženi je držalac stvari, a irelevantno je da li je do državine došao neposredno od tužitelja ili od trećeg lica. Tužitelj ima obavezu da dokaže da tuženi drži spornu stvar, a na tuženom je da dokaže da je njegova pravna osnova državine jača ili bar ista sa tužiteljevim. Ovom tužbom, kao i pravom vlasničkom, može se tražiti vraćanje samo individualno određene stvari. Pri tome, nije od uticaja da li se radi o pokretnoj ili nepokretnoj stvari. ZSP daje kriterijume za ocjenu koja od stranaka ima jaču pravnu osnovu u određenim situacijama.¹²² Tako, u slučaju da se oba lica smatraju pretpostavljenim vlasnicima, jaču pravnu osnovu ima lice koje može dokazati svog nesumnjivog prednika. Ako obje stranke to mogu uraditi ili pak ne može nijedna od njih, jača je pravna osnova onog lica koje je spornu stvar steklo teretno (npr. kupoprodajom, zamjenom) u odnosu na lice koje je stvar steklo besteretno (npr. poklonom). U situaciji kada su pravne osnove iste jačine, prioritet ima ona strana kod koje se stvar nalazi ili kojoj je stvar prvo predana (primjena maksime koja datira iz rimskog prava – u slučaju ravnog prava stvar pripada držaocu). Na odnose pretpostavljenog vlasnika i savjesnog i nesavjesnog držaoca na odgovarajući način primjenjuju se odredbe zakona koje regulišu odnose vlasnika i ovih držalaca.¹²³ Tuženi protiv ovog zahtjeva, kao i protiv reivindikacijskog, može izjaviti peremptorne i dilatorne prigovore. Pored toga, zbog pravne prirode ove tužbe, tuženom stoje na raspolaganju i neki specifični prigovori. Oni se odnose na prigovor prava svojine, odnosno jačeg ili istog pravnog osnova na državinu, te prigovore kojima tuženi negira da je tužitelj imao kvalifikovanu državinu stvari ili da je ta državina do trenutka oduzimanja izgubila ta svojstva. Ukoliko je među strankama već riješen spor u pogledu svojine stvari, razumije se da nema mjesta podnošenju ove tužbe.

Tužba zbog smetanja, odnosno uznemiravanja

Povreda prava vlasništva može biti izvršena ne samo oduzimanjem stvari iz državine, nego i radnjama koje uznemiravaju vlasnika stvari u vršenju njegovih ovlašćenja. Negatorna tužba (*actio negatoria*) je vlasnička tužba koja se podiže u slučaju protivpravnog uznemiravanja vlasnika.¹²⁴ Dakle, ovdje nije došlo do oduzimanja sporne stvari iz vlasnikove državine, već do smetanja prava svojine na drugi način odnosno parcijalne povrede svojine.¹²⁵ Zbog toga se ova tužba razlikuje od

¹²² Član 131 st. 2 ZSP-a.

U modernim pravima je prihvaćeno stanovište da kriterijume o tome treba odrediti zakonskom normom, a ne prepustiti u potpunosti odluci suda.

¹²³ Član 131 st. 5 ZSP-a.

¹²⁴ Član 132 st. 1 ZSP-a.

Formula ove tužbe je u rimskom pravu bila sastavljena negativno zbog čega se smatra da je po njoj i dobila ime – v. I. Babić, *Građansko pravo – Uvod u građansko pravo i Stvarno pravo*, Banja Luka, 2008, str. 247.

¹²⁵ U rimskom pravu ova tužba je služila kviritskom vlasniku protiv trećeg lica koje je prisvajalo neko

reivindikacione i publicijanske, jer je usmjerena na postizanje potvrde o nepostojanju prava na stvari koji ističe tuženi.¹²⁶ Osnova za podnošenje te tužbe leži u isključivosti prava svojine. Vlasnik (ili pretpostavljeni vlasnik) ima ovlaštenje da štiti pravo svojine od svih uznemiravanja koja nemaju pravne osnove. Nije od značaja da li je uznemiravanjem pričinjena šteta i da li za to postoji krivica lica koje ga vrši (to može biti od uticaja u eventualnoj parnici za naknadu štete).¹²⁷ Radnje koje se kvalifikuju kao uznemiravanje mogu biti različite. Uznemiravanje može da se zasniva na pozitivnoj radnji (činjenju) ili na nekom propuštanju (nečinjenju) trećeg lica da uradi ono na što bi, inače, bio obavezan. Da li neka radnja odnosno propuštanje predstavlja uznemiravanje određuje se zavisno od okolnosti svakog konkretnog slučaja. Verbalno uznemiravanje ne predstavlja osnovu za negatornu tužbu. Protiv takvog uznemiravanja vlasnik se može štititi tužbom za utvrđenje ili državinskom tužbom. Uznemiravanja moraju biti protivpravna odnosno takva koja su preduzeta bez ovlaštenja ili koja se ne zasnivaju na zakonskim ograničenjima prava svojine. Nije relevantno uznemiravanje koje je posljedica prirodnog ili slučajnog događaja odnosno više sile. Uticaji na stvar mogu poticati od radnje trećeg lica ili od stanja i osobina stvari koju to lice drži, a i od napravljenog uređaja. Odgovornost trećeg lica za stvari ima opravdanje u tome što vlasnik koji je ovlašćen da disponira i koristi stvar, pored mogućnosti da izvlači koristi iz nje, ima i obavezu da odgovara za opasna stanja koja iz te stvari proizlaze. Najčešće se uznemiravanje vrši na nekretninama vlasnika,¹²⁸ ali se to može desiti i na pokretnim stvarima.¹²⁹ Ovlaštenja koja sadrži pravo svojine na nekretninama odnose se i na vazdušni prostor iznad nekretnina u mjeri koja je potrebna za njihovo normalno korišćenje.¹³⁰ Broj radnji kojima se može vršiti uznemiravanje faktički je neograničen. Uznemiravanje treba da ima trajan karakter. Potrebno je da se preduzetim radnjama stvori trajno stanje ili da se te radnje ponavljaju odnosno da se može s osnovom očekivati da će se one opet ponoviti.¹³¹ Negatornom tužbom ne štiti se svojina od nečega što je bilo i prošlo¹³² Cilj ove zaštite je suzbijanje svake pretenzije trećih lica u odnosu na vlasnikovu stvar koja bi dovela do uznemiravanja ili smetanja faktičke realizacije vlasničkih ovlaštenja. Treće lice ne mora da vrši ove radnje u cilju prisvajanja nekog prava. Vlasnik želi prestatopravo ili na drugi način smetalo vlasniku, iako nije osporavalo njegovo pravo svojine. Tužbeni zahtjev

je bio usmjeren na to da se utvrdi da tuženom ne pripada pravo koje je prisvajao. Vidi: D. Stojčević, *Rimsko pravo*, sveska prva, sedmo izdanje, Beograd, 1960, str. 164.

¹²⁶ Negatorna tužba ima određene sličnosti sa tužbom zbog smetanja državnine. Kada proteknu prekluzivni rokovi za državinsku zaštitu, može se podnijeti negatorija koja ne zastarijeva.

¹²⁷ Nije bitno da li tuženi vrši uznemiravanje namjerno ili u uvjerenju da na to ima pravo.

¹²⁸ Tada postoji isključiva nadležnost suda na čijem području se one nalaze.

¹²⁹ O tome: D. Lazarević, *Službenosti i susedsko pravo*, Prvo izdanje, Beograd, 2011, str. 468.

¹³⁰ Vrhovni sud Vojvodine, Rev-347/88 od 20.4.1988, Sudska praksa, br. 11/88, str. 32.

¹³¹ Šire o tome: R. Kovačević Kuštrimović, "Zahtev da se ukloni opasnost štete", *Pravni život*, br. 9–10/92, *Šteta i njena naknada*, I tom, str. 1229–1229.

¹³² Č. Rajačić, op. cit., str. 220.

nak protivpravnog uznemiravanja i njegov zahtjev treba da bude postavljen u ovom pravcu. Nije potrebno da se postavlja i zahtjev za utvrđenje da tuženom ne pripada pravo koje prisvaja, odnosno čiji sadržaj izvršava, osim ako se za to nema poseban pravni interes. U zavisnosti od načina uznemiravanja, tužitelj će tražiti uspostavljanje stanja koje je postojalo prije uznemiravanja ili prestanak radnji kojima se uznemiravanje vrši. Pri tome je dovoljno da se stvori takvo stanje u kome uznemiravajuće djelovanje više neće postojati. Troškovi uspostave ranijeg stanja padaju uvijek na teret tuženog, bez obzira na njegovu krivicu. Uspostava prijašnjeg stanja može se naložiti na način da tuženi ukloni izvor uznemiravanja ili da uradi radnju o svom trošku kojom će stvar tužitelja dovesti u stanje koje je postojalo prije uznemiravanja. Negatornom tužbom traži se i zabrana takvog ili sličnog uznemiravanja u budućnosti ako se prema prilikama može osnovano očekivati da će se ono ponoviti. Najveći broj uznemiravanja svojine vlasnika nekretnina potiče od prekomjernih imisija koje otežavaju korišćenje nekretnina preko uobičajene mjere s obzirom na namjenu nekretnina i na mjesne prilike ili koje izazivaju znatniju štetu.¹³³ Odgovornost za štetu nastalu usljed prekomjernih imisija zasniva se na povredi „norme tolerancije” između susjeda.¹³⁴ To nije odgovornost za krivicu, niti odgovornost iz zle namjere, niti zbog vršenja prava protivno njegovom cilju, već po osnovu uspostavljanja ravnoteže između dva ili više privatnih interesa.¹³⁵ U slučaju prekomjernih imisija prema standardu mjesnih prilika,¹³⁶ tuženi se može obavezati da preduzme određene tehničke mjere da bi se to smetanje svelo na tolerantne granice.¹³⁷ Iako su imisije susjedska prava, one ne moraju isključivo poticati sa susjedne nekretnine. Imisijama i drugim štetnim uticajima ne ugrožava se samo pravo svojine, već može da se ugrožava i pravo na zdravlje onih lica koja su im izložena, pa se sve više zastupa stav o nužnosti primjene normi o imisijama u cilju zaštite ljudskih prava (prvenstveno zdravlja) zanemarujući susjedske odnose.¹³⁸ Zaštita od imisija, po prirodi stvari, prevazilazi klasičan građanskopravni odnos dva subjekta, budući da se imisijama ugrožava životna sredina kao kolektivno dobro.¹³⁹ Odredba ZSP-a o imisijama je, inače, *lex specialis* u odnosu na odredbu ZOO-a kojom se uređuje zahtjev za uklanjanje opa-

¹³³ Vidi: D. Milić, „Zaštita od imisije i od zloupotrebe susjednog prava uopšte”, *Pravni život*, br. 12/87, str. 1445; L. Dujmov, „Građanskopravna (sudska) zaštita od nedopuštenih imisija”, *Odvjetnik*, 1–2/84, str. 1.

¹³⁴ Za štetu od imisija se odgovara ako prouzrokuju takve štetne posljedice koje premašuju uobičajene okvire koji se tolerišu u savremenoj sredini – v. Vrhovni sud BiH, GŽ-111/08 od 24.4.1980, Bilten Vrhovnog suda BiH, br. 2/80, str. 15.

¹³⁵ R. Kovačević Kuštrimović, *Vršenje prava svojine...*, str. 97–98.

¹³⁶ Vidi član 76 st. 4 i 5 ZSP-a.

¹³⁷ O specifičnoj negatornoj tužbi kao zaštiti od imisija v. I. Gliha, *Novo uređenje susjedskih odnosa u svjetlu prilagodbe hrvatskog građanskopravnog poretka europskim*, u Budimpeštanski simpozijum, Doprinosi reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope, Bremen, 2003, str. 60.

¹³⁸ Z. Rašović, „Negatorna tužba“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 1–2/06, str. 964.

¹³⁹ N. Petrušić, „Zaštita od imisija u građanskom sudskom postupku”, *Pravni život*, br. 12/03, str. 273.

snosti štete.¹⁴⁰ Prema tome, za sprečavanje djelovanja štetnih imisija postoje dvije vrste građanskopravne zaštite – stvarnopravna i obligacionopravna.¹⁴¹ Pored građanskopravne zaštite, koja često ne može u potpunosti da obezbijedi zaštitu od imisija, postoji i upravnopravna zaštita. U slučaju da vlasniku nepokretnosti prijete predvidiva opasnost s tuđe nepokretnosti od neposrednih i posrednih imisija koje nije dužan trpjeti, on može zahtijevati određivanje i provođenje odgovarajućih mjera sprečavanja. Međutim, ta opasnost mora biti konkretna i izvjesna, a ne uslovljena nekim potpuno neizvjesnim budućim događajem.¹⁴² Pravo na podizanje ove tužbe, kao i ostalih vlasničkih tužbi, ne zastarijeva. Tužitelj u ovakvim slučajevima može da zatraži i državinsku zaštitu, ukoliko za to postoje zakonom propisani uslovi. Aktivno legitimisan za podnošenje tužbe je vlasnik ili pretpostavljeni vlasnik,¹⁴³ a isto tako i suvlasnik odnosno zajednički vlasnik. On treba da ima neposrednu ili posrednu državinu svoje stvari. Za negiranje prava trećih lica nije od značaja činjenica ko vrši faktičku vlast na stvari. Naravno, aktuelni držalac ne smije biti tuženi, jer bi u tom slučaju došlo do podnošenja reivindikacione tužbe.¹⁴⁴ Ovu zaštitu ne mogu tražiti lica koja drže stvar u pogledu koje se vrši uznemiravanje u nesamostalnoj i neposrednoj državini, bez obzira na to da li se njihova državina zasniva na nekom stvarnom ili obligacionom pravu. Tako, između ostalog, tužitelji ne mogu biti plodouživalac, zakupac, titular prava službenosti itd. Prema tome, nevlasnici nemaju aktivnu legitimaciju za učesće u ovom postupku.¹⁴⁵ Pasivno legitimisan u ovoj parnici je onaj koji neosnovano uznemirava vlasnika. Pri tome, nije od značaja da li je to lice radnje uznemiravanja vršilo za sebe i u svoje ime ili u korist trećeg lica. Pored njega, tuženi može biti i lice po čijem nalogu se vrši uznemiravanje, te lice u čiju korist se to uznemiravanje vrši, a on je tu korist naknadno odobrio.¹⁴⁶ Ukoliko je zbog uznemiravanja

¹⁴⁰ Član 156 ZOO-a.

Vidi: D. Palačković, „Građanskopravna ekološka zaštita”, *Pravni život*, br. 9/95, str. 357–377. O preventivnim sankcijama v. D. Nikolić, *Građanskopravna sankcija, Geneza, evolucija i savremeni pojam*, Novi Sad, 1995, str. 101–104.

¹⁴¹ O odnosu između stvarnopravne i obligacionopravne zaštite kod imisija v. B. Strohsack, „Imisije – odnos između stvarnopravne i obveznopravne zaštite”, *Zakonitost*, br. 9–10/90, str. 1163–1173; M. Krisper Kramberger, „Imisije u novom pravnom uređenju”, *Naša zakonitost*, br. 6/81, str. 82–83; N. Gavella, D. Hrabar, T. Klepac, I. Gliha, „Zaštita subjektivnih građanskih prava i građansko parnično pravo u Jugoslaviji”, *Naša zakonitost*, br. 9–10/89, str. 1018.

¹⁴² Vidi odluku Vrhovnog suda Hrvatske, Gzz-2/84 od 9.2.1984, Pregled sudske prakse, Prilog Naše zakonitosti, br. 24/84, odl. 84.

¹⁴³ U tom slučaju radi se o publicijanskoj negatornoj tužbi. Tužitelj dokazuje (pored čina uznemiravanja) činjenice uz koje se pretpostavlja svojina. Tuženi ima mogućnost da istakne prigovor postojanja jače ili jednake pretpostavke svojine od tužitelja, a naravno i prigovor da uznemiravanje nije učinio ili da ga nije učinio protivpravno.

¹⁴⁴ Z. Rašović, *Negatorna tužba...*, str. 941.

¹⁴⁵ Oni imaju pravo na državinsku zaštitu.

¹⁴⁶ M. Vedriš i P. Klarić, *Građansko pravo, opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo*, osmo izmijenjeno izdanje, Zagreb, 2004, str. 292. Slično i Vrhovni sud Hrvatske, Rev-702/84 od 28.8.1984, Pregled sudske prakse, Prilog Naše zakonitosti, br. 26/85, odl. 38.

od strane trećeg lica vlasniku ili pretpostavljenom vlasniku pričinjena šteta, on ima pravo da zahtijeva njenu naknadu.¹⁴⁷ Ona se određuje po opštim pravilima za naknadu štete koje predviđa ZOO.¹⁴⁸ Ovdje dolazi u obzir odgovornost po osnovu pretpostavljene krivice, a ukoliko se radi o opasnoj stvari ili opasnoj djelatnosti, odgovara se po principu objektivne odgovornosti. Zahtjev za naknadu štete može se postaviti kao sporedni u negatornoj tužbi ili kao samostalan u posebnoj tužbi. Taj zahtjev zastarijeva po opštim propisima o zastari koji su predviđeni ZOO-om.¹⁴⁹ U ovoj parnici vlasnik mora dokazati da je stvar njegova svojina, dok pretpostavljeni vlasnik treba da dokaže činjenice na osnovu kojih se pretpostavlja njegova svojina na toj stvari. Isto tako, tužitelj treba da dokaže i da postoji čin uznemiravanja njegovog prava. Na njemu ne leži obaveza da dokazuje da je to uznemiravanje protivpravno. Tuženi koji je preduzeo radnju uznemiravanja dužan je da pruži dokaze da ima pravo na preduzimanje sporne radnje¹⁵⁰ ili da tužitelj ima obavezu da takvu radnju trpi odnosno da navedenog uznemiravanja nema. Naime, svojina se smatra slobodnom od svakog ograničenja, a ako neko tvrdi suprotno, mora to i da dokaže. Kao i kod vindikacijskih zahtjeva, tuženi i u ovom postupku može isticati peremptorne i dilatorne prigovore, koji negiraju, ukidaju ili zaustavljaju zahtjev tužitelja.

Zaštita suvlasnika, odnosno zajedničara¹⁵¹

Susvojina i zajednička svojina su posebni, specifični oblici prava svojine.¹⁵² Suvlasnik ima pravo na zaštitu prava svojine u pogledu cijele stvari protiv svih trećih lica. Sadržina njegovog prava ne razlikuje se od sadržine prava svojine. Sistem vlasničkopravne zaštite (reivindikacija, publicijanska tužba i negatorna tužba) i sva pravila koja u tom pogledu važe odnose se i na suvlasnike, što je sasvim razumljivo.¹⁵³ No, suvlasnik nije obavezan da ostvaruje zahtjev za vraćanje stvari u odnosu na cijelu stvar. On ima pravo i na tužbu za zaštitu svog prava svojine na dijelu stvari (i prema ostalim suvlasnicima i prema trećim licima), jer je njegov dio tačno određen. Na tom dijelu suvlasnik ima sva vlasnička ovlašćenja, s tim što mora voditi računa da ne smije povređivati prava ostalih suvlasnika. Suvlasnik može tužbom zbog uznemiravanja zatražiti sudsku zaštitu protiv drugog suvlasnika kada mu drugi suvlasnik onemogućava ili bitno ograničava dogovoreni način obavljanja faktičke vlasti.

¹⁴⁷ „Vlasniku zemljišta kome je onemogućeno korišćenje zemljišta pripada pravo na naknadu štete koja obuhvata običnu štetu i izmaklu dobit, jer mu to pravo pripada uz negatornu tužbu“ – Vrhovni sud Hrvatske, Rev-1404/83 od 25.1.1984, u R. Petaković, *Zakon o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima sa sudskom praksom*, Beograd, 1990, str. 46.

¹⁴⁸ Član 132 st. 2 ZSP-a.

¹⁴⁹ Vidi član 376 ZOO-a.

¹⁵⁰ Član 132 st. 3 ZSP-a.

¹⁵¹ Vidi član 133 ZSP-a.

¹⁵² O zaštiti susvojine i zajedničke svojine v. M. Dedijer, „Zaštita susvojine i zajedničke svojine“, *Pravni život*, br. 12/87, str. 1417–1432.

¹⁵³ Ovdje nije bitna veličina njegovog suvlasničkog dijela.

Imajući u vidu da je pravo zajedničke svojine jedinstveno i da su zajedničari vlasnici cijele zajedničke stvari, svaki od ovih lica takođe ima pravo na sistem vlasničkopravne zaštite u pogledu cijele stvari u odnosu na sva treća lica. No, zajedničar ne može tražiti zaštitu svog prava na dijelu zajedničke stvari, jer udjeli zajedničara nisu određeni ni idealno ni realno. On može od drugog zajedničara jedino tražiti predaju u sudržavinu zajedničke stvari, bez obzira na to što još nisu utvrđeni suvlasnički dijelovi i bez obzira na to što nije izvršena dioba suvlasništva.¹⁵⁴

Zaključak

Pravo svojine kao najšira pravna vlast na stvari sasvim razumljivo uživa i naj-sveobuhvatniju pravnu zaštitu. Ova zaštita ima mnogobrojne aspekte. Stvarnopravni aspekt zaštite svojine široko je postavljen u Zakonu o stvarnim pravima. Svojinski zahtjev nastaje povredom prava svojine bez obzira na pravni osnov sticanja i njegov sadržaj je uslovljen prirodom te povrede (oduzimanjem stvari vlasniku ili uznemiravanjem vlasnika na drugi način, a ne oduzimanjem stvari). Tužbe za zaštitu svojine – rei vindicatio, actio publiciana i actio negatoria, vuku svoje porijeklo još iz rimskog prava i njima se ne štiti ni jedno drugo pravo osim prava svojine. Ove tužbe djeluju erga omnes, odnosno protiv svih trećih lica s kojima vlasnik nije u nekom obligacionom odnosu. U parnicama koje se njima pokreću (petitorni sporovi) raspravljaju se sporna pravna pitanja za razliku od državninskih parnica gdje se traži zaštita faktičke vlasti (državine). Principi koji se odnose na zaštitu prava svojine, u osnovi, važe i za zaštitu prava suvlasnika i zajedničara.

¹⁵⁴ Vidi odluku Županijskog suda u Karlovcu br. Gž-2017/99 od 19.3.1999, Izbor odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, br. 1/99, odl. 126.

Prof. dr Duško Medić

Judge of the Constitutional Court of Republika Srpska

PROTECTION OF PROPERTY RIGHTS

Summary

Property right as the most extensive legally recognized ownership on things has also wide-ranging legal protection. The author deals with the issue of the protection of the property rights in accordance with the Republika Srpska Law of Proprietary Rights. This Law distinguishes property claim for return on things (rei vindicatio), hypothetical property claim, (actio Publiciana) and claim for intrusion or disturbance (actio negatoria). The aforementioned claims also existed in the Roman legislation. Principles regarding protection of the property rights, mostly apply to the protection of rights of co-owners and joint proprietors.

Key words: *property, protection of ownership rights, hypothetical owner*

POSEBNA PРАВNA UREĐENJA GLEDE GRAĐENJA NA DOBRIMA (NEKRETNINAMA) OD INTERESA ZA REPUBLIKU HRVATSKU

Prof. dr sc. Vlado Belaj*

***Apstrakt:** Opći stvarnopravni režim razlikuje se od posebnih stvarnopravnih režima za neke vrste nekretnina. Posebni stvarnopravni režimi u Republici Hrvatskoj postoje za nekretnine poput poljoprivrednog zemljišta, šuma i šumskog zemljišta, vodnog dobra i javnih cesta. Posebni pravni režim za ove nekretnine ima prednost u primjeni u odnosu na opći stvarnopravni režim. U radu su naglašene razlike u pogledu spomenutih nekretnina u odnosu na opći stvarnopravni režim.*

***Ključne riječi:** opći stvarnopravni režim, posebni stvarnopravni režimi, poljoprivredno zemljište, šume, šumsko zemljište, vodno dobro, javna cesta.*

1. Uvod

Opći stvarnopravni režim uređen je Zakonom o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (u nastavku: ZV).¹ To stvarnopravno uređenje vrijedi uvijek kada ne postoji posebni propis koji na različit način uređuje pojedine stvarnopravne odnose za neke određene vrste stvari. Upravo su ti posebni stvarnopravni režimi predmet proučavanja u ovom radu. Međutim, njihovo je proučavanje ograničeno na nekretnine koje predstavljaju dobra od interesa za Republiku Hrvatsku² i to u segmentu koji se odnosi na mogućnost građenja na tim nekretninama. Specifičnosti građenja na dobri-

* Проф. др. сц. Вlado Белaj, редовни професор Правног факултета у Осијеку.

¹ Narodne novine, br 91/96, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 141/06, 148/08, 38/09.

² Interes Republike Hrvatske je pravno zaštićeni interes društvene zajednice kao cjeline usmjeren na dobrobit države i svih njezinih građana. Interes Republike Hrvatske je javni interes koji kao takav uvijek uživa pravnu zaštitu. Suprotan je privatni interes koji se pravno štiti samo ako je u skladu s javnim interesom. Interes Republike Hrvatske je pravni standard kojem značenje daju nadležna tijela koja se u praksi susreću s ovim pojmom. U pojedinoj konkretnoj situaciji treba utvrditi da li postoji interes Republike Hrvatske i ako postoji odrediti njegovo značenje. Interes Republike Hrvatske je pravni pojam sadržan izravno ili neizravno u pravnim propisima.

ma (nekretninama) od interesa za Republiku Hrvatsku naročito su naglašene glede poljoprivrednog zemljišta, šuma i šumskog zemljišta, voda, odnosno vodnog dobra i javnih cesta. U ovom će se radu nastojati naglasiti upravo te specifičnosti.

Posebna pravna uređenja za nekretnine uspostavljena su s obzirom na njihovu namjenu, a ta je određena, u prvom redu, dokumentima prostornog uređenja. Određenje jedne namjene zemljištu ipak ne isključuje mogućnost njegove uporabe i za neku drugu namjenu.

2. Posebno pravno uređenje glede građenja na poljoprivrednom zemljištu

Temeljni pravni izvor za poljoprivredna zemljišta je Zakon o poljoprivrednom zemljištu (u nastavku ZPZ).³ Za poljoprivredna zemljišta prema ZPZ postoji posebno pravno uređenje, a njegov predmet čine nekretnine na području Republike Hrvatske, kojima je pretežni dio zemljište koje je poljoprivredno. Poljoprivredno zemljište može biti određeno kao takvo dokumentima prostornog uređenja,⁴ pa je za njih u katastru nekretnina (katastarskom operatu) navedena vrsta uporabe koja odgovara toj njihovoj namjeni.⁵ Posebno pravno uređenja za poljoprivredna zemljišta obuhvaća i sve ono što je s njima razmjerno trajno spojeno na površini zemljišta ili ispod nje - građevine, trajni nasada i dr. Moguće je da poljoprivredno zemljište bude pravno odvojeno od građevina koje su na njemu izgrađene (npr. temeljem prava građenja ili koncesije), ali i tada se na njega primjenjuje posebno pravno uređenje za poljoprivredna zemljišta. Bez obzira što je neko zemljište poljoprivredno moguće je da se unutar njega nalaze određene nekretnine (npr. građevine) koje imaju drukčiju namjenu pa one tada mogu biti u nekom drugom pravnom režimu.

Osim toga poljoprivrednim se zemljištima smatraju i ona koja su u uporabi

³ Zakon o poljoprivrednom zemljištu, Narodne novine, br. 152/08, 25/09 - Zakon o osnivanju Hrvatskog centra za za poljoprivredu, hranu i selo i 21/10.

⁴ Tako čl. 54. Zakona o prostornom uređenju i gradnji - Narodne novine, br. 76/07, 38/09. (u nastavku ZPUG) propisuje: "Dokumentima prostornog uređenja određuje se svrhovita organizacija, korištenje i namjena prostora te mjerila i smjernice za uređenje i zaštitu prostora Države, županija, Grada Zagreba, velikih gradova, gradova i općina. Dokumenti prostornog uređenja donose se na državnoj razini i kao prostorni planovi na područnoj (regionalnoj) i lokalnoj razini. Prostorni planovi imaju snagu i pravnu prirodu podzakonskog propisa". Čl. 74. st. 1. Zakona o prostornom uređenju i gradnji određuje: "Prostorni plan uređenja velikog grada, grada ili općine određuje osobito: osnovu naseljenosti uključivo površine naselja, urbanu obnovu postojećih izgrađenih područja te sanaciju degradiranih urbanih i ruralnih područja, razmještaj djelatnosti u prostoru sa smjernicama i prioritetima za postizanje ciljeva prostornog uređenja, osnovu s prikazom poljoprivrednih i šumskih zemljišta, vodnih izvora i vodnogospodarskih sustava, područja mineralnih sirovina, prirodnih i kulturnopovijesnih i krajobraznih vrijednosti te ugroženih područja, osnovu prometne, javne, komunalne i druge infrastrukture, zahvate u prostoru lokalnog značenja, uvjete za provedbu prostornog plana s granicama građevinskih područja."

⁵ Za poljoprivredna zemljišta može u katastarskoj evidenciji biti naveden podatak o vrsti uporabe katastarske čestice: "nerazvrstano poljoprivredno zemljište, oranica, oranica-staklenik, oranica-plastenik, vrt, vrt-staklenik, vrt-plastenik, voćnjak, voćnjak-rasadnik, maslinik, maslinik-rasadnik, vinograd, vinograd-rasadnik, livada, pašnjak, trstik i ribnjak" (čl. 32, st. 2. Zakona o državnoj izmjeri i katastru nekretnina - Narodne novine, br. 16/07).

као oranice, vrtovi, livade, pašnjaci, voćnjaci, maslinici, vinogradi, ribnjaci, ili trstici i močvare.⁶ Poljoprivredno je zemljište i “svako drugo zemljište koje se može privesti poljoprivrednoj proizvodnji.”⁷

Poljoprivredno je zemljište Ustavom Republike Hrvatske⁸ proglašeno dobrom koje je od interesa za Republiku Hrvatsku pa uživa njezinu osobitu zaštitu.⁹

Građevinsko zemljište je svako ono koje je izgrađeno ili je prostornim planom namijenjeno za građenje građevina i uređenje javnih površina, bez obzira je li se nalazi unutar ili izvan građevinskog područja.¹⁰ Takvo zemljište je podvrgnuto posebnom pravnom uređenju za građevinska zemljišta, ali - neizgrađeno zemljište u građevinskom području, kao i ono zemljište izvan tog područja koje je dokumentima prostornog uređenja predviđeno za izgradnju, do konačnosti akta kojim se odobrava gradnja na njemu, ujedno je podvrgnuto i posebnom pravnom uređenju za poljoprivredna zemljišta. I takvo se zemljište mora održavati sposobnim za poljoprivrednu proizvodnju, te ga se mora u tu svrhu koristiti, ako zadovoljava zakonom određeni kriterij za to. Zakonski kriterij ne zadovoljavaju zemljišne čestice unutar građevinskog područja čija je površina manja od 1000 m².¹¹

Moguće je i promijeniti namjenu poljoprivrednom zemljištu. Promjena namjene poljoprivrednog zemljišta, međutim, treba biti izvršena u skladu s dokumentima prostornog uređenja i drugim propisima te ovisi o aktima javne vlasti. Poljoprivrednom se zemljištu najčešće mijenja namjena tako da ono od poljoprivrednog postaje građevinsko, da bi se na njemu izgradili neki građevinski objekti, ili ceste, željeznice ili sl. No, namjena poljoprivrednog zemljišta se mijenja i radi eksploatacije pijeska, šljunka, kamena, ciglarske i lončarske gline, površinskih kopova, te stvaranje odlagališta krutog i tekućeg otpada i drugih mineralnih sirovina, izgradnja

⁶ Tako čl. 33. Zakona o državnoj izmjeri i katastru nekretnina određuje: “Za katastarsku česticu ili za njezin dio iskazat će se stvarni način na koji se upotrebljavaju. Oranice, livade, pašnjaci, trstici i nerazvrstano poljoprivredno zemljište iskazat će se kao dio katastarske čestice zasebne vrste uporabe ako im je površina veća od 500 metara kvadratnih. Vrtovi, voćnjaci, vinogradi, maslinici i ribnjaci i šume iskazat će se kao dio katastarske čestice zasebne vrste uporabe ako im je površina veća od 200 metara kvadratnih. Šumska zemljišta koja nisu šume iskazat će se kao dio katastarske čestice zasebne vrste uporabe ako im je površina veća od 500 metara kvadratnih. Zemljišta koja ne zadovoljavaju kriterije iz stavka 2., 3. i 4. ovoga članka pridružuju se većemu ili pretežitijemu načinu uporabe. Zemljišta uz zgrade i dvorišta koja ne zadovoljavaju kriterije iz stavka 2., 3. i 4. ovoga članka svrstavaju se u dvorišta”.

⁷ Čl. 3. ZPZ.

⁸ Narodne novine, br. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01 i 55/01.

⁹ Članak 52. Ustava Republike Hrvatske određuje: “More, morska obala i otoci, vode, zračni prostor, rudno blago i druga prirodna bogatstva, ali i zemljište, šume, biljni i životinjski svijet, drugi dijelovi prirode, nekretnine i stvari od osobitoga kulturnoga, povijesnoga, gospodarskoga i ekološkoga značenja, za koje je zakonom određeno da su od interesa za Republiku Hrvatsku, imaju njezinu osobitu zaštitu. Zakonom se određuje način na koji dobra od interesa za Republiku mogu upotrebljavati i iskorištavati ovlaštenici prava na njima i vlasnici, te naknada za ograničenja kojima su podvrgnuti”.

¹⁰ Čl. 2. st. 1. i 2. ZPUG.

¹¹ Čl. 5. st. 4. ZPUG.

sportskih terena i drugih objekata (u smislu posebnog zakona, npr. vojnih objekata, ili golf igrališta).

Promjena namjene poljoprivrednih zemljišta u neku nepoljoprivrednu svrhu, može se provesti takvim mijenjanjem dokumenata prostornog uređenja (prostornih planova), kojima će neko područje koje do tada nije bilo građevinsko, postati građevinskim, čime će zemljišta na njemu postati građevinska zemljišta. To na odgovarajući način vrijedi i za promjene dokumenata prostornog uređenja kojima će neko područje postati namijenjeno za neku negrađevinsku, ali i nepoljoprivrednu svrhu. Dokumenti prostornog uređenja se mijenjaju na način na koji ih se i donosi. Na donošenje i mijenjanje dokumenata prostornog uređenja utječe i ministarstvo nadležno za poljoprivredu, što omogućuje da se izbjegnu neprikladne promjene tih dokumenata koje vode prenamjeni poljoprivrednog zemljišta.

I bez promjene dokumenata prostornog uređenja, moguće je zemljište koje je izvan građevinskog područja prenamijeniti u građevinsko na zahtjev vlasnika ili investitora, ali jedino ako su ispunjeni posebni uvjeti koje je za izdavanje lokacijske dozvole i rješenja o uvjetima građenja na tom zemljištu odredilo ministarstvo nadležno za poljoprivredu. Ti posebni uvjeti određuju 1/ za koju nepoljoprivrednu namjenu (za kakvu gradnju ili dr.) i 2/ uz koliku jednokratnu naknadu (zbog umanjenja vrijednosti i površine poljoprivrednog zemljišta koje je dobro od interesa za Republiku Hrvatsku) se može izdati lokacijska dozvola i rješenje o uvjetima građenja.¹² Poljoprivredno zemljište koje je sa stajališta prikladnosti za poljoprivrednu proizvodnju osobito vrijedno¹³ ili je barem ocijenjeno kao vrijedno obradivo poljoprivredno zemljište,¹⁴ u pravilu se uopće ne smije prenamijeniti u nepoljoprivredne svrhe.¹⁵ Vlasnik poljoprivrednog zemljišta, odnosno investitor na čiji se zahtjev dopušta promjena namjene poljoprivrednog zemljišta, u pravilu će biti obvezan platiti jednokratnu naknadu za prenamjenu poljoprivrednog zemljišta zbog umanjenja vrijednosti i površine poljoprivrednog zemljišta kao dobra od interesa za Republiku Hrvatsku. Naknada se plaća prema površini građevne čestice stambene ili druge građevine. ZPZ je postavio kriterije za određivanje visine naknade. Za poljoprivredno zemljište koje se na dan stupanja na snagu ZPZ-a nalazi izvan granica građevinskog područja, a nakon izmjene prostornog plana je obuhvaćeno granicama građevinskog područja visina naknade određuje se u iznosu od 50% od prosječne cijene zemljišta

¹² Čl. 21 st. 5. ZPZ.

¹³ "Osobito vrijedno obradivo (P1) poljoprivredno zemljište su najkvalitetnije površine poljoprivrednog zemljišta predviđene za poljoprivrednu proizvodnju koje oblikom, položajem i veličinom omogućavaju najučinkovitiju primjenu poljoprivredne tehnologije"(čl. 22. st. 1. ZPZ).

¹⁴ Vrijedno obradivo (P2) poljoprivredno zemljište u smislu ZPZ-a su površine poljoprivrednog zemljišta primjerene za poljoprivrednu proizvodnju po svojim prirodnim svojstvima, obliku, položaju i veličini.

¹⁵ Ipak, može ga se prenamijeniti kada nema manje vrijednog poljoprivrednog zemljišta, a utvrđen je interes za izgradnju objekata koji se prema posebnim propisima grade izvan građevinskog područja, te pri gradnji gospodarskih građevina namijenjenih isključivo za poljoprivrednu djelatnost i preradu poljoprivrednih proizvoda (čl. 22. st. 3. ZPZ).

unutar granica građevinskog područja. Za osobito vrijedno obradivo (P1) ili vrijedno obradivo (P2) poljoprivredno zemljište koje se na dan stupanja na snagu ZPZ-a nalazi izvan granica građevinskog područja, a nakon izmjene prostornog plana je obuhvaćeno granicama građevinskog područja visina naknade određuje se u iznosu od 100% od prosječne cijene zemljišta unutar granica građevinskog područja. Za poljoprivredno zemljište koje se nalazi unutar granica građevinskog područja visina naknade određuje se u iznosu od 1% prosječne cijene zemljišta. Za osobito vrijedno obradivo (P1) ili vrijedno obradivo (P2) poljoprivredno zemljište koje se nalazi unutar granica građevinskog područja visina naknade određuje se u iznosu od 5% od prosječne cijene zemljišta. Rješenje o naknadi donosi nadležni ured državne uprave u županiji ili upravno tijelo Grada Zagreba nadležno za poljoprivredu, na temelju podataka porezne uprave o prosječnoj cijeni zemljišta u toj ili u susjednoj katastarskoj općini u prethodnoj kalendarskoj godini. Naknada se plaća na temelju konačnog akta kojim se odobrava gradnja¹⁶

Moguće je i oslobađanje od obveze plaćanja naknade iz zakonom predviđenih razloga.¹⁷ Rješenje o oslobađanju od plaćanja naknade donosi Ured državne uprave u županiji nadležan za gospodarstvo, odnosno upravno tijelo grada Zagreba nadležno za poljoprivredu.¹⁸

Poljoprivredno zemljište je namijenjeno poljoprivrednoj proizvodnji, a ne izgradnji zgrada. Želi li vlasnik poljoprivrednog zemljišta da se na tom njegovom zemljištu izgradi jedna ili više zgrada, u pravilu će biti potrebno da to zemljište bude prethodno prenamijenjeno u građevinsko (a tada će dopuštenost izgradnje ovisiti o pravilima posebnog pravnog uređenja za građevinska zemljišta). Ipak, budući da uporaba zemljišta za poljoprivredne svrhe ponekad zahtijeva i izgradnju nekih građevina (zgrada ili drugih građevina) to je u određenim slučajevima dopušteno.

I bez prenamjene poljoprivrednog zemljišta u građevinsko, dopuštena je izgradnja na njemu onih građevina kojima se ne dira u poljoprivrednu namjenu tog ze-

¹⁶ Čl. 23. st. 1 ZPZ.

¹⁷ Investitor se oslobađa plaćanja naknade "pri gradnji građevina koje služe za obranu od poplava, vodnih građevina odnosno sustava za melioracijsku odvodnju, vodnih građevina za zaštitu i korištenje voda, pri uređenju bujica, vodnih građevina odnosno sustava za navodnjavanje i drugih vodnih građevina prema posebnom propisu, pri gradnji gospodarskih građevina namijenjenih isključivo za poljoprivrednu djelatnost i preradu poljoprivrednih proizvoda, pri gradnji objekata i uređaja komunalne infrastrukture, pri gradnji objekata prometne infrastrukture, pri gradnji igrališta za golf u užem smislu, pri gradnji građevina društvene infrastrukture, pri gradnji građevina za zaštitu i spašavanje, pri gradnji građevina koje služe za zaštitu tla, pri gradnji građevina za javne namjene u mjestima u kojima su te građevine uništene u oružanoj agresiji, te stanova i kuća za stradalnike Domovinskog rata, kad zahtjev za prenamjenu podnosi hrvatski branitelj iz Domovinskog rata koji je proveo u obrani suvereniteta Republike Hrvatske najmanje tri mjeseca ili član obitelji smrtno stradalog, zatočenog ili nestalog hrvatskog branitelja, ako nije prema posebnim propisima ostvario pravo na stambeno zbrinjavanje, pri gradnji stambene građevine kojom se rješava stambeno pitanje razvijene građevinske bruto površine do 400 m², ako se gradi unutar građevinskog područja, pri gradnji stambenih objekata poticajne stanogradnje" (čl. 24. st.1. ZPZ).

¹⁸ Čl. 24. st. 2. ZPZ.

mljišta (npr. izgradnja ograde, staje i sl.), ali jedino u okvirima koji za to postavljaju propisi o prostornom uređenju i gradnji.^{19 20 21}

Na poljoprivrednom zemljištu u vlasništvu države može se osnovati pravo služnosti u svrhu: izgradnje vodovoda, kanalizacije, plinovoda, električnih vodova, eksploatacije i istraživanja mineralnih sirovina i sl. Postupak i mjerila za osnivanje služnosti uredbom propisuje Vlada Republike Hrvatske. Na poljoprivrednom zemljištu mogu se u svrhu izgradnje sustava za odvodnjavanje i navodnjavanje osnivati služnosti sukladno posebnom propisu. Sredstva za financiranje uređenja ili građenje novog sustava vodnih građevina osiguravaju se u skladu s propisom koji uređuje financiranje vodnoga gospodarstva. Vlada Republike Hrvatske donijet će Uredbu kojom propisuje postupak i mjerila za osnivanje služnosti u roku od šest mjeseci od stupanja na snagu ZPZ-a. Do donošenja spomenute Uredbe primjenjuju se važeći propisi za osnivanje služnosti radi eksploatacije i istraživanja mineralnih sirovina.²²

¹⁹ Gradnji jednostavnih građevina i izvođenju jednostavnih građevinskih radova koji su određeni posebnim pravilnikom što ga je za to donio nadležni ministar, smije se pristupiti bez ikakvog akta javne vlasti kojim bi se odobravalo građenje (čl. 209. st. 5. ZPUG), ali su investitor (redovito je to vlasnik zemljišta) i izvođač dužni pridržavati se onih propisa i pravila struke koji se odnose na njihovo građenje (čl. 209. st. 6. ZPUG).

²⁰ Za gradnju građevina koje su isključivo poljoprivredne namjene (npr. spremišta za poljoprivredni alat i strojeve, spremišta uroda i sl.), a površina im nije veća od 600 m² - nije potrebna lokacijska dozvola (čl. 104. ZPUG), nego se građenju može pristupiti na temelju pravomoćnog rješenja o uvjetima građenja (koje se donosi donekle jednostavnije) (čl. 209. st. 1. ZPUG). Isto je i s gradnjom građevina čija građevinska površina nije veća od 400 m² (čl. 104 i 209. st. 1. ZPUG). U površinu tih zgrada se uračunavaju i površine svih drugih građevina ako se grade na istoj građevinskoj čestici (čl. 2. st. 1. ZPUG).

Ako bi bez rješenja o uvjetima građenja bila na zemljištu izgrađena zgrada čija građevinska (bruto) površina nije veća od 400 m² ili zgrada za obavljanje isključivo poljoprivrednih djelatnosti čija građevinska (bruto) površina nije veća od 600 m² - izgrađenu zgradu je moguće naknadno legalizirati tako što će investitor, odnosno vlasnik zgrade, ishoditi rješenje o izvedenom stanju (240- 242 ZPUG). Zgrada se smatra izgrađenom, "ako su joj dovršeni najmanje jedna etaža i krov, te ako su dovršeni dijelovi prikladni za uporabu" (čl. 241. st. 2. ZPUG).

²¹ Izgrađena zgrada čija građevinska (bruto) površina nije veća od 400 m i zgrada za obavljanje isključivo poljoprivrednih djelatnosti čija građevinska (bruto) površina nije veća od 600 m mogu se početi koristiti, odnosno staviti u pogon, te se može izdati rješenje za obavljanje djelatnosti prema posebnom zakonu, nakon što investitor nadležnom upravnom tijelu dostavi za tu zgradu završno izvješće nadzornog inženjera o izvedbi građevine (čl. 256. st. 1. ZPUG).

²² Pravilnik o eksploataciji mineralnih sirovina (Narodne novine, br. 125/98) i Pravilnik o istraživanjima mineralnih sirovina (Narodne novine, br. 125/98).

3. Posebno pravno uređenje glede građenja u šumama i na šumskom zemljištu

Predmet posebnog pravnog uređenja za šume su nekretnine na području Republike Hrvatske, kojima je bitni dio šuma, odnosno šumsko zemljište. Zakon o šumama²³ (u nastavku: ZŠ) definira šumu kao zemljište obraslo šumskim drvećem u obliku sastojine²⁴ na površini većoj od 10 ari. Šuma je, dakle, nekretnina. Šuma je spojena sa šumskim zemljištem i glede međusobnog odnosa vrijedi načelo jedinstvenosti nekretnine. Šumom se smatraju i: šumski rasadnici i sjemenske plantaže koje su sastavni dio šume, šumska infrastruktura, protupožarni prosjeci te ostala manja otvorena područja unutar šume, šume u zaštićenim područjima prema posebnom propisu, šume od posebnoga ekološkoga, znanstvenoga, povijesnog ili duhovnog interesa, vjetrobrani i zaštitne zone – zaštitni pojasevi drveća površine veće od 10 ari i širine veće od 20 m.

Šuma je dobro od interesa za Republiku Hrvatsku što proizlazi iz čl. 52. Ustava Republike Hrvatske. Na tom ustavnom temelju je uspostavljeno posebno pravno uređenje, koje sadrži i pravne norme stvarnopravne naravi, odnosno norme koje utječu na pravno pripadanje takvog zemljišta osobama (uključujući i neke norme obveznopravne i slične naravi). Stvarnopravne odnose glede uređuju u prvom redu pravila posebnog pravnog uređenja za takva zemljišta, a podredno njima – norme našeg općeg stvarnopravnog uređenja.²⁵ I ZŠ određuje da su šume i šumska zemljišta dobra od interesa za Republiku Hrvatsku te imaju njezinu osobitu zaštitu.²⁶ Šume i šumska

²³ Narodne novine, br. 140/05, 82/06 i 129/08.

²⁴ Sastojina je dio šume koji je po sastavu i strukturi podjednak, a razlikuje se od ostalih dijelova šume po jednom ili više bitnih obilježja.

²⁵ Pravila koja se odnose i na šume sadrže i opći propisi koji nisu stvarnopravne, nego su javnopravne naravi, kao što je Zakon o državnoj izmjeri i katastru nekretnina te podzakonski propisi doneseni na njegovom temelju.

²⁶ „Interes Republike Hrvatske u gospodarenju šumama i šumskim zemljištima ostvaruje se: 1. provođenjem mjera u gospodarenju šumama kojima se, uz ekološku ravnotežu osigurava trajno održavanje i obnova šuma na način i pod uvjetima propisanim ZŠ-om i posebnim propisima, 2. u zaštiti šuma i šumskih zemljišta te zaštiti i očuvanju općekorisnih funkcija šuma i biološke raznolikosti (čuvanje šuma, zaštita šuma od bolesti i štetočina, od požara, izgradnje objekata u šumi i na šumskom zemljištu, utvrđivanjem posebnih uvjeta izgradnje i dr.), na način i pod uvjetima propisanim zakonom, 3. odobravanjem šumskogospodarske osnove područja Republike Hrvatske, osnova gospodarenja gospodarskim jedinicama i programa za gospodarenje šumama, 4. utvrđivanjem interesa Republike Hrvatske kod izdvajanja šuma i šumskih zemljišta iz šumskogospodarskoga područja, 5. donošenjem Nacionalnoga šumarskog programa, 6. nadzorom nad provođenjem šumskogospodarskih planova i nad korištenjem nedravnih šumskih proizvoda, 7. osiguravanjem sredstava za obnovu šuma, sanaciju šuma ugroženih sušenjem i elementarnim nepogodama te za zaštitu šuma, 8. razminiranjem šuma i šumskih zemljišta, 9. sudjelovanjem u upravljanju i nadzoru Trgovačkog društva kojem je povjereno gospodarenje šumama i šumskim zemljištima u vlasništvu Republike Hrvatske, 10. dugoročnim nadzorom nad stanjem šuma s ciljem: a) povećanja znanja o stanju šuma i šumskog zemljišta te odnosa između njihova stanja i prirodnih i antropogenih čimbenika ugroženosti, b) procjene utjecaja klimatskih promjena na šume i šumsko zemljište, uključujući utjecaj na njihovu biološku raznolikost, c) identificiranja ključnih strukturnih i funkcionalnih elemenata ekološkog sustava koji će se koristiti za procjenu stanja biološke raznolikosti u šumama, te za zaštitu njezinih funkcija, uvažavajući postojeće

zemljišta заштићују се и користе на начин одређен ЗШ-ом и посебним прописима.

ЗШ познаје неколико врста шума. С обзиром на подручје на којем се налазе шуме се дијеле на: континенталне шуме и шуме на кршу. С обзиром на намјену, шуме се дијеле на: господарске, заштитне и шуме с посебном намјеном. Господарске шуме уз очување и унапређење њихових опћекорисних функција користе се за производњу шумских производа. Заштитне шуме првенствено служе за заштиту земљишта, вода, насеља, објеката и друге имовине. Шуме с посебном намјеном јесу: 1. шуме и дијелови шума регистrirани за производњу шумскога сјемена, 2. шуме унутар заштићених подручја или природних вриједности заштићене на основу прописа о заштити природе, 3. шуме намijenjene зnanstvenim истраживањима, настави, потребama оbrane Републике Хрватске те потребama утврђеним посебним прописима.

Шумом се не сматрају одвојене групе шумскога дрвећа на површини до 10 ари, шумски расадници и сјемenske плантаже које нису саставни дио шуме, вјетробрани и заштитне зоне – заштитни појасеви дрвећа површине мање од 10 ари и ширине мање од 20 м, дрвореди и паркови у насељеним мјестима.

ЗШ под шумским земљиштем подразумијева земљиште на којем се узгаја шума или које је ради својих природних обилјежја и увјета господарења предвиђено као најповољније за узгајање шума. У случају сумње или спора сматра ли се неко земљиште обрасло шумским дрвећем шумом, односно сматра ли се неко земљиште шумским земљиштем одлучује средишње тијело државне управе надлежно за послове шумарства – Министарство. Према правном критерију шумска земљишта су она која су документима просторног уређења одређена за шумска земљишта,²⁷ па је за њих у катастру некретнина (катастарском оперативу) наведена врста употребе која одговара тој њиховој намјени.²⁸ Према фактичном критерију шуме и шумска земљишта исказат ће се као катастарске честице засебне врсте употребе оvisно о површини.

За шуме вриједи посебно правно уређење, но поставља се питање постоји ли утјецaj и осталих посебних правних уређења за поједине врсте ствари на шуме. Посебна правна уређења за некретнине успостављена су с обзиром на њихову намјену, а она је одређена у првом реду документима просторног уређења. Одређење једне намјене некој ствари ипак не искључује могућност њезине употребе и за неку другу намјену.

показатеље.“

²⁷ На дјеловање правног уређења за шуме утјећу правила Закона о просторном уређењу и градњи, посредством својег утјецaja на одређивање намјене некретнина на подручју Републике Хрватске кроз документе просторног уређења – просторне планове. Тако “просторни план уређења великог града, града или опćине одређује особито: основу насељености укључиво површине насеља, урбану обнову постојећих изграђених подручја те санацију деградираних урбаних и руралних подручја, размјештај дјелатности у простору са смјерницама и приоритетима за постизање циљева просторног уређења, основу с приказом пољопривредних и шумских земљишта, водних извора и водногосподарских система, подручја минералних сировина, природних и културноповијесних и крајобразних вриједности те угрожених подручја, основу прометне, јавне, комуналне и друге инфраструктуре, захвате у простору локалног значења, увјете за проведбу просторног плана с границама грађевинских подручја” (чл. 74. ст. 1. ЗПУГ).

²⁸ За шумска земљишта може у катастарској евиденцији бити наведен податак о врсти употребе катастарске честице: “шума и остало шумско земљиште” (чл. 32. ст. 2. т. 2. Закона о државној измјери и катастру некретнина).

Posebno je značajan odnos posebnog pravnog uređenja za šume i onoga za građevinska zemljišta. Građevinsko zemljište je svako ono koje je izgrađeno ili je prostornim planom namijenjeno za građenje građevina i uređenje javnih površina, bez obzira je li se nalazi unutar ili izvan građevinskog područja. U šumi i/ili na šumskome zemljištu može se graditi samo šumska infrastruktura i/ili građevine koje su planirane dokumentom prostornog uređenja.

Šume i šumska zemljišta mogu se nalaziti i na vodnom području, pa tada djelovanje pravila posebnog pravnog uređenja za poljoprivredna zemljišta dolazi u odnos s djelovanjem pravila posebnog pravnog uređenja za vode i vodna dobra.

Šume mogu biti u vlasništvu Republike Hrvatske²⁹ te ostalih pravnih osoba, no naravno mogu biti i u vlasništvu fizičkih osoba. ZŠ definira pojam šumoposjednik, a to je pravna ili fizička osoba, odnosno vlasnik i/ili posjednik šume. Republika Hrvatska i Trgovačko društvo koje gospodari šumama u vlasništvu Republike Hrvatske³⁰ nije šumoposjednik prema ZŠ-u. Šume šumoposjednika su šume koje su u vlasništvu i/ili posjedu drugih pravnih i fizičkih osoba, a nisu u vlasništvu Republike Hrvatske. Šume i šumska zemljišta u vlasništvu Republike Hrvatske ne mogu se otuđivati iz vlasništva Republike Hrvatske, osim u zakonom predviđenim slučajevima. Zabranjeno je i kažnjivo neovlašteno zauzimanje šume i šumskog zemljišta u vlasništvu Republike Hrvatske.

Šume i šumska zemljišta nisu namijenjena izgradnji građevina. Ipak, iznimno se izgradnja može dopustiti. Tako, u šumi i/ili na šumskome zemljištu može se graditi samo šumska infrastruktura i/ili građevine koje su planirane dokumentom prostornog uređenja, te spomenici kojima se obilježavaju mjesta masovnih grobnica žrtava iz domovinskog rata. Dokumentom prostornog uređenja može se planirati da se u šumi ili na šumskom zemljištu izgrade građevine za potrebe poduzetničke zone, infrastrukture, sporta, rekreacije, lova i obrane Republike Hrvatske, vjerske i zdravstvene građevine te područje, mjesto, spomenik i obilježje u svezi s povijesnim događajima i osobama, ali samo ako to zbog tehničkih ili ekonomskih uvjeta nije moguće planirati izvan šume, odnosno šumskog zemljišta.³¹

²⁹ Pretvorba društvenog vlasništva koje je postojalo na šumama obavljena je Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o šumama (Narodne novine, br. 41/90.). U čl. 6. st. 1. toga Zakona stoji: „Šume i šumska zemljišta na teritoriju Republike, osim šuma i šumskih zemljišta u privatnom vlasništvu, jesu u državnom vlasništvu Republike Hrvatske.“

³⁰ To su „Hrvatske šume“ d. o. o. čiji je osnivač Republika Hrvatska.

³¹ U izradi dokumenata prostornog uređenja koje donosi jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave sudjeluje i ured državne uprave u županiji, odnosno upravno tijelo Grada Zagreba nadležni za poslove šumarstva. Prostorni plan županije i Grada Zagreba, Prostorni plan područja posebnih obilježja iz nadležnosti županijske, odnosno Gradske skupštine, te Prostorni plan uređenja općine i grada kojim su obuhvaćene šume i/ili šumska zemljišta donosi se uz prethodno mišljenje Ministarstva, koje je mišljenje dužno dostaviti u roku od 60 dana. U slučaju da ne dostavi mišljenje u propisanom roku, smatrat će se da je mišljenje dato. U postupku izdavanja lokacijske dozvole, posebne uvjete za izgradnju građevina iz stavka 1. ovoga članka i izgradnju objekata u pojasu do 50 m od ruba šume za šume u vlasništvu Republike Hrvatske utvrđuje Trgovačko društvo, a za šume šumoposjednika Šumarska savjetodavna služba. Iznimno, u postupku izdavanja lokacijske dozvole za građevine za koje

Osnivanje služnosti u šumi ili na šumskom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske radi izgradnje vodovoda, kanalizacije, plinovoda i električnih vodova uređeno je Uredbom o postupcima i mjerilima za osnivanje služnosti u šumi ili na šumskom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske u svrhu izgradnje vodovoda, kanalizacije, plinovoda, električnih vodova.³² Postupak za osnivanje služnosti u šumi ili na šumskom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske radi izgradnje vodovoda, kanalizacije, plinovoda, električnih vodova i sl., pokreće se podnošenjem zahtjeva Središnjem državnom uredu za upravljanje državnom imovinom. Ovlaštenici prava služnosti su pravne i fizičke osobe u čiju korist se osniva pravo služnosti. Odluku o osnivanju služnosti radi izgradnje vodovoda, kanalizacije, plinovoda, električnih vodova i sl. donosi povjerenstvo za imovinu Vlade Republike Hrvatske. Obračun naknade za služnost u šumi ili na šumskom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske utvrđuje se prema posebnom propisu³³ kojim se uređuje naknada za prenesena ili ograničena prava na šumi ili šumskom zemljištu. Naknada se plaća jednokratno prije sklapanja ugovora o služnosti. Ugovor o ovoj služnosti sklapa Ministar s ovlaštenikom služnosti.

Na šumi i/ili šumskom zemljištu može se osnovati pravo građenja. Na pravo građenja primjenjuje se opći stvarnopravni režim (čl. 280-296. ZV). Ipak i ZŠ sadrži odredbe koje se odnose na pravo građenja. Tako, Vlada može pojedine šume i/ili šumska zemljišta u vlasništvu Republike Hrvatske izdvojiti iz šumskogospodarskoga područja i na njima osnovati pravo građenja, ako za to postoji interes Republike Hrvatske. Smatra se da postoji interes Republike Hrvatske ako je šumu ili šumsko zemljište potrebno izdvojiti radi: 1. izgradnje poduzetničke zone, 2. obrane Republike Hrvatske i 3. obilježavanja mjesta masovnih grobnica žrtava iz domovinskog rata. Interes Republike Hrvatske utvrđuje se na način i u postupku propisanom za izvlaštenje. Postupak izdvajanja iz šumskogospodarskoga područja radi osnivanja prava građenja na šumi i/ili šumskom zemljištu pokreće se na zahtjev pravne ili fizičke osobe u čiju se korist mijenja namjena i prenose prava nad pojedinom šumom ili šumskim zemljištem. Odluka o izdvajanju je upravni akt, a izdvajanje se provodi prema odredbama Zakona o izvlaštenju.

Osim spomenutih slučajeva izdvajanja šume i /ili šumskog zemljišta u vlasništvu Republike Hrvatske iz šumskogospodarskog područja radi osnivanja prava građenja izdvajanje radi osnivanja prava građenja moguće je i na temelju urbanističkog plana uređenja određene poduzetničke zone. Takvo izdvajanje, međutim, nije moguće u korist fizičke ili bilo koje pravne osobe, nego samo u korist jedinice lokalne samouprave. Izdvajanje radi izgradnje određene poduzetničke zone vrši se na građevinsku dozvolu izdaje Ministarstvo zaštite okoliša, prostornog uređenja i graditeljstva, posebne uvjete o utjecaju planiranoga zahvata na šumu utvrđuje Ministarstvo na temelju prethodnoga mišljenja Trgovačkog društva za šume u vlasništvu Republike Hrvatske, odnosno Šumarske savjetodavne službe za šume šumoposjednika.

³² Narodne novine, br. 108/06.

³³ Pravilnik o utvrđivanju naknade za prenesena i ograničena prava na šumi i šumskom zemljištu (Narodne novine, br. 131/06).

temelju parcelacijskog elaborata израђеног на temelju urbanističkog plana уређења, за који је издана потврда надлежних тијела о његовој усклађености с urbanističким планом уређења и техничкој исправности. Spomenuto издвajaње може бити за поједине шуме и/или шумска земљишта у власништву Републике Хрватске.

4. Посебно правно уређење гледе грађења на водама и водном добру

Посебан стварноправни режим на водама уређен је Законом о водама.³⁴ У томе су закону садржана и правна правила гледе грађења на водном добру. Послови грађења повезани с водама и водним добром обухваћени су појмом јавних радова. Према чланку 3. Закона о водама „јавни радови су радови градње и одржавања вода, воднога добра, регулацијско-заштитних водних грађевина и грађевина за основну мелioraciјску одводњу, радови градње и одржавања грађевина за детаљну мелioraciјску одводњу, грађевина за јавно наводњавање, грађевина за јавну водоопскрбу, грађевина за јавну одводњу и других водних грађевина у власништву Републике Хрватске те пружање јавних услуга након што се јавним радовима изграде водне грађевине за јавно наводњавање, детаљну мелioraciјску одводњу, јавну водоопскрбу, односно јавну одводњу“.

Водно добро чине земљишне честице које обухваћају: 1. водоносна и напуштена корита површинских вода, 2. уређено инундацијско подручје,³⁵ 3. неуређено инундацијско подручје,³⁷ 4. простор на којем је извориште вода потребан за његову физичку заштиту и простор на којем је извориште, издашности најмање 10m³ дневно, природне минералне, термалне и природне изvorsке воде потребан за његову физичку заштиту³⁸ и 5. отоке који су настали или настану у водоносном кориту пресушивањем воде, нјезином диобом на више рукаваца, наплављивањем земљишта или људским дјеловањем.

Водно добро је добро од интереса за Републику Хрватску и има нјезину особиту заштиту. Водно добро се користи на начин и под увјетима прописаним Законом о водама.

На водном подручју може се налазити и пољопривредно земљиште па тада дјеловање правила посебног правног уређења за пољопривредна земљишта долази у однос с дјеловањем правила посебног правног уређења за воде и водна добра. Стога је одређено да се планови управљања водним подручјем и програми располагања

³⁴ Народне новине, бр. 153/09.

³⁵ Уређено инундацијско подручје је појас копна између корита за малу воду и поплавне линије на подручју на којем су изграђени заштитни водoprивредни објекти.

³⁶ Простор уређеног и неуређеног инундацијског подручја мора бити засебна катастарска и земљишнокњижна честика, за коју се прије парцелације оснива право служности пролаза и провоза до јавне прометнице, на терет свих некретнина.

³⁷ Неуређено инундацијско подручје је појас копна између корита за малу воду и поплавне линије на подручју на којем нису изграђени заштитни водoprивредни објекти.

³⁸ Простор који није у власништву Републике Хрватске не може бити мањи од 400 нити већи од 450 четвoрних метара око изворишта, тако да је извориште у правилу у средишту тога простора.

poljoprivrednim zemljištem u vlasništvu државе међусобно усклађују, а да при њиховој изradi судјелују уред државне управе у жупанији надлежан за господарство, односно управно тијело Града Загреба надлежно за пољопривреду, Агенција за пољопривредно земљиште, јединице локалне самоуправе и Хрватске воде.³⁹ Nadalje је одређено је да су Хрватске воде дужне у року од најдуже пет година провести парцелацију пољопривредног земљишта ради издвајања из њега јавног водног добра,⁴⁰ како би их се разграничило, а time и разграничило дјеловање посебних правних уређења.

Водно добро служи одржавању и побољшању водног режима, а особито је намијенјено за: 1. грађење и одржавање регулацијских и заштитних водних грађевина, 2. одржавање корита и обала водотока, те одржавање и уређење инундацијског подручја, 3. грађење и одржавање унутарњих водних путова, 4. provedбу одбране од поплава, 5. кориштење и заштиту изворишта вода.

Јавно водно добро чине земљишне честице које су до дана ступања на снагу бившег Закона о водама⁴¹ биле темелјем закона или темелјем било које друге правне основе: опће добро, јавно добро, јавно водно добро, водно добро, јавно добро – воде, државно власништво, власништво јединице локалне самоуправе, друштвено власништво без обзира тко је био носитељ права кориштења, управљања или располагања, односно које су у земљишној књизи биле уписане као: јавно добро, јавно водно добро, водно добро, државно власништво, власништво јединице локалне самоуправе, друштвено власништво с назнаком или без назнаке носитеља права кориштења, управљања или располагања, опћенародна имовина, опће добро и сл.

Јавним водним добром сматрају се све до доказа супротног и оне земљишне честице које до дана ступања на снагу Закона о водама нису биле уписане у земљишној књизи, односно које су биле уписане у земљишну књигу, али нико није назначен као њихов власник. Јавним водним добром постају и оне земљишне честице које се извласте или откупе у корист Републике Хрватске.

Јавно водно добро је јавно добро у опћој упороби односно у јавној упороби и у власништву је Републике Хрватске. Јавно водно добро је неотуђиво.

На јавном водном добру не може нека друга особа, досјелошћу нити на други начин, стећи право власништва нити друго стварно право, осим права служности и права грађења. Правни послови склопљени противно овим правилима нишветни су. Особа која неовлаштено користи јавно водно добро не може остварити посједовну заштиту.

Водне грађевине изграђене на јавном водном добру припадност су јавног водног добра сукладно начелу јединства некретнине, осим водних грађевина изграђених на темелју права грађења док то право траје, односно водних грађевина изграђених на темелју права служности водова. Јавно водно добро на којем су изграђене водне грађевине као његова припадност, у јавној је упороби ако је тако одређено актом власника. Грађењем цестовних и жељезничких прометница на јавном водном добру не мијенја се правни статус јавног водног добра. Међутим, „када је ради

³⁹ Чл. 20. ЗПЗ.

⁴⁰ Чл. 44. ст. 8. ЗПЗ.

⁴¹ Народне новине, бр. 107/95.

građenja, rekonstrukcije i održavanja javne ceste za određenu nekretninu ili njezin dio potrebno ukinuti status javnog vodnog dobra, Vlada, odnosno tijelo koje ona ovlasti, donosi odluku da se sukladno lokacijskoj dozvoli za javnu cestu za određenu nekretninu ili njezin dio ukine status javnog vodnog dobra u vlasništvu Republike Hrvatske.⁴²

Javno vodno dobro može se koristiti za gospodarske i osobne potrebe. Pravne i fizičke osobe mogu na dijelu javnoga vodnoga dobra ostvariti prava najma, zakupa, služnosti i građenja radi ostvarenja svojih gospodarskih, odnosno osobnih potreba, samo ako to pravo neće utjecati na ostvarivanje namjena javnog vodnog dobra, o čemu mišljenje daju Hrvatske vode. Na tom dijelu javnog vodnog dobra može se drugim osobama ograničiti ili potpuno isključiti njegova uporaba. Ugovore o najmu i zakupu javnoga vodnoga dobra sklapaju u ime Republike Hrvatske Hrvatske vode, a ugovore kojim se zasniva pravo služnosti ili pravo građenja na javnom vodnom dobru Vlada Republike Hrvatske, ili od nje ovlašteno tijelo.

Iznimno, na javnom se vodnom dobru mogu graditi druge građevine u vlasništvu Republike Hrvatske ili koje su u statusu općega dobra, investitor kojih je Republika Hrvatska ili pravne osobe u kojoj je Republika Hrvatska većinski udjeličar, dioničar ili osnivač s većinskim pravom odlučivanja. Odluku o tome donosi Vlada Republike Hrvatske ili od nje ovlašteno tijelo. Prihod od naknade za pravo građenja i pravo služnosti na javnom vodnom dobru prihod je državnoga proračuna, a prihod od naknade za pravo zakupa i najma na javnom vodnom dobru prihod je Hrvatskih voda.

Zakon o vodama određuje i pojam vodnih građevina.⁴³ Vodne građevine su građevine ili skupovi građevina zajedno s pripadajućim uređajima i opremom, koji čine tehničku, odnosno tehnološku cjelinu, a služe za uređenje vodotoka i drugih površinskih voda, za zaštitu od štetnog djelovanja voda, za zahvaćanje voda u cilju njihova namjenskog korištenja i za zaštitu voda od onečišćenja.

U članku 22. Zakona o vodama određene su i vrste vodnih građevina s obzirom na njihovu namjenu, a to su: 1. regulacijske i zaštitne vodne građevine – nasiipi, obaloutvrde, umjetna korita vodotoka, odteretni kanali, lateralni kanali, odvodni tuneli, brane s akumulacijama, ustave, retencije i druge pripadajuće im građevine, crpne stanice za obranu od poplava, vodne stepenice, slapišta, građevine za zaštitu od erozija i bujica i druge građevine pripadajuće ovim građevinama; 2. komunalne vodne građevine: 2.1. građevine za javnu vodoopskrbu – akumulacije, vodozahvati (zdenci, kaptaže i druge zahvatne građevine na vodnim tijelima), uređaji za kondicioniranje vode, vodospreme, crpne stanice, glavni dovodni cjevovodi i vodoopskrbna mreža, 2.2. građevine za javnu odvodnju – kanali za prikupljanje i odvodnju otpadnih voda, mješoviti kanali za odvodnju otpadnih i oborinskih voda, kolektori, crpne stanice, uređaji za pročišćavanje otpadnih voda, uređaji za obradu mulja nastalog u postupku pročišćavanja otpadnih voda, lagune, ispusti u prijemnik i druge građevine

⁴² Čl. 28.b Zakona o javnim cestama.

⁴³ Pojam vodnih građevina uređen je člankom 21. Zakona o vodama.

pripadajuće ovim građevinama, uključujući sekundarnu mrežu; 3. vodne građevine za melioracije: 3.1. građevine za melioracijsku odvodnju su građevine iz stavka 2. ovoga članka, 3.2. građevine za navodnjavanje – akumulacijske i druge zahvatne građevine, razvodna mreža i druge građevine pripadajuće ovim građevinama, 3.3. mješovite melioracijske građevine su građevine; 4. vodne građevine za proizvodnju električne energije – brane, akumulacije, dovodni i odvodni kanali, tuneli i druge građevine, uređaji i oprema pripadajući ovim građevinama; 5. građevine za unutar-nju plovidbu – objekti sigurnosti plovidbe na unutarnjim vodama i lučke građevine, sukladno posebnim propisima o plovidbi i lukama unutarnjih voda.

Vodne građevine od interesa su za Republiku Hrvatsku. Građenje i održavanje vodnih građevina iz ovoga članka u interesu je Republike Hrvatske.

Regulacijske i zaštitne vodne građevine i građevine za osnovnu melioracijsku odvodnju u vlasništvu su Republike Hrvatske. Vodne građevine za melioracije, osim građevina za osnovnu melioraciju, javna su dobra u javnoj uporabi i u vlasništvu su jedinica područne (regionalne) samouprave. Komunalne vodne građevine su javna dobra u javnoj uporabi, i u vlasništvu su javnoga isporučitelja vodne usluge ili jedinice lokalne samouprave. Vodne građevine za proizvodnju električne energije investitor kojih je Republika Hrvatska ili pravna osoba kojoj je Republika Hrvatska većinski udjeličar, dioničar ili osnivač s većinskim pravom odlučivanja, uključivo i prostor akumulacije izgrađen oko javnoga vodnoga dobra u vlasništvu su Republike Hrvatske. Građevina iz ovoga stavka jedinstvena je građevina. Građevine za unutar-nju plovidbu investitor kojih je Republika Hrvatska ili lučka uprava, u vlasništvu su Republike Hrvatske.

Pravne i fizičke osobe mogu za vlastite potrebe na vlastitom zemljištu ili na zemljištu na kojem ostvare pravo građenja odnosno pravo služnosti vodova graditi vodne građevine.

Regulacijskim i zaštitnim vodnim građevinama, građevinama za osnovnu melioracijsku odvodnju u vlasništvu Republike Hrvatske upravljaju Hrvatske vode. Građevinama za detaljnu melioracijsku odvodnju i građevinama za navodnjavanje u vlasništvu jedinica područne (regionalne) samouprave upravljaju te jedinice. Komunalnim vodnim građevinama upravlja javni isporučitelj vodne usluge ili koncesionar. Na upravljanje građevinama za unutar-nju plovidbu primjenjuju se posebni propisi o plovidbi i lukama na unutarnjim vodama. Na upravljanje građevinama za proizvodnju električne energije primjenjuju se posebni propisi o energiji i tržištu električne energije. Pod upravljanjem u smislu ovoga članka smatraju se poslovi investitora gradnje vodnih građevina, njihovo održavanje, čuvanje i korištenje za namjene kojima vodne građevine služe.

Gradnja i održavanje regulacijskih i zaštitnih građevina i vodnih građevina za osnovnu melioracijsku odvodnju u vlasništvu Republike Hrvatske provodi se prema Planu upravljanja vodama. Gradnja i održavanje građevina za detaljnu melioracijsku odvodnju i građevina za navodnjavanje u vlasništvu jedinica područne (regionalne) samouprave provodi se prema programu koji donosi njezino predstavničko tijelo.

Gradnja komunalnih vodnih građevina provodi se prema planu koji donosi predstavničko tijelo jedinice lokalne samouprave. Održavanje komunalnih vodnih građevina provodi se prema planu koji donosi javni isporučitelj vodne usluge ili prema ugovoru o koncesiji.

Ulaganja sredstava državnog proračuna, vodnih naknada i sredstava iz međunarodnih izvora u gradnju komunalnih vodnih građevina te građevina za detaljnu melioracijsku odvodnju i građevina za navodnjavanje u vlasništvu jedinica područne (regionalne) samouprave provode se prema Planu upravljanja vodama. Donositelji planova mogu, sukladno tim planovima, donositi detaljnije programe za gradnju i održavanje vodnih građevina. Donositelji planova i programa donose opće tehničke uvjete za gradnju i održavanje vodnih građevina.

O pravu građenja vodnih građevina u vlasništvu Republike Hrvatske na drugim nekretninama u vlasništvu Republike Hrvatske, koje nisu javno vodno dobro, odnosno o pravu na korištenja općeg dobra radi građenja tih građevina, odlučuje Vlada Republike Hrvatske, osim ako posebnim zakonom nije drukčije određeno. To se primjenjuje i u slučaju osnivanja prava služnosti, odnosno prava korištenja radi služnosti. U ovim se slučajevima ne plaćaju: 1. naknada za korištenje općekorisnih funkcija šuma ili druga naknada za prava prenesena sukladno zakonu kojim se uređuje gospodarenje šumama, 2. naknada zbog umanjenja vrijednosti i površine poljoprivrednog zemljišta sukladno zakonu kojim se uređuje gospodarenje poljoprivrednim zemljištem, 3. naknada za korištenje cestovnog zemljišta sukladno zakoni-
ma koji uređuju upravljanje cestama, odnosno autocestama i druge naknade za pravo građenja i pravo služnosti utvrđene posebnim propisima.

Za pravo građenja vodnih građevina u vlasništvu Republike Hrvatske ili služnosti radi njihova građenja ili održavanja, na nekretninama u vlasništvu jedinica lokalne ili područne (regionalne) samouprave, ili pravnih osoba u kojima su jedinice lokalne ili područne (regionalne) samouprave većinski udjeličar, dioničar ili osnivač s većinskim pravom odlučivanja, ne plaćaju se naknade za građenje i služnost, pod uvjetom uzajamnosti.

5. Posebno pravno uređenje glede građenja na području javnih cesta

I za javne ceste vrijedi poseban stvarnopravni režim glede gradnje određenih objekata na njihovom području. Temeljni propis koji uređuje javne ceste je Zakon o javnim cestama.⁴⁴ Prema ovom propisu javne ceste su javno dobro u općoj uporabi u vlasništvu Republike Hrvatske (ranije su bile opće dobro).⁴⁵ Javne se ceste ne

⁴⁴ Narodne novine, br. 180/04, 82/06, 138/06, 146/08, 152/08, 38/09, 124/09 i 153/09.

⁴⁵ Javno dobro u općoj uporabi, su stvari u javnom vlasništvu namijenjene uporabi svih u skladu s namjenom. Javna dobra u općoj uporabi nisu, kao opća dobra, izuzeta iz vlasničkopravnoga režima. Njihov je vlasnik država ili neki drugi subjekt javnoga prava. S obzirom da su u javnom vlasništvu moguće je da budu namijenjene općoj uporabi jer subjekti javnoga vlasništva trebaju promicati javne, odnosno opće interese. Svatko ima pravo stvarima u vlasništvu Republike Hrvatske koje su namijenjene za uporabu svih služiti se na način koji je radi ostvarenja te namjene odredilo tijelo ili ustanova kojoj su

могу отуђити из власништва Републике Хрватске нити се на њима могу стјецати стварна права, осим у случајевима прописаним Законом о јавним цестима. На јавној се цести може основати право служности и право грађења ради изградње комуналних, водногосподарских, енергетских грађевина и грађевина електроничких комуникација. Цестовно земљиште може се дати на коришћење ради обављања пратећих дјелатности (угостителјство, трговина, бензинске постaje и друго).

Јавну цесту чине: 1. цестовна грађевина, 2. грађевине за одводњу цесте и проčiшћавање воде, 3. земљишни појас с објију страна цесте потребан за несметано одржавање цесте ширине према пројекту цесте, а најмање један метар рачунајући од црте која спаја крајње тачке попречног пресјека цесте, 4. зрачни простор изнад колника у висини седам метара, 5. цестовно земљиште у површини коју чине површина земљишта на којој према пројекту треба изградити или је изграђена цестовна грађевина, површина земљишног појаса те површина земљишта на којима су према пројекту цесте изграђене или се требају изградити грађевине за потребе одржавања цесте и пружања услуга возачима и путницима те наплату цестарине предвиђени пројектом цесте (објекти за одржавање цеста, управљање и надзор промета, наплату цестарине, бензинске постaje, сервиси, паркиралишта, одморишта итд.), 6. грађевине на цестовном земљишту, 7. стабилни мјерни објекти и уређаји за надзор возила, 8. прикључци на јавну цесту изграђени на цестовном земљишту, 9. прометни знакови и уређаји за надзор и сигурно вођење промета и опрема цесте, 10. грађевине и опрема за заштиту цесте, промета и околиша.

Јавна цеста постaje јавно добро у опћој упорabi правомоћношћу употребне дозволе. Јавна цеста уписује се у земљишне књиге на основу правомоћне употребне дозволе као јавно добро у опћој упорabi и као неотуђиво власништво Републике Хрватске, с правом управљања Хрватских аутоцеста д. о. о. на аутоцести, Хрватских цеста д. о. о. на државној цести, жупанијске управе за цесте на жупанијској и локалној цести, односно управног тијела Града Загреба на жупанијској и локалној цести на подручју Града Загреба. Право служности и право грађења на јавној цести те право концесије на јавној цести уписују се у земљишне књиге у складу с прописима који уређују земљишне књиге.

Ако се приликом грађења или реконструкције јавне цесте предвиђа и грађење комуналних, водногосподарских и енергетских грађевина, као и грађевина електроничких комуникација на цестовном земљишту које у цијелости или дјеломично служе за потребе јавне цесте, пројект мора обухватити и те грађевине и радове који ће се извести на површини, односно испод или изнад површине цесте. Трошкове израде пројеката и грађења ко-

дане на управљање, односно тијело надлежно за одређивање намјене, које њима непосредно управља. Ствар која је у јавном власништву постaje јавно добро у опћој упорabi када тако одреди нјезин власник, а намјену те ствари одређује својом одлуком тијело које је овлашћено о томе одлучити. Намјена може бити одређена и законом. Могућа је и промјена намјене о чему такође одлучује власник те ствари, односно субјект јавнога власништва, а могућа је и промјена намјене законом. И гледе јавних добара у опћој упорabi јавноправни субјекти као власници тих ствари имају једнак положај као и приватни власници гледе ствари у њиховом власништву. Субјект који одлучује о јавним добрима у опћој упорabi и њима управља дужан је поступати као добар домаћин и сноси одговорност за своје поступке.

munalnih građevina, osim javnih površina (pješačkih staza i zelenih površina) te javne rasvjete, snosi investitor komunalnih građevina, u skladu s propisima koji uređuju komunalno gospodarstvo. Troškove izrade projekata i građenja vodnogospodarskih i energetske građevina, kao i građevina elektroničkih komunikacija, snosi investitor tih građevina, u skladu s propisima koji uređuju upravljanje tim građevinama.

Suglasnost za građenje komunalnih, vodnogospodarskih i energetske građevina kao i građevina elektroničkih komunikacija na cestovnom zemljištu koje ne služe za potrebe javne ceste daju Hrvatske autoceste d.o.o.; Hrvatske ceste d.o.o.; koncesionar; županijske uprave za ceste odnosno Upravno tijelo Grada Zagreba koje upravlja javnom cestom. Ako se građenjem ili rekonstrukcijom javne ceste zadire u postojeće komunalne, vodnogospodarske i energetske građevine ili građevine elektroničkih komunikacija, troškove izrade projekata, građenja ili rekonstrukcije tih građevina snosi investitor javne ceste.

Ako se radi građenja komunalnih, vodnogospodarskih i energetske građevina kao i građevina elektroničkih komunikacija na cestovnom zemljištu osniva pravo služnosti odnosno pravo građenja, služnost odnosno pravo građenja osnovat će se u korist investitora tih građevina s trajanjem dok je građevina u funkciji zbog koje je izgrađena. Prijenos prava služnosti, odnosno prava građenja dopušten je u korist osobe koja je na temelju posebnog zakona ovlaštena upravljati tim građevinama. Osnivanje prava služnosti ili prava građenja te prava i obveze investitora komunalnih, vodnogospodarskih i energetske građevina kao i građevina elektroničkih komunikacija utvrđuju se ugovorom s Hrvatskim autocestama d.o.o.; Hrvatskim cestama d.o.o.; koncesionanom; županijskom upravom za ceste, odnosno Upravnim tijelom grada Zagreba koje upravlja javnom cestom.

6. Zaključak

Poljoprivredno zemljište, šume i šumska zemljišta, vodna dobra i javne ceste dobra su od interesa za Republiku Hrvatsku. Poljoprivrednom se zemljištu često mijenja namjena i pretvara se u građevinsko zemljište. I bez promjene namjene poljoprivrednog zemljišta dopuštena je izgradnja onih građevina kojima se ne dira u poljoprivrednu namjenu toga zemljišta. Na poljoprivrednom se zemljištu može osnovati pravo služnosti.

Šume i šumska zemljišta nisu namijenjena izgradnji građevina. Iznimno se u šumi mogu graditi samo posebne građevine određene zakonom. Služnosti i pravo građenja mogu se osnovati na šumama i šumskom zemljištu. Na vodnom dobru mogu se graditi vodne građevine. Javna cesta je javno dobro u općoj uporabi.

Posebna pravna uređenja za nekretnine uspostavljena su s obzirom na njihovu namjenu, a ona je određena dokumentima prostornog uređenja.

Summary

Agricultural land, forests and forest lands, water resources and public roads are of interest to Republic of Croatia. Agricultural land frequently changes its purpose and it's converted into building land. Without a change of use of agricultural land it's allowed to build those buildings which do not interfere with agricultural use of that land. Easement rights can be established on agricultural land.

Forests and forest lands are not intended for construction of buildings. Exceptionally, in the forest can be built special buildings according to law. Easements and building rights can be established on forests and forest land. Water buildings can be constructed at the water resources. Public roads are public goods in general use.

Special legal arrangements for the real estate have been established with regard to their purpose and it's determined by the documents of regional planning.

СЛУЖБЕНОСТИ И СУСЕДСКА ПРАВА У СТВАРНОМ ПРАВУ ЦРНЕ ГОРЕ^{1*}

Проф. др Мирослав Лазих*
Доц. др Нина Планојевић**

***Апстракт:** За предмет свог рада аутори су изабрали анализу решења о службеностима и суседским правима из Закона о својинско-правним односима Црне Горе из 2009. године. Као разлог да регулативу ових различитих стварно-правних института анализирају у оквирима истог рада, аутори наводе чињеницу да многи законодавци не праве разлику између њих, сврставајући сва или нека суседска права у категорију службености, иако она представљају ограничења својине, па им је циљ био да утврде какву концепцију у том смислу прихвата црногорски закон. У свом раду они детаљно приказују и коментаришу регулативу изабраних института у ЗСПО-у Црне Горе, правећи паралелу како са решењима ЗОСПО-а бивше федерације, тако и са решењима из упоредног права и ставовима из правне праксе и теорије.*

***Кључне речи:** стварно право Црне Горе, стварне службености, личне службености, суседска права.*

І. Увод

На простору некадашње југословенске федерације, након њеног распада и формирања нових држава, дошло је до велике законодавне активности у грађанскоправној области. У новонасталим државама вршена је парцијална регулатива појединих грана грађанског права, а посебно је значајно уређење области стварног права². То је сасвим разумљиво не само због значаја ове гране

* **Мирослав Лазих**, редовни професор, Правни факултет Универзитета у Нишу.

** **Нина Планојевић**, доцент, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу.

¹ * Рад је резултат истраживања на пројектима: „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (бр. 179046), коаутора М. Лазиха; и „21. век – век услуга и услужног права“, коаутора Н. Планојевић.

² Нови стварноправни закони настајали су следећим редоследом: Хрватска (1996); Македонија (2001); Словенија (2002); ентитет Република Српска из састава државе БИХ (2008); и Црна Гора (2009. године). Држава Србија и Ентитет Федерација БИХ су једине које их још нису донеле.

права за функционисање целокупног правног и економског система сваке државе, већ и због чињенице да је у бившој федерацији ово била најмање уређена област. Разлог за то су, између осталог, биле и бројне разлике које су између југословенских република постојале у погледу оних стварно-правних односа који се нису сматрали основним, па нису били регулисани савезним Законом о основама својинско-правних односа (ЗОСПО)³. Имајући ту чињеницу у виду, предмет нашег интересовања било је питање како су поједине државе – бивше југословенске републике својим новим законима уредиле управо оне стварно-правне односе који нису били уређени ЗОСПО-ом.

Због ограниченог обима рада, нисмо могли анализирати решења из нових стварноправних закона свих пет држава које су их донеле, те смо предмет рада сузили у два смера. Најпре, за предмет анализа изабрали смо решења последњег закона који је донет, а то је Закон о својинско-правним односима Црне Горе из 2009. године (ЗСПО)⁴. Други смер у коме је сужен предмет рада јесте избор само два стварноправна института које раније важећи ЗОСПО није комплетно регулисао - службености и суседска права. Наиме, општепознато је да је ЗОСПО регулисао стварне, али не и личне службености; а од суседских права само имисије, али не и остале њихове врсте.

Разлог за избор анализе регулативе службености у ЗСПО је и у томе што њихов значај и улога (за разлику од неких других стварних права чија актуелност расте или опада зависно од државе и временског периода) мање–више остаје увек иста. Разлог за избор анализе регулативе суседских права заједно са службености је у томе, што неки законодавци ова два стварно-правна института сврставају у категорију службености; или то чине са појединим врстама суседских права⁵. Стога смо сматрали целисходним да решења ЗСПО-а о службеностима, као посебној врсти стварних права; и суседским правима, као ограничењима својине - анализирамо заједно. У тој анализи правићемо паралелу како са решењима ЗОСПО-а, тако и са решењима из упоредног права и ставовима из правне праксе и теорије.

II. Концепт службености по ЗСПО

ЗСПО прихвата класичан римски концепт службености, третирајући их као јединствен правни институт, без обзира на разлике које постоје међу њима. Он их стога заједнички и дефинише као права на туђој ствари „чији је ималац овлашћен да у одређеној мјери искоришћава туђу ствар или да захтијева од њеног власника да је на неки начин не употребљава“ (чл. 12, глава 1). Тек потом следи подела службености на стварне и личне (чл. 193) и њихова детаљна регулатива у посебној глави 8. ЗСПО-а ЦГ, што је концепт који прихвата и

³ „Сл. лист СФРЈ“, бр. 6/1980, 36/1990 и “Сл. лист СРЈ”, бр. 29/96.

⁴ „Сл. лист Црне Горе“, бр. 19/2009.

⁵ У том смислу посебно је спорно право нужног пролаза и сродна суседска права.

ЗОСПО, као и нови закони Хрватске, Македоније и Републике Српске - што одговара традицији ових права насталој на решењима аустријског, немачког, швајцарског и других законика.

Међутим, то не умањује разлике између ових института, које су општепознате, како у погледу њиховог титулара, тако и трајности, садржине, особине акцесорности итд.⁶ Наведене разлике указују да се ради о два различита правна института која, иако сродна, имају бројне специфичности. То је и условило да су у појединим грађанским законима, попут француског С.с., личне службености регулисане као посебан институт, а не као подврста службености.

У даљем тексту прокоментарисаћемо, укратко, најважније елементе регулативе стварних и личних службености у новом стварном праву Црне Горе.

1) Стварне службености

Појам и облици. Стварна службеност је регулисана као право власника једне непокретности (повласно добро) да за потребе те непокретности врши одређене радње на непокретности другог власника (послужно добро) или да захтева од власника послужног добра да се уздржава од вршења одређених радњи које би иначе имао право вршити на својој непокретности (чл. 194 ЗСПО). Законом је допуштена и могућност установљавања стварних службености за изузетне прилике („службеност пролаза за вријеме поплаве, службеност превоза посјечених шумских стабала преко туђег земљишта итд.“ - чл. 195).

Чланом 213. ЗСПО је предвиђена могућност орочавања стварних службености, као могуће одступање од њиховог трајног карактера. Орочене службености, као и службеност која се могу конституисати у корист лица, су облици неправих службености. Таква могућност конституисања неправих службености је предвиђена и у хрватском (чл. 189 ЗВПО)⁷, македонском (чл. 193 ЗССП)⁸ и закону Републике Српске (чл. 217 ЗСП)⁹, уз предвиђање да се на овакву неправу стварну службеност примењују одредбе о личним службеностима. ЗОСПО ову могућност не познаје.

⁶ Основна разлика између личних и стварних службености је у погледу везаности за титулара и трајности права. Стварна службеност се установљава ради бољег искоришћавања повласног добра - *realiter* (објективна корисност) и траје све док постоји потреба за таквим коришћењем, односно корисност послужног добра. Личне службености су конституисане у корист титулара - *personaliter* (лична, субјективна корист) и трају најдуже до његове смрти. Личне службености садрже право на свеобухватно (плодоживање) или ограничено (употреба и становање) право коришћења, док стварне службености гарантују делимично коришћење послужног добра. Стварне службености су, за разлику од личних, акцесорна права.

⁷ Закон о власништву и другим стварним правима (ЗВСП), „Народне новине“ – „Сл. лист Републике Хрватске“, 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08.

⁸ Закон за сопственост и други стварни права (ЗССП), „Сл. весник на Република Македонија“, 18/2001.

⁹ Закон о стварним правима (ЗСП), „Службени гласник Републике Српске“, 124/2008.

Сматрамо да је допуштање конституисања неправих службености прихватљивије решење од увођења института стварно-личних службености, што је нпр. предложено у нацрту Законика о својини и другим стварним правима Србије. У његовом шестом делу, службености су подељене на четири категорије: стварне, стварно-личне, службености грађења и личне службености (чл. 307 Нацрта).¹⁰ Стварање стварне службености у корист одређеног лица или на одређени рок требало је предвидети као уговорну могућност, која је као изузетак постојала и до сада. Решењем из Нацрта је добијена једна неуобичајена и рогобатна одредба, која непотребно ствара, по правној природи, један „хибридан“ правни институт.¹¹

Ранг. Чланом 196. ЗСПО је на правно коректан начин уређен однос између више стварних службености на истој непокретној ствари. Однос је регулисан применом права првенствог ранга, утврђеног према моменту настанка права, тако што је уређено да се “установљењем нове стварне службености не смије крњити већ постојећа службеност”, као и да “ако услед промијењених прилика наступи немогућност да се све стварне службености врше у пуном обиму, преча је она стварна службеност која је раније стечена; последња стечена права се сужавају у свом обиму или потпуно ишчезавају и тако редом”. Тиме је усвојен општеприхваћени начин решавања колизије „ограничених“ стварних права – право првенства раније насталих права.

Начела службености. ЗСПО је установио сва традиционална начела стварних службености: недељивост (чл. 197); да се службеношћу не може наметнути позитивна обавеза власнику послужног добра (чл. 198); начело рестрикције у погледу начина и обима вршења службености (укључујући и забрану проширења стварне службености услед повећања потреба повласног добра - чл. 199), али и право на премештање стварне службености на захтев и уз накнаду власника послужног добра (чл. 200).

Новина је да је, иако је предвиђено да су стварне службености права на туђим стварима, допуштена могућност да се конституишу и службености на сопственој ствари. Тиме се одступа од традиције римског права, изражене максимом: *Nemini res sua servit* (Paulus - D. 8,2,26).

Стицање и престанак. Стварне службености се могу засновати „правним послом, одлуком суда или другог државног органа, и одржајем“ (чл. 201).

У погледу стицања, посебну пажњу изазива могућност да „власник двије

¹⁰ „Право стварно-личне службености је право лица да, за своје потребе, туђу непокретну ствар (послужно добро) употребљава на одређени начин и у одређеној мери ...“ (В. чл. 341. Нацрта). Коришћен је текст Нацрта објављен у књизи „Ка новом стварном праву Србије“, Београд, 2007, стр. 73.

¹¹ “Веза стварних права са одређеним физичким или правним лицем, суштинско је обележје по коме се личне службености разликују од стварних, чак и када се садржински поклапају” - Н. Eichler, *Institutionen des Sachenrechts*, II, Berlin, 1960, стр. 602; „Ипак, помеђашко послужје може бити везано и лично за какво чељаде - али то треба да је тако нарочито одређено” (чл. 852. ОИЗ ЦГ); Аустријски ГЗ (§545) их назива „неправилним и привидним“. В.: О. Станковић - М. Орлић, *Стварно право*, Београд, 1993, стр. 186.

непокретности може једну од њих оптеретити стварном службеношћу у корист оне друге“ (чл. 207). У упоредном праву, сопственичке службености могу настати „изворно“ - тако што се конституишу од стране и у корист власника; или „прећутно“ - тако што их након наступања разлога за престанак, власник задржи за себе. Дилему који начин конституисања сопственичких стварних службености треба допустити, сматрамо да треба решити прихватањем обе наведене могућности.

Мишљења смо да, уопште, допуштање могућности конституисања ограничених стварних права на сопственој ствари није само правна апстракција и резултат аутономије воље, већ непосредни правни интерес власника У правној пракси, конституисање стварне службености на сопственој ствари представља припрему за правно располагање својином на целој или делу непокретности. Сопственичка стварна службеност повећава вредност непокретности. Најзад, конституисање сопственичких стварних службености је и израз слободе располагања правима на непокретностима.¹² Зато, предвиђање такве могућности у ЗСПО, одговара савременим схватањима и практичним потребама.

Сматрамо да је и код одређивања разлога за престанак стварних службености “када исто лице постане власник послужног и повласног добра“ (чл. 209), требало предвидети могућност да јединствени власник повласног и послужног добра може службеност задржати на своје име, што је целисходно, јер је, иначе, може самостално конституисати. У праву Републике Србије, стварна службеност престаје „када исто лице постане власник послужног и повласног добра“ (чл. 58 ст. 3 ЗОСПО), без могућности задржавања.¹³ И у праву Републике Српске је предвиђено гашење стварних службености услед сједињења (чл. 262 ЗСП).¹⁴ Интересантно је решење у хрватском закону, који предвиђа конфузију као начин за „аутоматско гашење стварне службености“, али у ст. 2. чл. 238 предвиђа да уколико се „власништво повласне и послужне некретнине раздвоји прије брисања служности у земљишној књизи, служност оживљава“. Остаје дилема како може поново оживети у корист новог лица нешто што је „аутоматски“ престало. Решење из црногорског закона је, сматрамо, прихватљивије.

Правничко интересовање закупања и решење о одржају стварних службености. Црногорски закон је предвидео више врста одржаја с обзиром на квалитет државине права стварне службености. Чланом 203. је предвиђено да се стварна службеност стиче одржајем протеком рока од 20 година без обзира

¹² S. D. Wolff, Nießbrauch am eigenem Grundstück, Neue Juristische Wochenschrift, 36/1968, str. 1678. „Службеност на сопственој ствари не мора бити само у економској функцији, већ се може заснивати и на путативном интересу власника“, В., М. Лазић, Личне службености, Ниш. 2000, стр. 111.

¹³ Додуше, постоји схватање да, ако није захтевано брисање службености због сједињења (конфузије или консолидације), па касније једна од сједињених непокретности буде отуђена, службеност се аутоматски активира. В., О. Станковић – М. Орлић, цит. дело, стр. 204;

¹⁴ В., Д. Медић, Ново стварно право Републике Српске, Бања Лука, 2011, стр. 194 и надаље.

на квалитет државине, ако се власник послужног добра није противио њеном вршењу, што одговара решењу из ЗОСПО; затим, рок од 15 година за савесног држаоца права стварне службености; и рок од 10 година за савесног и законитог држаоца. Као и у ЗОСПО, искључено је стицање стварних службености одржајем, ако је државина права вршена „злоупотребом повјерења власника или држаоца послужног добра, силом, преваром или ако је службеност уступљена до опозива“ (чл. 203 ст. 4). Увођење више облика одржаја с обзиром на квалитет државине је адекватно решење.

Законодавци Републике Српске (чл. 198 ЗСП), Хрватске (чл. 229 ЗВПО), и Македоније (чл. 202 ЗССП) су задржали само један облик одржаја са роком од 20 година, допуштајући начелно одржај за све врсте стварних службености (позитивне и негативне, односно видљиве и невидљиве) и одређујући још потребну учесталост вршења повремених службености за стицање одржајем (3 пута за 20 година).

Међутим, стару дилему правне теорије,¹⁵ да ли треба допустити стицање одржајем само позитивних или и негативних, односно само видљивих („праћене неким спољним видљивим знаком“, чл. 204 ЗСПО) или и невидљивих стварних службености, црногорски закон је решио тако, што је допустио само стицање видљивих стварних службености на овај начин. Мишљења смо да је оваквим решењем непотребно онемогућено стицање одржајем невидљивих службености, које могу бити и позитивне и негативне. Вероватно је законодавац желео да избегне проблем доказивања невидљивих службености, али то ће створити практичне проблеме друге врсте, јер бројне службености за које се у пракси може користити одржај – нпр. право довођења воде - могу да буду како видљиве, тако и невидљиве. Сматрамо да је ограничење стицања стварних службености само за видљиве службености непотребно. Закон јасно одређује да стварна службеност стечена одржајем делује према трећем савесном лицу тек од момента њеног уписа у катастар (чл. 205).

Заштита и функције службености. Чланом 214. ЗСПО је предвиђено да се на заштиту стварних службености аналогно примењују одредбе овог закона о заштити права својине. Намеће се питање зашто онда није предвиђена и сходна примена одредби о заштити државине - за заштиту државине права стварне службености, која се често користи у судској пракси.

Поред примене у суседско-правним односима, институт стварне службености се по црногорском закону може користити и као средство за решавање колизије код заузећа туђег земљишта грађењем (чл. 49); код права трећих лица после деобе ствари (чл. 152); код одређивања појма државине права стварне службености (чл. 388) и код стицања ствари наслеђивањем (чл. 397).

¹⁵ В. О. Станковић – М. Орлић, цит. дело, стр. 195; В. З. Рашовић, Коментар Закона о својинско-пставним односима Црне Горе, Подгорица, 2009, стр. 1086. У коментару уз чл. 204 изостало је међутим детаљније објашњење опредељења да само видљиве службености могу бити предмет стицања одржајем.

2) Личне службености

Личне службености су права титулара да употребљавају и прибирају плодове са туђег послужног добра ради задовољења одређеног интереса. Оне остварују своју функцију у одређеном периоду (привремена стварна права), а затим се овлашћења уживаоца „враћају“ власнику послужног добра. Њима се могу остваривати различити циљеви - збрињавање чланова породице и других лица, располагање имовином, деоба заједничке својине, осигурање и наплата потраживања, стицање прихода, алиментација итд. Најчешћа примена је у наследним односима, где личне службености врше функцију материјалног збрињавања надживелог супружника и сродника, у односу на наследника.

На просторима Републике Црне Горе важио је, још од Богишића прихваћен, римски концепт плодуживања (чл. 156 ОИЗ ЦГ).¹⁶ Законик је предвиђао удовичко уживање као средство за регулисање односа у Кући.¹⁷

У Југославији, право плодуживања, употребе и становања били су допуштени правни институти савезним законом (чл. 60 ЗОСПО), али је њихово детаљно регулисање препуштено републичким законима, што је изостало.¹⁸ Приватизација и велика друштвена раслојавања у новостореним државама, све више усмеравају старање о опстанку и преживљавању друштвено угрожених категорија, пре свега старих и немоћних лица, приватној бризи. Личне службености постају поново актуелни институт, што је потврђено и њиховом реафирмацијом, најпре у области наследних односа, а затим, због бројних функција плодуживања, и у другим правним односима. Све то намеће потребу свеобухватне и пажљиве регулативе и реформе овог института. ЗСПО регулише све три врсте личних службености (право плодуживања - *ususfructus*, право употребе – *usus* и право становања - *habitatio*).

а) Право плодуживања

Појам. ЗСПО је (чл. 222 – 249) у потпуности регулисао институт личних службености на начин који је саобразан актуелним друштвеним потребама Црне Горе, држећи се углавном класичних решења. Тако, чл. 223 одређује

¹⁶ Тако, Богишић регулише личне службености у другом делу ОИЗ: „О властани и о другим врстама права укоријењених у ствари“, глава VII. – „О уживању“ (чл. 156. до 169), а не у оквиру службености (глава VI. - О помеђашкоме послужју). У општим одредбама о својини и другим правима „укоријењених у ствари“ (дио шести), одређена је њихова стварноправна природа.

¹⁷ Кућа је већ у вријеме доношења ОИЗ-а и касније, била место сукобљавања “старих” и “нових” елемената у наследним односима. Опширније: П. Ђ. Стојановић, Примјена ОИЗ за Књажевину Црну Гору, Гласник, Подгорица, 5/1987, стр. 43; А. К. Матановић, Службености (сервитути) по Општем имовинском закону, Архив, Београд, 5/1929, стр. 347.

¹⁸ Опширније: М. Јанковић, Службености, Анали ПФ, Београд, 3-4/1979; З. П. Рашовић, Личне службености према Нацрту Закона о праву својине и другим стварним правима СР Црне Горе, Правна мисао, Сарајево, 1-2/1983.

да је „право плодуживања најшире право употребе туђе ствари (послужног добра) и прибирање плодова са ње, уз обавезу да се сачува њена суштина.“ Традиционално, личне службености су стварна права која овлашћују титуларе на коришћење туђе ствари, без права на располагање и захватање супстанце послужног добра („salva rerum substantia“). Основна разлика између плодуживања и осталих личних службености јесте у обиму коришћења послужног добра (квантитативна разлика).

Предмет. У чл. 225 ЗСПО је предвиђено да „предмет права плодуживања могу бити туђе покретне и непокретне ствари“. Овим је прихваћен најужи концепт предмета плодуживања – ствари. Међутим, свакако би било корисно, да се прихвати шири концепт предмета. У већини правних система, плодуживања је допуштено на стварима и правима. Плодуживање на потраживању је допуштено још од Јустинијановог права, па изненађује да црногорски законодавац то није децидирано одредио. Права подобна да буду објект плодуживања су сва преносива имовинска права на покретним и непокретним стварима која су подобна да се, непосредно или посредно, могу користити, нпр. закуп, реални терет, земљишни дуг, имовинска овлашћења из ауторског и проналазачког права, потраживања из хартија од вредности, акције итд. Предмет плодуживања је најшире постављен у немачком праву – на стварима, правима, имовини и заоставштини. У швајцарском праву, плодуживање постоји на стварима, правима и имовини.¹⁹ Овај недостатак се у црногорској правној теорији покушава „отклонити“ тумачењем да се „право плодуживања може заснивати и на праву које даје плодове или друге користи. Тада се узима да је то право ствар, па се на одговарајући начин сходно примјењују одредбе које важе за ствари“²⁰. Међутим, законом је требало прецизно одредити права, евентуално и имовину, као могући предмет плодуживања.

Стицање. По црногорском закону допуштена је могућност стицања права плодуживања, што сходно важи и за употребу и становање, уговором, тестаментом и одржајем (чл. 226). Иако одржај личних службености неће имати велику практичну примену, ово решење је присутно и у упоредном праву. На стицање плодуживања одржајем сходно се примењују правила о стицању својине одржајем, што ће представљати проблем у пракси, јер се државина права плодуживања према трећима манифестује као државина ствари (својинска државина). Због тога је у француском праву допуштено могућност да држалац права плодуживања одржајем може стећи плодуживање или својину.²¹

Овлашћења. Плодуживалац има право на плодове које послужна ствар

¹⁹ Члан 745. швајцарског ZGB предвиђа да „плодуживање може бити уређено на покретним стварима (713), на непокретностима (655, 768/1), на правима или на имовини (766)“; Слично, чл. 156. 163. и 168. ОИЗ за ЦГ - на ствари, потраживању и имовини.

²⁰ В., С. Рашовић, цит. Коментар, стр. 1284.

²¹ В., J. Aulagnier, Usufuit et nue-propriete dans la gestion de patrimoine, Париз, 1994, стр. 20; М. Лазих, цит. Личне службености, стр. 52; Р. Ковачевић-Куштримовић, Плодуживање и наше право, Правни живот, Београд, 10/1996, стр. 113.

даје по природи или према начину коришћења. Нпр., дрво се третира као плод шуме ако је намењено редовној сечи. Дилему, из правне праксе и теорије, како поделити плодове између власника и плодуживаоца у години настанка и престанка плодуживања, у ЗСПО је решена на традиционалан начин. Плодови у новчаном облику се деле сразмерно дужини трајања плодуживања, дан по дан, независно од доспелости и да ли су већ наплаћени или не (чл. 228). За стицање природних плодова, није прихваћен исти принцип, већ је задржано решење из ранијих југословенских Нацрта, да то буде моменат одвајања, а да се међусобна потраживања власника и плодуживаоца регулишу правом на накнаду трошкова производње плодова (чл. 229). У правној теорији је примећено да решење у погледу расподеле природних плодова уноси алеаторност, која је утолико већа уколико је период трајања плодуживања краћи, а учесталост одвајања плодова мања.²²

У погледу права на уступање вршења плодуживања (избегавајући овај препознатљиви термин), законодавац је допустио пренос користи, који је, такође, облигационог карактера.²³ У правној теорији се сматра да непреносивост плодуживања није његова суштинска карактеристика, већ само средство заштите правног положаја власника.²⁴ У упоредном праву, као облици правног располагања се јављају: уступање вршења плодуживања, конверзија плодуживања у доживотну ренту и залагање плодуживања.

Обавезе. Што се тиче регулисања обавеза плодуживаоца, као веома важним за заштиту власника, ЗСПО прихвата јасна и добра решења за правну праксу. Законом је, најпре, предвиђена општа обавеза плодуживаоца да своја права врши као „добар домаћин“ (чл. 223). Требало је предвидети и стандард „добар привредник“ за правно лице. Правно коректно су регулисане и остале обавезе плодуживаоца.²⁵ Закон регулише и право, односно обавезу на инвентар послужне ствари. „Власник, односно плодуживалац има право да у свако вријеме захтијева да се о заједничком трошку сачини попис и процјена послужног добра...“ (чл. 237).

Предвиђена је и обавеза враћања ствари (чл. 238), мада је, по редоследу, претходно требало регулисати право на обезбеђење (чл. 239). „Власник послужног добра чија су права у опасности може захтијевати обезбјеђење од плодуживаоца. Уколико плодуживалац не пружи обезбјеђење на захтјев власника, може му се одузети послужно добро и повјерити на управљање лицу које одреди суд“. У смислу става 2. овог члана, послужно добро може

²² О. Станковић, Расподела плодова између власника и плодуживаоца, *Анали ПФ*, Београд, 1-2/1971, стр. 84; Уп.: F. Terré - Ph. Simler, *Droit civil, Les biens*, 4 éd, Paris, 1992, стр. 528; Чл. 586. С.с.; § 519. ABGB; чл. 158. ОИЗ ЦГ; чл. 757. ZGB и др.

²³ “Плодуживалац може правним послом (уговором о закупу, послузи и др.) пренијети на другог користи које даје послужно добро, уколико му то право није одузето (чл. 230. ЗСПО)“.

²⁴ V., W. Schön, *Der Nießbrauch an Sachen*, Köln, 1992, стр. 416; § 1059a. BGB.

²⁵ Видети чл. 231-236. ЗСПО-а.

бити „повјерено и власнику“ (чл. 239). Сматрамо да је оправдано предвиђена могућност да се послужно добро одузме од плодуживаоца, преда у државину и повери на управљање власнику, али је требало одредити које обавезе према плодуживаоцу имају ова лица. Суштина плодуживања је у непосредном коришћењу ствари, а овим би се оно трансформисало у право реалног терета или право на ренту, па је нови положај плодуживаоца требало законом регулисати.

Престанак. Решења у погледу престанка плодуживања (чл. 240) су одговарајућа, мада новија немачка правна теорија и пракса, познаје и могућност конституисања личних службености на сопственој ствари. У том случају консолидација (стицање својства власника и плодуживаоца у истом лицу) не мора да води аутоматском гашењу плодуживања, већ се допушта могућност трансформисања у плодуживање на сопственој ствари. Плодуживање на сопственој ствари може имати правни значај за власника, нарочито због резервисања ранга права и као начин поједностављења будућег правног промета. Међутим, у садашњој пракси није неопходно овакво решење.

Законску одредбу да плодуживање правног лица траје најдуже 30 година такође сматрамо прихватљивом (чл. 240 ЗСПО).²⁶

б) Право употребе и становања

Право употребе (*usus*) и становања (*habitatio*) је коректно регулисано уз предвиђање сходне примене одредби о праву плодуживања. У члану 248. ст. 2. је предвиђено да „са имаоцем права становања могу становати чланови његовог домаћинства и лица која га издржавају или су му потребна за вођење домаћинства, и то само за вријеме његовог живота“. Свакако, требало је утврдити да се у том случају не може проширити право употребе, односно да може под одређеним условима (нпр. неопходност старања и неге титулара употребе и сл.)

III. Суседска права по ЗСПО

Општа запажања. У Црној Гори су се, као и у некадашњој федерацији, све до 2009. године и доношења новог закона, на суседске односе примењивала предратна правна правила. То су првенствено била правила ОИЗ-а из 1888. године, који је најпотпуније регулисао ову материју. Следећи ту традицију, ЗСПО суседске односе уређује на квалитетан и још детаљнији начин од ОИЗ-а,

²⁶ У француском праву плодуживање правног лица траје до 30 година (чл. 619. С.с.); у швајцарском до 100 (чл. 749. ZGB). Супротно, у немачком праву плодуживање правног лица се гаси тек његовим престанком (§ 1061. BGB). По СГЗ-у, лична службеност „ако ли је дана једној задрузи или општини, онда таква траје, докле год иста задруга или општина постоји“ (§ 392). По ОИЗ за ЦГ најдуже 50 година, осим плодуживања у корист куће које траје „док год се не истражи или се не раздијели“ (чл. 169).

обухватајући велики број суседских права (чл. 250 - 268). Његова регулатива је можда и најобимнија у односу на законе осталих држава – бивших југословенских република, што ће за праксу бити од велике користи с обзиром на значај ове материје. Наиме, по неким проценама са којима се слажемо, савремени живот намеће потребу још већег развоја суседског права и нова ограничења својине на овај начин, која заправо представљају њену својеврсну „социјализацију“²⁷. Циљ овог процеса је да се успоставе минимални стандарди који ће обезбедити да заједнички живот суседа буде подношљив и могућ, а сфере коришћења непокретности разграничене. Црногорски законодавац је препознао потребе о којима је реч, па ЗСПО спада у ред модерних закона, који праве разлику између службености и суседских права, као ограничења својине *sui generis*.

Управо из тог разлога наша прва примедба тиче се места које је ЗСПО доделио суседским правима. Наиме, она би као законска ограничења својине требало да се нађу у оквиру регулативе института својине, а не после стварних службености - на које понекад садржински могу личити, али се од њих суштински разликују, о чему је у правној теорији доста писано.²⁸ Нови стварноправни закони држава с простора бивше Југославије им углавном и додељују такву позицију.²⁹

Садржина, вршење и субјекти. Регулативу суседских права ЗСПО започиње одређивањем њихове природе и садржине (што је нарочито важно за разграничење од службености), и то на начин који је у правној литератури и законима уобичајен³⁰, најсличније ОИЗ-у. Следећи корак законодавца је прецизно одређивање начела и граница у оквиру којих се при вршењу суседског права његов субјекат може кретати, што сматрамо веома битним у циљу спречавања злоупотреба, а то су: начело поштења, начело рестрикције при вршењу права, правни стандард добросуседских односа и месни обичаји (чл. 250, ст. 2 и 3).

Појам субјекта суседског права није поистовећен са појмом власника, већ је одређен знатно шире – то су и непосредни држаоци непокретности³¹,

²⁷ М. Тороман, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада (одредница “Суседско право”), Београд, 1978, стр. 234.

²⁸ М. Тороман, нав. дело, стр. 234; О. Станковић – М. Орлић, Стварно право, Београд, 1996, стр. 205-206; Д. Стојановић, Стварно право, Београд, 1980, стр. 107-108; Р. Ковачевић Куштримовић – М. Лазић, Стварно право, Ниш, 2004, стр. 97-98 итд.

²⁹ Такву позицију суседска права нпр. имају у словеначком, македонском, хрватском праву, праву Републике Српске, нацрту Законика о својини и другим стварним правима Србије итд.

³⁰ “Суседско право је законско овлашћење једног власника да се користи сусједном непокретношћу или да захтијева од сваког власника чињење или уздржавање од нечега што би овај као власник по закону смио чинити” - чл. 250, ст. 1 ЗСПО. Сличне одредбе налазимо и у неким од стварноправних закона осталих држава с простора бивше Југославије (чл. 100 хрватског закона; чл. 17 македонског закона; чл. 66 закона Републике Српске).

³¹ Исто решење налазимо нпр. и у Стварноправном закону Словеније (чл. 74).

независно од основа државине, што сматрамо прикладним проширењем, јер циљ суседских права није разграничење само власничких, већ и корисничких сфера код непокретности³². Ван појма субјекта суседског права остао је само детентор. Ова свеобухватна регулатива питања заједничких за сва суседска права била би још комплетнија да је законодавац одредио и шта се подразумева под суседном непокретношћу (објекат суседских права), при чему сматрамо да би се свакако требало одредити за модерни, шири концепт, који је у судској пракси већ заживео, а и правна теорија га подржава³³ - а по коме то нису само непокретности које се граниче.

Врсте суседских права. У даљем тексту ЗСПО регулише двадесетак суседских права различитих врста, не групишући их формално по целинама са посебним насловљавањем, што уосталом и није посао законодавца и што ретко који законодавац и чини.³⁴ Суштински, ЗСПО ипак води рачуна о садржини појединих суседских права, не „разбацујући“ их по закону било којим редоследом, већ их „ређајући“ једно за другим према сродности. У том смислу може се приметити да он углавном прати поделе које чини правна теорија³⁵, па најпре регулише суседска права која спадају у категорију оних која подразумевају реципроцитет, узајамност права и обавеза суседа и првенствено се тичу разграничења непокретности (заједничка и сопствена ограда, зид, међа, дрво на међи...). Затим следи регулатива категорије суседских права која представљају забрану ометања суседа и углавном захтевају уздржавање од предузимања одређених радњи у том смислу (забрана поткопавања земљишта, промене тока воде, сливања кишнице, стварања опасности од рушења зграде...). На крају, ЗСПО регулише суседска права која правна теорија означава као права која подразумевају корелативност овлашћења и обавеза суседа и која садржински највише подсећају на стварне службености, јер свог титулара овлашћују на једнострану употребу суседове непокретности коју он мора трпети (употреба ради натапања, извођења радова, снабдевања водом, прелазак на суседну непокретност у одређеним ситуацијама..).

У садржинском смислу, основу ове регулативе чине решења некадашњег

³² О томе посебно: Д. Стојановић, нав. дело, стр. 107.

³³ Д. Стојановић, нав. дело, стр. 107; N. Gavella i dr., *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998, str. 469; Д. Лазаревић, *Службености и суседско право*, Београд, 2011, стр. 389.

³⁴ Нацрт Законика о својини и другим стварним правима Србије из 2006, нпр. суседска права групише по сродности у посебне одељке, што свакако повећава прегледност текста нацрта и олакшава сналажење у њему.

³⁵ У правној теорији се суседска права на различите начине класификују у групе. По једној подели то су: права која значе забрану ометања суседа, она са узајамним и она са корелативним правима и обавезама суседа (М. Тороман, нав. дело; Д. Стојановић, нав. дело). По другој подели то су: права разграничења, права на употребу суседове непокретности, права на забрану њене употребе суседу и права захтевати чињење од стране суседа (О. Станковић – М. Орлић, нав. дело; Д. Медић, *Ново стварно право у Републици Српској*, Годишњак факултета правних наука, бр.1, Б. Лука, 2011, стр. 20.). По трећој подели то су: права из разграничења, имисије и права коришћења суседне непокретности (Р. Ковачевић Куштримовић – М. Лазић, нав. дело).

нацрта Закона о праву својине и другим стварним правима Србије³⁶, која су оправдано преузета, јер су у одређеним доменима и од правне теорије оцењивана као врло квалитетна. На основу пажљиве анализе би се могло рећи да су основу решења из нацрта о коме је реч најчешће чинила она из ОИЗ-а (па самим тим и основу решења из ЗСПО) мада значајно допуњена, прецизније формулисана и осавремењена. ЗСПО, као и нацрт уређују међутим и нека суседска права о којима у ОИЗ-у није било одредби (суседске односе у вези ограда, забрану поткопавања земљишта, одвођење кишнице с крова..).

Имисије. Посебну пажњу заслужује начин на који ЗСПО регулише имисије, јер се ради о актуелном и важном суседском праву. Иако у правној литератури постоји готово општа сагласност³⁷ око тога да имисије спадају у категорију права чији је циљ забрана ометања суседа у мирном коришћењу непокретности – ЗСПО имисије поставља између чланова који регулишу право прелаза на суседно земљиште (чл. 267) и право на снабдевање водом са њега (чл. 265). Тако су имисије добиле место међу правима тзв. нужне употребе суседне непокретности, уместо у оквиру групе која регулише забрану разних форми ометања суседа, где по нашем мишљењу треба да се нађу.

Садржински, ЗСПО имисије регулише на исти начин као и ЗОСПО у погледу врсте имисија (позитивне) од којих се пружа заштита и критеријума за одређивање граница преко којих се оне не морају трпети³⁸, што сматрамо адекватним и што нема потребе посебно коментарисати. ЗСПО међутим ову регулативу допуњава и одредбама о начину заштите од прекомерних имисија (дакле оних које се не морају трпети), предвиђајући не само право суседа да захтева отклањање узрока постојећих имисија и уздржавање од њиховог будућег чињења, већ и право на накнаду штете, као и право на одређивање мера за спречавање предвидивих будућих недопуштених имисија.³⁹ То су у суштини захтеви који карактеришу негаторну тужбу, али с обзиром да се као субјекти суседских права поред власника, по слову овог закона, појављују и непосредни држаоци, није јасно да ли та одредба заправо све наведене субјекте овлашћује на захтеве о којима је реч.⁴⁰

За разлику од ЗОСПО-а који не садржи правила о томе, ЗСПО познаје и регулише и категорију прекомерних имисија које се морају трпети, што је веома деликатна материја. Оне су дефинисане као имисије које потичу од делатности за чије обављање постоји дозвола надлежног органа, а право погођеног суседа на

³⁶ Текст нацрта који је коришћен објављен је у Скупштинском прегледу бр. 199, Београд, 4. 12. 1981.

³⁷ Д. Стојановић, нав. дело, стр.108; М. Тороман, нав. дело, стр. 237-238; О. Станковић – М. Орлић, нав. дело, стр. 209-210 итд.

³⁸ Видети чл. 266, ст. 1 и 2 ЗСПО-а ЦГ и чл. 5 ЗОСПО-а.

³⁹ Чл. 266, ст. 3 и 5 ЗСПО.

⁴⁰ З. Рашовић ову тужбу назива “специфичном негаторном тужбом” (Коментар Закона о својинско-правним односима Црне Горе, Подгорица, 2009, стр. 1306).

заштиту од њих је ограничено само на захтев за накнаду штете. Реч је о решењу које се већ искристалисало у досадашњој судској пракси, али га не сматрамо адекватним. Њега би, по нашем мишљењу, требало кориговати и овај изузетак допустити под оштријим условима какви су предложени од стране правних писаца, тј. само уколико је реч о општекорисној дозвољеној делатности.⁴¹ То значи да предност не треба увек давати имитенту уместо погођеном суседу једино зато што обавља делатност са дозволом надлежног органа, него само ако је у питању категорија посебно важних делатности. Пошто прекомерне имисије овог типа углавном потичу од индустрије и саобраћаја, у теорији је већ указивано⁴² на неоправданост страха да би њихова забрана могла зауставити прогрес. Такав потез би заправо довео до интензивирања производње средстава за заштиту од прекомерних имисија; а користи би имали и погођени суседи и друштвена заједница, јер такве имисије често угрожавају чистоћу ваздуха и природе.

Оно што сматрамо охрабрујућим у овом контексту јесте то, што ЗСПО овлашћује суседа да захтева предузимање мера од стране оваквог имитента у циљу спречавања или смањења прекомерних имисија и штете – што је модерно решење.⁴³ Мере о којима је реч законодавац описује као „одговарајуће“ - што је правни стандард који ће судска пракса конкретизовати.

Иако ЗСПО у члану којим регулише имисије предвиђа могућност заштите од њих само уколико су позитивне, он у посебном члану (чл. 257 ЗСПО), смештеном међу суседским правима која се тичу разграничења, регулише заправо још један облик имисија. То је негативна имисија која настаје од хладовине од суседове шуме или воћњака, која се не може забранити (као ни прекомерне имисије од дозвољене делатности), али се може добити једнократна накнада знатније штете од ње, уколико је у питању накнадно сађење на суседном земљишту. Ову могућност ЗСПО није регулисао, али њено допуштање ЗСПО-ом сматрамо прихватљивим, јер решава многе у пракси непожељне ситуације.⁴⁴ Уз то, овај члан би свакако требало сместити иза члана који регулише имисије уопште.

IV. Тзв. нужна суседска права и проблем њиховог разграничења од службености

Посебан предмет нашег интересовања у овом раду је и начин на који је црногорски законодавац решио једно од најспорнијих питања у овој области, а то је: да ли права на употребу суседове непокретности, која је нужна јер се

⁴¹ О. Станковић – М. Орлић, нав. дело, стр. 209; Р. Ковачевић Куштримовић – М. Лазић, нав. дело, стр. 94.

⁴² Д. Стојановић, нав. дело, стр. 121.

⁴³ О томе више: З. Рашовић, нав. дело, стр. 1364-1365.

⁴⁴ О таквим ситуацијама више: О. Станковић – М. Орлић, нав. дело, стр. 210 – 211.

без ње сопствена непокретност уопште не би могла користити (трајно или привремено)⁴⁵ треба сврстати међу службености или суседска права? Реч је о нужном пролазу и новијим правима сличног карактера (постављање разних водова на суседову непокретност, антене без које нема пријема програма итд.).

У римском праву допуштање пролаза је увек третирано као службеност и било је ствар добре воље и споразума суседа, независно од тога да ли је тај пролаз суседу нужен или му само олакшава употребу непокретности. Разлог за то је што су индивидуалистичком схватању својине у римском праву ограничења мимо воље власника била страна. У новије време се, међутим, формирао и другачији приступ овом проблему. Наиме, поред сличности у садржини, правна теорија уочава и све више разлика између службености пролаза и нужног пролаза преко суседове непокретности, које нужни пролаз све јасније одређују као законско ограничење својине и сврставају га међу суседска права.⁴⁶ Нужни пролаз и слична права која настају у новије време сврставају се или у посебну групу суседских права⁴⁷ или у исту групу са правима нужне употребе суседне непокретности⁴⁸, која су им најсличнија. Иако обе ове врсте права подразумевају стање нужде за суседа, она се разликују по томе што је код права нужне употребе у питању тренутна, краткотрајна потреба за суседном непокретношћу због посебних околности (извођење радова, повраћај своје ствари или одбегле животиње итд.); док код нужних суседских права сусед своју непокретност уопште не би могао користити без употребе суседне.

Имајући у виду резултате до којих је долазила правна теорија, законодавци су се различито опредељивали у вези правне природе наведених права: старији грађански законици, француски и аустријски, нужни пролаз сврставају међу службености; а немачко, швајцарско и грчко право међу суседска права. На просторима бивше југословенске државе постојале су сличне концепцијске разлике: ОИЗ нужна права сврстава међу суседска; СГЗ међу законске службености; ЗОСПО их третира као службености на основу одлуке државног органа; а некадашњи нацрт Закона о праву својине и другим стварним правима Србије нека од њих сматра личним службеностима⁴⁹, а

⁴⁵ Или би могла, али уз несразмерне трошкове, опасност итд.

⁴⁶ Настанак овог права не зависи од воље суседа, него од испуњености законских услова за то, тј. од постојања стања нужде суседа, па се може исходovati и судским путем. Нужни пролаз се не уписује у јавне књиге и престаје са престанком законских услова. Од осталих суседских права се разликује по томе што пресуда донета поводом овог права има конститутивни, а не декларативни карактер итд.

⁴⁷ То рецимо чини нацрт Законика о својини и другим стварним правима Србије, групишући ова суседска права под насловом „Нужни пролаз и друга нужна права” (одељак 4, чл. 298-299), а права нужне употребе под насловом „Приступ суседној непокретној ствари и употреба” (одељак 5, чл. 300).

⁴⁸ М. Тороман, нав. дело, стр. 239-241; Д. Стојановић, нав. дело, стр. 124-125.

⁴⁹ Нужни пролаз, чл. 237 Нацрта.

нека суседским правима.⁵⁰ И нови закони држава - бивших југословенских република, различито одређују природу ове категорије права.⁵¹

Црногорски законодавац се одређује да права нужне употребе сврста међу суседска права⁵², а нужни пролаз и остала нужна права о којима је реч⁵³ у категорију службености. Увиђајући њихову различитост од осталих службености, он их насловљава са „Посебни случајеви стварних службености“. Наведено решење морамо оценити као неадекватно, јер не уважава суштинске разлике између службености и права о којима је реч, а које ова друга по нама неспорно сврставају међу суседска права. То што она својом садржином подсећају на службености не мења ништа у чињеници да та права представљају законска, а не добровољна ограничења својине, која одређују садржину својине за све који се нађу у истој ситуацији. Сврставајући нужна права међу службености ЗСПО, не следећи ни традицију ОИЗ-а ни схватања у модерној правној теорији⁵⁴, прихвата стари, још у римском праву зачети концепт нужних права о којима говоримо, што сматрамо и највећим пропустом овог законодавца.

V. Закључак

Концепт стварних службености у црногорском закону, и поред тога што има одређених недостатака на које смо указали, сматрамо у суштини добром основом за остваривање бројних функција стварних службености, а пракса ће одредити правац њиховог даљег развоја. Одредбе о личним службеностима се, начелно, такође могу окарактерисати као прихватљива решења за актуелну црногорску праксу, која је дуго времена била лишена овог корисног института. Ипак, у будућности ће бити неопходно проширење предмета плодоуживања, с обзиром да институт личних службености има веома широку примену у савременом праву.

У вези суседских права, можемо закључити да је њихова регулатива ЗСПО-ом обимна, детаљна и комплетна, можда чак најпотпунија у односу на

⁵⁰ Постављање водова и антене, чл. 249-250 Нацрта.

⁵¹ Тако рецимо хрватски и законодавац Републике Српске право нужног пролаза регулишу као службеност; а словеначки законодавац или нацрт Законика о својини и другим стварним правима Србије међу суседским правима.

⁵² Употреба суседне непокретности ради натапања, извођења радова, снабдевања водом, прелазак на суседну непокретност у одређеним ситуацијама (чл. 264-265, 267-268 ЗСПО).

⁵³ То су право нужног пута преко туђег земљишта, постављање водова, прозора у туђем зиду ради светлости и ваздуха, антене без које нема пријема програма (видети чл. 215, 216, 218, 219 ЗСПО).

⁵⁴ М. Тороман, нав. дело, стр. 240-241; Д. Стојановић, нав. дело, стр. 124-125, Р. Ковачевић Куштримовић, Суседско право у будућој грађанској кодификацији, Будимпештански симпозијум, Допринос реформи стварног права у државама Југоисточне Европе, Бремен, 2003, стр. 183-184 итд.

законе других држава из окружења. Она садржи адекватно одређену природу, садржину, субјекте и границе вршења ових права и дефинише велики број врста суседских права на начин уобичајен на овим просторима. Посебну пажњу заслужује регулатива имисија, допуњена у односу на некадашњи ЗОСПО одредбама о заштити од њих и обавези трпљења прекомерних имисија, чему смо, међутим, морали упутити и одређене замерке. Наша најзначајнија примедба односи се на сврставање тзв. нужних суседских права у категорију стварних службености.

SERVITUDES AND NEIGHBORS' RIGHTS IN PROPERTY LAW OF MONTENEGRO

Summary

The concept of real servitudes in Montenegro law, although having some deficiencies that we have pointed to, is basically a good foundation for the realization of numerous functions of real servitudes. Yet, the direction of their further development will be eventually determined in practice. The personal servitudes can be characterized to be acceptable solutions for contemporary Montenegrin practice which has for quite long time been deprived of this useful institute. However, the subject of usufruct will need to be widened in future, since the institute of personal servitudes has large application in contemporary law.

As for the issue of neighbors' rights, we can conclude that Montenegro Property Law regulations are comprehensive, detailed and complete, maybe the most inclusive ones in comparison to the laws of other countries in the region. They comprise adequately defined nature, content, subject and limitation of these rights and also define a number of these rights and their types in a way that is commonly understood in this region. Special attention should be paid to the regulation of emission allowance amended in relation to the former Property Law by adding the protective regulations, as well as the obligation to endure excessive emissions. They deserve some negative comments, the most important being that entitled neighbors' rights are placed in the category of real servitudes.

Key words: *Property Law of Montenegro; real servitudes; personal servitudes; neighbors' rights.*

SUD ILI OVLAŠĆENO LICE U POSTUPKU NAMIRENJA HIPOTEKARNOG POTRAŽIVANJA

Dr sci. iure **Draginja V. Vuksanović***

***Apstrakt:** Autor u radu analizira načine namirenja potraživanja obezbijeđenog hipotekom.*

***Ključne riječi:** Hipoteka, način namirenja, sudsko namirenje, vansudsko namirenje.*

Načini namirenja potraživanja obezbijeđenog hipotekom

Do donošenja Zakona o hipoteci Crne Gore¹, naše zakonodavstvo je poznavalo mogućnost samo sudskog namirenja hipotekarnog potraživanja, a u slučaju nenamirenja tražbine obezbijeđene hipotekom, u roku dospelosti potraživanja.² To pretpostavlja zabranu ugovaranja komisornog pakta u odnosu hipotekarnog povjerioca i hipotekarnog dužnika, tj. nemogućnost predviđanja komisorne klauzule u lepezi ostalih odredaba predviđenih saglasnošću ugovornih strana zaključenog ugovora o hipoteci. Po dosadašnjim rješenjima ne može se tražiti neposredno izvršenje prodajom hipotekovane nepokretnosti, već je povjerilac ovlašćen da pokrene parnicu podnošenjem hipotekarne tužbe. Ostvarenjem pravnosnažne sudske odluke po ovoj tužbi, povjerilac stiže pravo da pokrene postupak izvršenja protiv lica koje je upisano kao vlasnik hipotekovane nepokretnosti. "Ovakav način namirenja ima svojih pred-

* Др Драгиња В. Вуксанови, Сарадник у настави на Правном факултету Универзитета Црне Горе.

¹ Napomena: Sada je ova pravna materija regulisana Zakonom o svojinsko-pravnim odnosima iz 2009.

² Vidi, Rašović P. Zoran, čl. 69 Komentara Zakona o svojinsko-pravnim odnosima, Podgorica 2009, str. 1483.a

nosti, pošto je u funkciji integralnog namirenja dospjelog potraživanja. Međutim, mane ovog postupka su u njegovoj složenosti i dugotrajnosti. Time je bila bitno smanjena djelotvornost hipoteke.”³

Povoljniji položaj povjerioca poboljšan je potom uvođenjem instituta tzv. *sporazumne hipoteke*, “kojim se obezbjeđuje sticanje perfektne izvršne isprave u postupku obezbjeđenja. Povjerilac je u povoljnijem položaju pošto više ne mora da podiže hipotekarnu tužbu, jer zaključeni sporazum zamjenjuje pravnosnažnu sudsku odluku koju je povjerilac ranije mogao da izdejstvuje u parničnom postupku. No, i pored te prednosti, realizacija sporazumne hipoteke vezuje se za postupak prinudnog izvršenja pred sudom.”⁴

Najnoviji zakonski tekst u oblasti hipotekarnog prava, predviđa, pored sudskog, i vansudsko namirenje hipotekarnog potraživanja. “Ako obaveza iz ugovora koji je obezbijeđen hipotekom nije izvršena u roku od 15 dana od dana dostave obavještenja o početku namirenja hipotekarnom dužniku, hipotekarni povjerilac se može namiriti na jedan od sljedećih načina utvrđen ugovorom: vansudskom prodajom, u skladu sa ovim zakonom; sudskom prodajom nepokretnosti opterećene hipotekom, u skladu sa zakonom koji uređuje izvršni postupak.

Povlačenjem paralele u odnosu sudskog i vansudskog postupka namirenja hipotekarnog potraživanja, možemo sagledati sve pozitivne i negativne strane koje mogu biti od značaja za realizaciju hipoteke kao značajnog sredstva obezbjeđenja. Takođe, zaključci izvedeni iz te analize osnova su daljeg privrednog i ekonomskog razvoja kroz ostvarenje procesa hipotekarnog kreditiranja.

O razlozima pro et contra sudskog i vansudskog postupka namirenja hipotekarnog potraživanja

1. Početak i načini ostvarenja hipotekarnog potraživanja

Realizacija hipotekarnog potraživanja sudskim putem, podrazumjeva strogu i dosljednu primjenu načela oficijelnosti od zaključenja ugovora o hipoteci, preko poštovanja pravila sudskog izvršnog postupka, kojem prethode i eventualni postupci po redovnim i vanrednim pravnim lijekovima, kao i suočavanje hipotekarnog sa privilegovanim povjeriocima, koji u konkurentnom odnosu imaju pravo prvenstva u namirenju potraživanja. Sve ovo uslovljeno je činjenicom da dužnik nije izmirio dug prema povjeriocu u roku dospelosti hipotekarnog potraživanja na naplatu.

Sa druge strane postupak vansudske prodaje podrazumijeva ispunjenje formalnih i meritornih uslova i pretpostavki za njegovo sprovođenje. Neki od ovih uslova izričito su propisani Zakonom o svojinsko-pravnim odnosima, a drugi se izvode iz opštih pravila koja su propisana Zakonom o izvršnom postupku. Na ovom mjestu

³ Rašović, Komentar Zakona o svojinsko-pravnim odnosima, Podgorica, 2009, str. 1483.

⁴ Rašović, op.cit., str. 1483.

smatramo da je važno napomenuti, da je vansudski postupak prodaje hipotekovane nepokretnosti, prije donošenja Zakona o svoјinsko-pravnim odnosima bio mnogo jednostavniji i manje formalan.⁵

U dijelu analize koja slijedi mi ćemo kroz uopštene napomene govoriti o razlikama između sudskog i vansudskog postupka namirenja. Njihovo sagledavanje opredijeliće razloge pro et contra jednog i drugog postupka namirenja.

2. Sudska prodaja hipotekovane nepokretnosti

Sudska prodaja nepokretnosti odvija se po pravilima izvršnog postupka. „Saglasno tim pravilima, a po pravnosnažnosti rješenja o izvršenju i rješenja o utvrđivanju vrijednosti nepokretnosti, sud donosi zaključak o prodaji nepokretnosti kojim se određuju način i uslovi prodaje, kao i vrijeme i mjesto prodaje, ako se vrši putem javnog nadmetanja.....”⁶

Zaključak o prodaji objavljuje se na sudskoj tabli i na drugi uobičajen način.⁷ Vrijeme koje po zakonu mora proteći, a odnosi se na period od objavljivanja zaključka o prodaji na sudskoj tabli do dana prodaje, je dana. Zaključak o prodaji dostavlja se strankama, založnim povjeriocima, učesnicima u postupku i licima koja imaju upisano ili zakonsko pravo preče kupovine.⁸

Ročište za prodaju održava se u sudskoj zgradi, ako sud drugačije nije odredio, pred sudijom pojedincem. Stranke i založni povjerioci mogu se sporazumjeti da se prodaja nepokretnosti izvrši u određenom roku neposrednom pogodbom.⁹

Uslovi prodaje predviđeni zakonom moraju se ispuniti. Kada je u pitanju uslov koji mora ispuniti kupac, u smislu polaganja kupoprodajne cijene, on ne može biti duži od 30 dana od dana prodaje, bez obzira da li se cijena isplaćuje odjednom ili u obrocima.¹⁰

U javnom nadmetanju mogu učestvovati samo lica koja su prethodno položila jemstvo. Kada je u pitanju neposredna pogodba, kupac polaže jemstvo licu sa kojim je zaključio ugovor i to neposredno pred zaključenje ugovora. Jemstvo iznosi jednu desetinu utvrđene vrijednosti nepokretnosti. Nakon svih obavljenih formalnosti, pristupa se postupku prodaje.¹¹ Ono što je bitno napomenuti na ovom mjestu odnosi se na iznos po kojem će se nepokretnost prodati.

Na prvom ročištu za prodaju, nepokretnost se ne može prodati ispod utvrđene vrijednosti. Ako se nepokretnost nije mogla prodati na prvom ročištu, sud će zaka-

⁵ U tom smislu, Rašović P. Zoran, Pravo obezbjeđenja potraživanja, Podgorica, 2010, str.172.

⁶ Detaljnije o tome čl. 158 Zakona o izvršnom postupku RCG (Sl. List CG, br. 23/04).

⁷ Napomena: Na prijedlog stranke, zaključak se može objaviti i u medijima ispunjenjem uslova koje predviđa zakon.

⁸ Vidi, čl. 333 st. 3 Zakona o svoјinsko-pravnim odnosima.

⁹ Vidi, čl. 160 Zakona o izvršnom postupku.

¹⁰ Vidi detaljno o tome, čl.161 Zakona o izvršnom postupku.

¹¹ Detaljno o tome, Rašović, op.cit., str.167.

zati drugo ročište na kome se nepokretnost može prodati ispod utvrđene vrijednosti, ali ne ispod dvije trećine te vrijednosti. Od prvog do drugog ročišta mora proteći najmanje 30 dana. Stranke i založni povjerioci, izjavom datom na zapisnik kod suda, mogu se sporazumjeti da se nepokretnost može prodati i za cijenu nižu od utvrđene vrijednosti, odnosno nižu od dvije trećine te vrijednosti.¹²

Po zaključenom nadmetanju, sud utvrđuje koji je ponudilac ponudio najveću cijenu i objavljuje da se tom ponudiocu dosuđuje nepokretnost i o tome donosi posebno rješenje.¹³

Sud pristupa namirenju po pravosnažnosti rješenja o predaji nepokretnosti kupcu. Iz prodajne cijene namiruju se izvršni povjerioci, po čijem predlogu je određeno izvršenje, založni povjerioci iako nijesu prijavili svoja potraživanja, lica koja imaju pravo na naknadu lične službenosti i stvarne terete, Republika, jedinice lokalne samouprave i drugi oblici teritorijalnog organizovanja za namirenje poreza i ostalih dažbina...¹⁴

Neminovno se kao pitanje postavlja položaj hipotekarnog povjerioca u konkurentnom odnosu namirenja sa ostalim. Navedeno podrazumijeva sagledavanje jednog od najsloženijih aspekata sudskog namirenja hipotekarnog potraživanja, a odnosi se na analizu pravnog instituta privilegija i privilegovanih potraživanja, koje naše pravo ne poznaje. Privilegije i privilegovana potraživanja nisu regulisane u formalno-pravnom smislu kroz konkretne zakonske odredbe, ali se u materijalno-pravnom smislu "kriju" iza pravnog instituta zakonskog založnog prava. Kako, na koji način i u kojoj mjeri je to pravno moguće...sve su to pitanja koja zahtijevaju detaljnu i složenu pravnu analizu, a kojima ćemo se mi baviti u drugom dijelu rada koji se odnosi na sudsko namirenje hipotekarnog potraživanja u svim njegovim segmentima.

Na ovom mjestu, za nas je bitno sagledavanje formalno-pravnih aspekata uloge i položaja suda u postupku sudske prodaje hipotekovane nepokretnosti. Ovo iz razloga što ćemo na osnovu uporedne analize postupka prodaje hipotekovane nepokretnosti bez posredovanja suda, biti u prilici da sagledamo paralelu koja će nam opredijeliti pozitivne i negativne razloge, zbog kojih bismo stali ili bili protiv jednog, odnosno drugog postupka namirenja.

3. Vansudska prodaja hipotekovane nepokretnosti

U periodu prije donošenja Zakona o svojinsko-pravnim odnosima, postupak vansudske prodaje hipotekovane nepokretnosti bio je mnogo jednostavniji i manje formalan. Na osnovu usvojenih zakonskih rješenja, postupak vansudske prodaje

¹² Napomena: Ove odredbe shodno se primjenjuju i za slučaj da se nepokretnost nije mogla prodati neposrednom pogodbom za utvrđenu vrijednost, niti na nekom docnijem ročištu. Detaljno o tome, Rašović, op.cit., str.168.

¹³ Napomena: Ukidanje ili preinačenje rješenja o izvršenju poslije pravosnažnosti rješenja o predaji nepokretnosti kupcu, nema uticaja na stečena prava (Vidi, čl. 170 Zakona o izvršnom postupku).

¹⁴ Detaljno o ovome, Rašović, op.cit., str.169.

podrazumijeva ostvarenje formalnih i meritornih uslova za njegovo sprovođenje. Neki od ovih uslova izričito su propisani pomenutim zakonom, a drugi proizilaze iz načelnih odredaba Zakona o izvršnom postupku. Prethodno konstatovano nameće za potrebno sagledavanje i postizanje dva cilja. Prvi podrazumijeva detaljnu analizu svih uslova za vođenje postupka, a drugi se odnosi na povlačenje paralele u dijelu supsidijarne primjene odredbi Zakona o izvršnom postupku, prilikom realizacije postupka vanskudske prodaje hipotekovane nepokretnosti.

Na ovome mjestu mi ćemo samo načelno pomenuti najvažnije aspekte u realizaciji postupka vanskudske prodaje hipotekovane nepokretnosti.

Ostvarenje formalnih uslova za sprovođenje postupka vanskudske prodaje odnosi se na određenje mjesta i vremena prodaje i drugih formalnosti oko slanja obavještenja o početku prodaje na način i u vrijeme propisane zakonom. Meritorni uslovi podrazumijevaju da su prethodno postavljeni uslovi u formalno-pravnom smislu, u skladu sa odredbama zakona.

Specifičnost ovog postupka je u činjenici da se komunikacija između povjerioca i dužnika odvija direktno ili preko ovlašćenog lica, koje sprovodi prodaju. U Crnoj Gori često se praktikuje da se kao ovlašćeno lice, koje organizuje prodaju hipotekovane nepokretnosti, određuje radno tijelo hipotekarnog povjerioca, npr. komisija za prodaju nepokretnosti.

Summa summarum, ovlašćeno lice u postupku prodaje, kao i svi učesnici tog postupka, moraju se pridržavati strogih pravila postupka. Osnovna svrha sprovođenja vanskudske prodaje je namirenje potraživanja, a u korelaciji sa tim i ispunjenje obaveze od strane dužnika. U postupku javnog nadmetanja mogu učestvovati samo lica koja su prethodno položila jemstvo. „Obavezom uplate jemstva obezbjeđuje se potrebna ozbiljnost u nadmetanju, kao i pokriće troškova uzrokovanih eventualnim neplaćanjem cijene od strane kupca.”¹⁵

Na javnom nadmetanju ovlašćeno lice objavljuje da se pristupa nadmetanju, tek pošto se ispune uslovi za održavanje prodaje hipotekovane nepokretnosti. Poslije svake ponude, ovlašćeno lice je dužno da čeka najduže 10 minuta do stavljanja povoljnije ponude. Po zaključenom nadmetanju, ovlašćeno lice utvrđuje koji ponudilac je ponudio najveću cijenu i objavljuje da se tom ponudiocu dodjeljuje nepokretnost. Potrebno je naglasiti, da kupac nepokretnosti u postupku vanskudske prodaje, ne može biti lice ovlašćeno za vođenje postupka. U praksi se, međutim, možemo sresti i sa situacijom, da se lice koje je ovlastila banka da vodi postupak, pojavljuje kao kupac nepokretnosti.¹⁶ O problemima koji mogu nastati u tim okolnostima detaljno ćemo se baviti u dijelu rada koji se odnosi na uporednu analizu sudskog i vanskudskog postupka. Nepokretnost se može prodati ispod utvrđene vrijednosti, ali ne ispod dvije trećine te vrijednosti.¹⁷ To je najniža prodajna cijena određena zakonom, ali se dužnik i povjerilac mogu sporazumjeti, izjavom datom na zapisnik kod lica koje je

¹⁵ Rašović, op.cit., str. 178.

¹⁶ Vidi detaljno o tome, Rašović, op.cit., str.179.

¹⁷ Vidi, čl. 165 st. 2 i 3 Zakona o izvršnom postupku.

ovlašćeno da vodi postupak, da se nepokretnost u postupku javnog nadmetanja može prodati i ispod zakonom utvrđene vrijednosti.

Iz cijene dobijene prodajom hipotekovane nepokretnosti, namiriće se povjerilac. U slučaju da iznos dobijen prodajom, nije dovoljan na namiri potraživanje u cjelosti, dužnik ostaje dužan povjeriocu preostali dug u iznosu razlike između cjelokupnog potraživanja i ostvarene cijene.

Na osnovu kratke i uopštene analize najvažnijih aspekata oba postupka namirenja neminovno se nameće pitanje: da li sudska ili vansudska prodaja hipotekovane nepokretnosti? Odgovor na ovo pitanje zahtijeva sagledavanje uporednog odnosa dva postupka.

4. Sudska ili vansudska prodaja

Ako se osvrnemo na kratku, više uopštenu analizu najvažnijih aspekata sudskog i vansudskog postupka namirenja hipotekarnog potraživanja, neminovno se postavlja dilema, da li prednost dati jednom ili drugom postupku, tj. koji treba favorizovati i zbog čega. Rješavanje ove dileme, podrazumijeva sagledavanje mogućih problema koji se mogu kvalifikovati kao "prepreke" u realizaciji hipotekarnog potraživanja vansudskim putem. S obzirom da smo prednosti i mane sudskog postupka pominjali u uvodnom dijelu, a detaljno ćemo ih analizirati u dijelu koji je posvećen sudskom postupku prodaje hipotekovane nepokretnosti, to ovom prilikom samo analiziramo navedene probleme. Naši zaključci o toj problematici, poslužiće nam kao uvodna osnova za detaljnu analizu postupka vansudske prodaje hipotekovane nepokretnosti.

Primjena nekog pravnog instituta u praksi, ima svoje dobre i loše strane. U ovom slučaju primjena hipoteke poslužila nam je kao osnova za prepoznavanje brojnih problema. Neki od tih problema nastali su iz objektivnih okolnosti (svjetska ekonomska kriza, problemi na tržištu i iznenađenja na berzi), a drugi imaju izvor u ljudskom faktoru (nerealni investicioni poduhvati, nespremnost i neznanje investitora, neodgovorno i lakomo ponašanje bankara, a sve to u korelaciji sa nerealnim očekivanjima subjekta koji uzima kredit s jedne strane i nedosljedna politika banaka hipotekarnih povjerilaca, sa druge strane).¹⁸

Izvor problema je i u neadekvatnoj i nepotpunoj primjeni Zakona o hipoteci, a od novijeg datuma i Zakona o svojinsko-pravnim odnosima u dijelu implementiranih odredaba. Glavni uzrok problema je u periodu prije nastupanja ekonomske krize. Naime, brojni povjerioci, posebno banke, davale su kredite subjektima. Potraživanja nastala iz ugovora o kreditu, banke su obezbjeđivale zasnivanjem hipoteke na stanovima, vilama, poslovno-turističkim kompleksima i drugim objektima. Pri tom su koristile povlašćeni položaj na tržištu, zahtijevajući dva, tri ili više puta vrednije nepokretnosti nego što je potraživanje obezbijedeno. S druge strane, dužnici su, što iz potrebe i nužde, što zbog lakomislenosti, pristajali na zaključivanje ugovora sa unaprijed određenim uslovima, sa posebnim akcentom na previsoke ka-

¹⁸ U tom smislu, Rašović, op.cit., str.184.

mate, određene poslovnom politikom banaka.¹⁹ Posljedice ovakve politike banaka (hipotekarnih povjerilaca) i postupanja klijenata (hipotekarnih dužnika), došle su do izražaja u periodu ekonomske, tržišne i krize na berzama. Kreditna aktivnost banaka je opala. Brojni dužnici su zapali u krizu i nisu bili u mogućnosti da vraćaju kredit. Banke moraju i imaju potrebu da realizuju svoja potraživanja. Opredjeljuju se za postupak vanskudske prodaje hipotekovane nepokretnosti, ali nailaze na novi problem. Vrijednost nepokretnosti na tržištu je znatno "pala", tako da cijena po kojoj bi se prodala, nije dovoljna da namiri iznos potraživanja u potpunosti, u nekim situacijama taj odnos nije ni približan. „Zbog toga je često problem prodati nepokretnost čak i po cijeni garantovanog potraživanja.”²⁰ Da bi makar i djelimično riješile ovaj problem, banke se javljaju kao kupci hipotekovanih nepokretnosti, zadržavaju ih za sebe, čekajući bolja kretanja na tržištu, tj. vrijeme kada će nepokretnosti dobiti na vrijednosti. Međutim, ovo je način da se problem samo djelimično riješi. „Zato se pribjegava i drugim instrumentima, kao što su reprogram dugova, zamjena hipotekovanih nepokretnosti aktivnijim, kontinuirano praćenje vrijednosti hipotekovanih nepokretnosti i sl.”²¹

Sljedeći problem manifestuje se kroz pogrešnu praksu da se u Crnoj Gori, kao ovlašćeno lice koje organizuje prodaju hipotekovane nepokretnosti, određuje radno tijelo hipotekarnog dužnika, npr. komisija za prodaju nepokretnosti. „Takva praksa je protivna duhu zakona i zadire u moralne aspekte. Često se dešava da se kao kupac nepokretnosti pojavi hipotekarni dužnik, nudeći kao kupoprodajnu cijenu obezbijedeno potraživanje, uključujući neisplaćene kamate, zaostale rate, troškove prodaje, kao i druge troškove nastale u vezi sa hipotekom. Time se stvaraju novi problemi, uzrokovani činjenicom da radno tijelo hipotekarnog dužnika organizuje postupak za vođenje vanskudske prodaje opterećene stvari. Zakon zabranjuje da kupac nepokretnosti, koja je predmet vanskudske prodaje, može biti lice za vođenje tog postupka. Neprihvatljivo je i to da se prodaja organizuje preko ovlašćenog radnog tijela ili neposredno od strane hipotekarnog povjerioca.”²² Razlozi koji idu u prilog prethodnim konstatacijama, odnose se na sljedeće:

- radno tijelo nema svojstvo subjekta, fizičkog ili pravnog lica;
- neprihvatljivo je sa pravnog i moralnog stanovišta, jer ne može isto lice biti potpisnik ugovora u ime obje strane i na taj način ovjeriti svoj potpis.²³

U praksi se dešava, da se prodaja smatra punovažnom i onda kada se na javnom nadmetanju za hipotekovanu nepokretnost ponudi cijena čija je visina ispod svake vrijednosti. Prihvatanje takve cijene u postupku prodaje, znači povredu odredaba izvršnog postupka, koje se supsidijarno primjenjuju i na ovaj postupak.

¹⁹ Vidi, detaljno o tome, Rašović, op.cit., str.185.

²⁰ Rašović, op.cit., str.185.

²¹ Ibidem.

²² Rašović, op.cit., str.185.

²³ Ibidem.

Istovremeno, to je neprijatno i nepravedno prema dužniku, a moralnost i savjest povjeriočevog postupanja dovode se u pitanje. Summa summarum, prodaju treba obustaviti ukoliko se za predmetnu hipotekovanu nepokretnost, ponudi isuviše niska cijena.

Sljedeća mana u sprovođenju postupka vanskudske prodaje, odnosi se na okolnosti koje mu prethode. Naime, iskustvo je pokazalo, da su brojni dužnici morali ponuditi dvostruko ili trostruko veću vrijednost hipotekovanih stvari od vrijednosti cjelokupnog потраживања. U zemljama razvijene tržišne privrede to nije slučaj, jer se smatra da je riječ o pretjeranom opterećenju za dužnika. Takva praksa je, u izvjesnom smislu, prepreka investicionim aktivnostima.²⁴ U cilju ispravnog postupanja, potrebno je decidno odrediti sadržinu ugovora (sa posebnim akcentom na definisanje uslova prodaje, naročito one koji se odnose na utvrđivanje početne cijene nepokretnosti od strane nezavisnog procjenitelja) i postupati u korelaciji sa njegovim odredbama, sve ovo u kontekstu pravila predviđenih Zakonom o svojinsko-pravnim odnosima i Zakonom o izvršnom postupku u dijelu supsidijarne primjene njegovih odredaba.

U korelaciji sa navedenim manama, potrebno je:

- ojačati nepristrasnu poziciju ovlašćenog lica za prodaju hipotekovane nepokretnosti, na način što će se propisati uslovi koje to lice mora da ispunjava da bi bilo kvalifikovano za obavljanje tog posla;

- strogo normirati, da ovlašćeno lice ne može biti tijelo određeno od strane povjerioca, niti povjerilac neposredno;

- propisati rješenje po kome razliku između vrijednosti nepokretnosti i one po kojoj je ista prodana, plaća povjerilac;²⁵

- potrebno je predvidjeti promjene na tržištu nekretnina (posebno izražene u posljednje vrijeme) i u kontekstu toga normirati, da u slučaju pada ili povećanja vrijednosti hipotekovane nepokretnosti, ugovorne strane mogu zahtijevati od nezavisnog procjenitelja novu procjenu. Troškovi procjene padali bi na teret lica koje zahtjeva procjenu i na taj bi se obustavila praksa po kojoj redovno taj trošak opterećuje dužnika.

Prethodna analiza obuhvatila je najviše izražene probleme u postupku vanskudske naplate koji su se do sada pokazali u praksi. Pred nas se neminovno nameće pitanje: da li u postupku namirenja hipotekarnog потраживања, prednost dati sudu ili ovlašćenom licu? Od odgovora zavisi i naš stav koji će nas opredijeliti za sudski ili vanskudski postupak ili će nam ukazati razloge pro et contra jednog i drugog načina namirenja.

²⁴ Rašović, op.cit., str.187.

²⁵ Napomena: Ovo iz razloga „što dosadašnja praksa pokazuje da je povjerilac, plaćajući svojim потраживањем, često kupovao nepokretnost po znatno nižoj cijeni, bez obaveze povraćaja viška. Time su brojni dužnici bili ili će biti oštećeni“ (Vidi, detaljno o tome, Rašović, op.cit., str.187).

5. Суд ili ovlašćeno lice

Sagledavajući najvažnije etape u postupku realizacije hipotekarnog potraživanja sudskim i vansudskim putem, možemo uvidjeti da organizovanje prodaje preko ovlašćenog lica nije dalo pozitivne rezultate u praksi. Ukazali smo na potrebu zakonskog normiranja uslova koje ovlašćeno lice, kao subjekt prava mora ispuniti da bi bilo kvalifikovano za vođenje postupka javnog nadmetanja i u vezi sa tim, potrebno je regulisati i njegovu ulogu u realizaciji hipotekarnog potraživanja. Posmatrajući iz ugla povjerioca, za njega je povoljnije, da svoje potraživanje namiri u postupku javnog nadmetanja posredstvom ovlašćenog lica, što je sve češća praksa. Međutim, ukazujući na mnoge zloupotrebe u tumačenju i primjeni pravnih normi, namjerne ili učinjene iz neznanja, lakomisenosti i nedovoljnog stepena odgovornosti, možemo zaključiti da je za dužnika povoljniji i sigurniji sudski izvršni postupak. Potrebno je, stoga, ukazati na argumente koji idu u prilog sudskoj nadležnosti u realizaciji hipotekarnog potraživanja.

Načelo samostalnosti i nezavisnosti sudstva proizilazi iz načela podjele vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku. Sudovi su obavezni da sude na osnovu Ustava i zakona i u tom pogledu, zakonodavna vlast ima prirodno prvenstvo u državi. Ali sudovi su odvojeni i od zakonodavne i od upravne vlasti i nezavisni su i u odnosu na prvu, a pogotovu u odnosu na drugu, upravnu vlast.²⁶ Iz konstatovanog proizilazi potreba da sagledamo razloge koji idu u prilog činjenici da odlučivanje o pravima na nepokretnosti (ovdje konkretno mislimo na hipoteku, tj. na namirenje hipotekarnog potraživanja), treba povjeriti sudovima. Najvažniji razlog nailazimo u nezavisnosti i samostalnosti suda. „Nezavisnost suda znači da njegov rad jedino ograničava poštovanje zakona, a da je slobodan od bilo kakvog uticaja koji bi dolazio sa strane... Ni zakonodavna, a još manje upravna vlast ne mogu se mešati u donošenje sudskih odluka, niti smeju uticati na rad suda....Isto tako, sud treba da ostane izvan uticaja medija i pritiska javnosti da se određeni slučaj presudi na ovaj ili onaj način. Posebno treba naglasiti da je na političke uticaje znatno otporniji sud nego što je u stanju da bude uprava.”²⁷

Primijenjeno u postupku sudskog namirenja potraživanja obezbijedenog hipotekom, sud će donijeti rješenje o izvršenju ukoliko dužnik u roku dospelosti ne namiri dug. Rješenje o izvršenju je, u stvari, izvršna isprava koja ima karakter presude, ali ne pravosnažne. Ukoliko dužnik nije zadovoljan odlukom suda u izvršnom postupku, on može izjavljivanjem redovnih i vanrednih pravnih lijekova ostvariti svoje pravo pred višim sudskim instancama. U tim postupcima, sud treba da odlučuje, nezavisno u granicama zakona, vodeći računa o interesima dužnika, kao stranke u postupku. Pomenuta raspodjela nadležnosti državnih organa na zakonodavnu, izvršnu i sudsku,

²⁶ Vidi detaljno o tome: Borivoje Poznić, Vesna Rakić-Vodinelić, Građansko-procesno pravo, 15. izdanje, Beograd, 1999, str. 49.

²⁷ Miodrag Orlić, Uvođenje i obnavljanje zemljišnih knjiga, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1-6, Beograd, 2000, str. 27.

ide u prilog sudskoj nadležnosti i u realizaciji hipotekarnog потраживања. Na ovom mjestu, taj prioritet sudske nadležnosti posmatra se u odnosu na položaj ovlašćenog lica u postupku vansudskog namirenja hipotekarnog потраживања. Smatramo da u tom dijelu vođenja postupka, prednost treba dati sudu, tj. sudskoj nadležnosti. Postupak vansudskog namirenja потраживања obezbijedenog hipotekom je brži, efikasniji i samim tim, povoljniji za hipotekarnog povjerioca. Ovim načinom namirenja, hipotekarni povjerilac je „izolovan” od privilegovanih povjerilaca, koji u izvršnom postupku imaju pravo prvenstva u namirenju потраживања. Međutim, uzimajući u obzir konstatovane mane u postupku vansudske prodaje hipotekovane nepokretnosti, naročito one koje opisuju ulogu ovlašćenog lica u njemu, smatramo da je za hipotekarnog dužnika povoljnije i sigurnije da svoje pravo ostvaruje preko izvršnog postupka u kojem sud ima odlučujuću ulogu. Sve ovo do momenta dok se zakonom ne regulišu i normiraju aspekti na koje smo ukazali. Svjedoci smo da u praksi, hipotekarni dužnik kao ugovorna strana u odnosu sa hipotekarnim povjeriocem, stupa u ugovorni odnos sa već unaprijed (možemo slobodno reći) nametnutim uslovima. Hipotekarni povjerilac (najčešće banka) predviđa vansudsko namirenje hipotekarnog потраживања u dijelu ugovornih odredbi, kao jedinu opciju u slučaju da dužnik ne isplati dug u roku kada je потраживање došlo na naplatu, iako zakonodavac u dijelu namirenja predviđa alternative, a to je sudsko namirenje hipotekarnog потраживања. Dosadašnje postupanje hipotekarnih povjerilaca i ovlašćenih lica određenih da vode postupak vansudske prodaje hipotekovane nepokretnosti, pokazalo se kao neprofesionalno, nesavjesno i neodgovorno.

Neprofesionalno postupanje ogleda se u pogrešnom tumačenju i nepotpunoj primjeni normi Zakona o svojinsko-pravnim odnosima i Zakona o izvršnom postupku. Ovakvo ponašanje moglo bi se okarakterisati kao *fraus legis*. Nesavjesno postupanje, dolazi do izražaja u dijelu određivanja cijene prodaje hipotekovane nepokretnosti. „Moralnost povjeriočevog postupanja, njegova savjest i njegovo poimanje moralnosti prilikom namirenja потраживања iz vrijednosti prodate su bitne okolnosti.”²⁸

Sve konstatacije iznijete u ovom dijelu rada, koje pred nas postavljaju dilemu u odnosu sudski ili vansudski postupak, sud ili ovlašćeno lice, pomogle su nam da napravimo uvod u složenu analizu koja slijedi, a odnosi se na vansudsko namirenje hipotekarnog потраживања.

Zaključak

Osnovni cilj sprovođenja postupka vansudske prodaje, ogleda se u pravu povjerioca da namiri svoje потраживање i ispunjenju obaveze od strane dužnika. Ukoliko povjerilac ne namiri svoje потраживање ili ga namiri djelimično, svrha sprovođenja postupka vansudske prodaje neće biti ostvarena. Sagleđavanjem pozitivnih i negativnih aspekata sudskog i vansudskog postupka namirenja, ukazali smo

²⁸ Rašović, op.cit., str.186.

na potrebu izmjene pojedinih zakonskih rješenja i normiranja novih. Sve ovo u cilju zaštite položaja dužnika, a pri tome ne dovesti u pitanje interes povjerioca. Iz navedenih tvrdnji proizilazi i dilema, da li sprovođenje postupka vansudske prodaje hipotekovane nepokretnosti povjeriti sudu ili ovlaštenom licu. U pogledu prvog nema dileme, da će nepristrasnost i nezavisnost suda biti povoljniji i sigurniji faktor za položaj dužnika i zaštitu njegovih interesa u postupku. U pogledu uloge ovlaštenog lica, postavlja se pitanje da li je postojeće zakonsko rješenje dobro. Smatramo da nije, i da u tom dijelu treba unijeti izmjene u zakonski tekst, kako bi se spriječile zloupotrebe u odnosu na interese dužnika.

Summary

Observing the most important stages in proceedings of mortgage claims realization by judicial and extrajudicial process, we can realize that sale organizing through authorized person has not given positive results in practice. We have pointed out on the need of legal standardizing of the conditions which authorized person, as the subject of law, must fulfill to be qualified for conducting of procedure of public bidding and in connection with that, it is necessary to regulate also its role in realization of mortgage claims. Observing from the angle of a claimant, for him is more favorable, to satisfy his claims in proceedings of public competition through authorized person, what is more and more frequent practice. However, pointing out on numerous misuses in interpreting and applying of legal norms, intentional or made because of ignorance, frivolity and insufficient level of responsibility, we can conclude that for debtor the juridical executive proceeding is more favorable and more secure.

ПОРЕКЛО И ОСНОВ САМОСТАЛНЕ ЗАШТИТЕ ДРЖАВИНЕ

Мр Душко М. Челић*

***Апстракт:** Самостална заштита државине, независно од тога да ли је њено постојање на праву засновано или не, је њено универзално правно дејство. И поред бројних и разноврсних правних дејстава, заштита државине је њено најзначајније правно дејство – њен ‘заштитни знак’, оно по чему се државина најпре препознаје као правни институт. Рад је покушај да се укаже на најзначајнија питања порекла и основа (оправдања) самосталне заштите државине. У правној литератури постоји општа сагласност да самостална заштита државине води порекло од интердикта - специфичних процесних средстава које је у античком Риму имао претор и која је у оквиру своје управно-судске надлежности најчешће примењивао. Генезу заштите државине ваља тражити поводом сложених имовинских односа на новоосвојеном земљишту и класној борби патриција и плебејаца поводом тога. Сви савремени правни системи, на које је римско право (из)вршило значајан утицај, преузели су конструкцију специфичне заштите државине, која се остварује у посебном поступку, уз јасно разликовање државине од права на државину. Питање основа државинске заштите, у правној науци и данас изазива живу расправу, мисао да заштиту ужива државина као таква, независно од њеног односа према субјективном праву, чак и насупрот њему, тешко се и муко трпно пробијала не само у личкој већ и у свести ‘учене јавности’ од пропасти античког Рима, до данашњих дана. Дајући приказ теорија о основу државинске заштите, аутор се није приклонио ни апсолутним ни релативним, већ у прожимању теорије мира – потребе за правном сигурношћу и извесношћу у друштвеним односима, са економским интересима држаоца, као и са правним дејствима која су државини правни поретци поверили.*

***Кључне речи:** Државина. - Самостална заштита. - Порекло. - Интердикти. - Апсолутне теорије. - Релативне теорије. - Мешовите теорије - Теорија мира.*

* Мр Душко М. Челић, асистент Правног факултета Универзитета у Приштини, Косовска Митровица.

I. УВОД

Сматра се да је самостална заштита државине, независно од тога да ли је њено постојање на праву засновано или не, њено опште правно дејство, без обзира на њене врсте и својства.¹ Друга дејства државине, зависе од тога о којој врсти државине је реч, која су њена својства, постоји ли и какав је основ стицања и какав је субјективни однос држаоца у погледу усаглашености његове државине са правом чију садржину врши држањем.

Општи домаћај самосталне заштите државине у извесном смислу ограничава чињеница да се не штити државина прибављена силом, преваром или злоупотребом поверења, у односу на лице од кога је на такав начин прибављена и до истека рокова у којима се може захтевати (или путем самопомоћи остварити) њена заштита, као и да самосталну заштиту не ужива регистарска (табуларна) државина.

Иако се њоме не исцрпљују сва дејства државине, која су бројна и разноврсна, заштита државине је њено најзначајније правно дејство – њен “заштитни знак”, оно по чему се државина најпре препознаје као правни институт. Државина, као фактичко стање, као чињеница, своју самосталност у правном поретку најјасније испољава кроз одвојену, од правних овлашћења поводом ствари, независну правну заштиту. Штавише, право држаочево на заштиту државине, а нарочито право на судску заштиту, један је од најчешће истицаних разлога којим се бранило становиште о државини као субјективном праву.² Наиме, ово схватање ослања се на чињеницу да субјективно право, поред једног или више овлашћења, чини и захтев, односно тужба у материјалном смислу, која омогућава имаоцу каквог субјективног права да, у случају потребе, принудно оствари правна овлашћења која чине

¹ Цветић Р., Практикум за судску праксу - Грађанско право, Правна дејства државине, Нови Сад, 2004, стр. 47.

² Први поборник схватања о државини као праву био Хајнрих Хан (Heinrich Hann), који је у делу “De iure reum et iuris in re speciebuz” (1639), заступао становиште да је државина стварно право. У нашем праву схватање о државини као праву заступали су: Бартош М. (Стварно право, Београд, 1932), Благојевић Б. (Наследно право, Београд, 1954, стр. 25), Леградић Р. (Теорија стварног права и стварно право ФНРЈ, Скопје, 1957, стр. 140).

Огроман, готово одлучујући утицај на учење о државини као чињеници, извршио је познати немачки цивилиста Фридрих Карл Савињи (Fridrich Carl Savigny), својим делом “Das Recht des Besitzes”, Беч, 1865. Детаљан приказ схватања о правној природи државине, видети: Ђорђевић А, Систем приватнога (грађанскога) права Краљевине Србије, у вези с међународним приватним правом, друга књига, свеска прва: Државина, Београд, 1896, стр. 26-41, као и: Вукчевић В, Сметање поседа, докторска дисертација, поликопирано, Бели Манастир, 1974, стр. 12-41.

Данас и у иностраној и у домаћој литератури грађанског права доминира схватање о државини као чињеници која производи правна дејства, дакле о државини као правној чињеници. Тако, Станковић О., Орлић М., Стварно право, Београд, 1990, стр. 55, Стојановић Д., Стварно право, Београд, 1987, стр. 17, Спаић В., Основи грађанског права Стварно право, стр. 90, Гамс А., Основи стварног права, Београд, 1966, стр. 237, Крнета С., Посјед, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, том II, Београд, 1978, стр. 1100 и др.

субјективно право. Ма колико изгледало логично, основни недостатак оваквог “логицирања” огледа се у томе што “се последица узима као узрок”³. Имајући у виду да, за разлику од субјективног грађанског права, садржину државине не чине правна овлашћења, већ правом признат релативно трајан друштвени однос, који се најчешће испољава као чињенична (фактичка) власт на ствари, заштита државине је заштита тог чињеничног (фактичког) стања, а не каквог субјективног грађанског права.⁴ Стога, не постоји идентитет између захтева – тужбе у материјалном смислу због сметања државине, и захтева – тужбе у материјалном смислу за заштиту субјективног грађанског права, било да се он сматра саставним делом тог права или не.

У овом раду покушаћемо да укажемо на најзначајнија питања порекла и основа (оправдања) самосталне заштите државине.

II. ПОРЕКЛО САМОСТАЛНЕ ЗАШТИТЕ ДРЖАВИНЕ

Самостална заштита државине води порекло од интердикта - специфичних процесних средстава које је у античком Риму имао претор⁵ и која је у оквиру своје управно-судске надлежности најчешће примењивао. Сам појам интердикт, потиче од латинске речи *interdicere* – забранити, наложити, наредити⁶, и означава наредбу или забрану коју је претор, на основу свог империјума, изрицао када је требало успоставити или очувати неко фактичко стање. Етимолошко значење речи интердикт (“забрањујем”) упућује на закључак да је ово правно средство најпре било коришћено када је претор, у циљу спречавања насиља, забрањивао одређено понашање – самовласно остваривање права; уколико је недозвољена радња већ била извршена, интердикт је попримао значење (преторовог) наређења – да се поступи на начин што ће се отклонити последице такве радње (нпр. наредба да се врати насилно одузета ствар). Претор је издавао интердикте кад год је требало очувати или успоставити неко фактичко стање, у најразличитијим ситуацијама и у скоро свим областима правног живота, не само на захтев појединаца за заштиту каквог имовинског или статусног права, већ често и на захтев било ког грађанина за заштиту јавних интереса; о размерама примене овог специфичног правног средства, говори и податак да је, по свему судећи, у правном поретку античког Рима било око педесетак врста

³ Гамс А., Неки проблеми државине, *Анали*, Београд, бр. 1/5, стр. 13.

⁴ Крнета С., Питање заштите посједа, *Годишњак Правног факултета у Сарајеву*, VI/1958, стр. 104.

⁵ Претор – магистрат који је у правни систем уведен 367. године пре Христа. Његово увођење у правни живот античког Рима било је резултат компромиса постигнутог између патриција и плебејаца на начин што је плебејцима било дозвољено да именују једног (од три) конзула из својих редова (Бујуклић Ж., *Forum Romanum*, римска држава, право, религија и митови, Београд, 2006, стр. 462).

⁶ Исто, стр. 308.

интердиката.⁷ Као специфично процесно средство, интердикти су били слични тужбама, а у одређеним случајевима су их и замењивали, скраћивали редовни грађански поступак, у циљу делотворнијег спречавања отпора и самовоље и очувања јавног реда.⁸ За разлику од поступака покренутих класичним тужбама (actio), у интердиктном поступку се није расправљало *in meritum*, односно, није се расправљало о постојању или непостојању нечијег права, већ се кроз сумарну процедуру успостављао нарушен фактички однос. Уколико би тужени оспорио основаност интердикта, претор је одређивао судију који је имао да одлучи о тачности навода обе стране у поступку, на тај начин интердиктни поступак се преображавао у општи, петиторан, односно формуларни поступак.⁹ Временом, разлика између поступака покренутих интердиктима и класичним тужбама, бивала је све мања, нарочито када је заштита фактичких стања почела да се остварује у редовном судском поступку, услед сужавања квазисудске надлежности претора. Ипак, и након потискивања интердиктног поступка, његове битне одлуке (сумарност, брзина, ефикасност) остале су и даље очуване.

Порекло интердиктне заштите нераздвојно је повезано са економским, својинским, друштвеним, политичким и правним приликама у античкој римској држави које су владале половином периода Републике, око 200. године пре Христа. У романистичкој историографији постоји сагласност да је од бројних интердиката, први уведен *interdictum uti possidentis* и да је служио за заштиту државине на *ager publicus*-у¹⁰, на земљишту које су користили појединци, а на коме није могла постојати (приватна) својина, јер је власник земљишта био *populus Romanus*.¹¹ Генезу заштите државине ваља, дакле, тражити поводом сложених имовинских односа на новоосвојеном земљишту и класној борби патриција и плебејаца поводом тога.¹² Према мишљењу једног од најугледнијих класичних романиста – Савињија (Carl Friedrich von Savigny), први интердикти били су уведени у римско право управо ради заштите државине, која се штитила у интересу јавног реда и мира, како би се спречила примена силе, предузета макар и од стране самог власника.¹³ Интердикт *uti possidentis* је, према изреци формуле, штитио последње стање државине од одузимања или

⁷ О врстама интердиката систематизованих по правним областима, в. Благојевић Б., Грађански поступак у римском праву, Београд, 1959, стр. 45.

⁸ Јоцић Л., Интердиктна заштита као један од видова Преторовог утицаја на развој римског права, Докторска дисертација, поликопирано, Београд, 1982, стр. 55.

⁹ Благојевић Б., нав. дело, стр. 46.

¹⁰ Јоцић Л., нав. дело, стр. 61 и 63, исто и Крнета С., О поријеклу посједовне заштите, Правна мисао, Сарајево, бр 3-4/69, стр. 25.

¹¹ Крнета С., Улога и значај посједа у нашем праву, докторска дисертација, поликопирано, Сарајево, 1963, стр. 15.

¹² Више о томе, са даљим упућивањима, в. Сич М., Ситни посед у Риму, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 1-3, 1993-1995, стр. 177-186.

¹³ Теорију о пореклу интердиктне заштите, Савињи је изнео у делу: *Das Recht des Besitzes*, Wien, 1865, стр. 197, 203 и 204.

сметања¹⁴, изузев уколико она није била стечена манљиво од супротне стране у поступку¹⁵. О томе какав су значај претори давали очувању фактичких односа и забрани њихове насилне промене, говори и податак из правних извора да су још тада интердикти издавани не само због сметања државине путем физичког акта, већ и због сметања учињеног речима, односно претњом.¹⁶

Развојни пут интердикта *uti possidentis*, који је претор увео као средство за решавање спорова поводом државине на земљишту, удовољавајући практичним потребама у циљу упрошћавања и слабљења строгог формализма и апстрактности старог легисакционог поступка, пружајући правну заштиту најзначајнијој групи фактичких односа, истовремено је посредно омогућавао и лакше решавање својинских спорова. Ову врсту правне заштите претор касније уноси у едикт као опште правило (формулу) понашања римских грађана. Тако је, према мишљењу Савињија, првобитно посебно правно средство за заштиту државине на *ager publicus*-у, постало опште правно средство за заштиту државине на земљишту, како државном, тако и приватном – *ager privatus*, које се пре тога штитило путем виндикације.¹⁷ Штавише, постепено је, са изграђивањем државине као посебног института са самосталним и од права на ствар независним институтом, ова заштита преузета и за све фактичке односе приватног права.

У средњовековним европским правима, сматрало се да фактичким односима треба пружити правну заштиту, али не зато што фактичку власт треба штитити саму по себи, већ због тога што су ту фактичку власт – *gewere* у германском, односно *saisine*, у француском средњовековном обичајном праву, поистовећивали са спољном сликом субјективног права. Чињеница да је фактичка власт могла постојати и када нема субјективног права, чија је то спољна манифестација, ипак, није значила да су ови правни пореци штитили државину као такву, него због тога што су државини, као спољној слици права, макар као привиду тог права, придавали правни карактер.¹⁸ Тек у каснијој фази развитка феудализма, са постепеном рецепцијом римског права, преузета је идеја самосталне заштите државине, као чињенице независне од права на државину.

Сви савремени правни системи, на које је римско право (из)вршило значајан утицај, преузели су конструкцију специфичне заштите државине, која

¹⁴ Опште је познато да су у римском праву, као и у савременим правним системима насталим под његовим утицајем, две основне групе интердиката за заштиту државине, у зависности од начина сметања: *interdicta recuperandae possessionis* – за враћање предмета одузете државине и *interdicta retinendae possessionis* – за спречавање узнемиравања, (Станојевић О., Римско право, Београд, 2003, стр. 268, Попов Д., Појам и врсте државине, Нови Сад, 2002, стр. 189 и др.).

¹⁵ Јоцић Л., нав. дело, стр. 95.

¹⁶ D. XLIII, 17, 3, 7 (Ulpianus librosexangensimo nono ad editum), нав. према: Јоцић Л., нав. дело, стр. 95-96.

¹⁷ Исто.

¹⁸ Gavella N., *Posjed stvari i prava*, Загреб, 1990, стр. 104.

се остварује у посебном поступку, уз јасно разликовање државине од права на државину. И поред тога што међу овим системима постоје разлике у регулисању појединих питања заштите државине, које су последица посебности развитка појединачних правних система и различитости утицаја римског, обичајног и других извора права, свима је суштина иста – заштита државине као такве, независно од права поводом ствари.

III. ОСНОВ САМОСТАЛНЕ ЗАШТИТЕ ДРЖАВИНЕ

Питање основа државинске заштите, у правној науци и данас изазива живу расправу, уосталом, као и бројна друга питања везана за овај правни институт. Мисао да заштиту ужива државина као таква, независно од њеног односа према субјективном праву, чак и насупрот њему, тешко се и мукотрпно пробијала не само у лаичкој, већ и у свести ‘‘учене јавности’’ од пропасти античког Рима, не остављајући је равнодушном до данашњих дана. ‘‘... ипак се мора признати, да државинска заштита доиста у себи има нечег, што је чудновато и противречно.¹⁹ Јер, ако се, као што смо видели, штити свака државина, ма каква она била: законита или незаконита, савесна или несавесна, па дакле и она, која је стечена силом (разбојништвом), преваром (крађом) или злоупотребом поверења, иако право, које с једне стране забрањује и кажњава крађу и разбојништво, с друге стране, опет, посредно признаје и штити учинке таквог понашања – штитећи чак и такву државину, која не да није сагласна праву, већ је супротна њему, који је правни разлог тој (државинској) заштити?²⁰ Мада нам правници античког Рима нису оставили одговора на ова питања и дилеме, услед присуства чувеног практичног, а одсуства теоријског духа римског права, у изворима римског права нашли смо максимум која даје лаконски одговор – да се сваки, па и незаконити држалац, штити само зато што држање само по себи даје држаоцу првенство према недржаоцу.²¹ У истом смислу, на питање о основу државинске заштите одговара и Гершић Глигорије; према његовом мишљењу: ‘‘Позитивно право нашло је да треба да заштићује државину, дакле је основ те заштите у позитивном законском наређењу.’’²²

¹⁹ Ђорђевић А., нав. дело, стр. 117.

²⁰ Парафразирано према: Ђорђевић А., исто.

²¹ ‘‘Iusta an iniusta possession adversus coeteros sit, nihil refert, qualisenque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet qua mille qui non possident. Била праведна или неправедна државина према осталима, то ништа не значи, јер ма какав да је држалац, он тим самим што је држалац има више права од онога који нема државине.’’ (Нав. према: Ђорђевић А., нав. дело, стр. 117).

²² Гершић Г., Природа државине и основа њене правне заштите са критичким погледом на наш грађански законик, Београд, 1885, стр. 47.

Ако је државина правна чињеница, чињенични однос или, у најбољем случају, ако је на размеђи права и фактицитета - правни однос или правна позиција, због чега га правни пореци штите? Због чега правни поредак, који гарантује и штити субјективна права, пружа заштиту и државини? Као што смо видели, заштита државине није њена узгредница, случајност; државина на бројне и разноврсне начине припада свету права, а од свог настанка до данас, огромна већина правних поредака пружала му је заштиту и данас је штити.

У цивилистичкој теорији вођена је опсежна расправа о основу и оправдању заштите државине. Бројне теорије, настале у XIX и XX веку, свака на себи својствен начин, покушавале су да дају одговор на ово питање. Према систематизацији Јеринга (Rudolf von Jhering), различита схватања о основу правне заштите државине разврстана су у две групе теорија: апсолутне и релативне.²³ У савременој правној књижевности, поред схватања која се могу сврстати у апсолутну или релативну групу теорија, све је више и оних које би смо могли сврстати у групу мешовитих теорија; такође, постоје и схватања која негирају основаност посебне заштите државине.

1. Апсолутне теорије о основу заштите државине

Апсолутне теорије основ државинске заштите налазе у самој државини као таквој, односно, у појединим елементима државине.

Прву подгрупу апсолутних теорија чини тзв. теорија воље; заступници ове теорије сматрају да је основ заштите државине – заштита држаочеве воље да на ствари има државину (*animus possidendi*). Према мишљењу најистакнутијег представника ове теорије, Антону Ранди, воља субјекта права, призната од објективног права је исто што и право у субјективном смислу, она је полазна тачка читавог права; како је улога правног поретка да обезбеди остваривање воље правних субјеката, па и оне воље која се појављује у фактичком вршењу неког права, то државини, односно држаочевој вољи, треба обезбедити заштиту.²⁴ Предмет заштите заправо није државина непосредно, већ индивидуална воља држаочева, која је централни цивилистички појам представника ове теорије и коју треба заштити од насилних промена. У српској правној књижевности присталица теорије воље био је Ђорђевић Андра. Према његовом мишљењу, теорија воље најбоље објашњава филозофску и правну основаност правне заштите државине.²⁵

Теорије воље израз су либералног правно-филозофског погледа на свет, насталог у социјалним и производним односима раног капитализма, а непосредно су произашле из наглашавања једног ширег принципа – принципа аутономије воље. Основни недостатак ових теорија је што пренаглашавају

²³ Jhering R., *Über der Grund des Besitzschutzes*, Jena, 1869, стр. 45.

²⁴ Randa A., *Der Besitz nach osterreichischem Reshte*, Leipzig, 1895, стр. 373.

²⁵ Ђорђевић А., нав. дело, стр. 127.

вољу као елемент права. Путем воље не може се објаснити суштина права као друштвене појаве, још мање суштина државине, без обзира коју од државинских конструкција прихватили.

У апсолутну групу теорија о основи заштите државине убраја се и она која основ заштите државине (про)налази у заштити имовинске основе државине, односно, економског интереса држаоца који се испољава кроз државину. Стога би ову теорију могли назвати теоријом економског интереса. Државина, као и својина, служи намиривању човекових економских потреба, заштита државине, у ствари, је привремена заштита оних истих друштвених односа који се испољавају и у случају својине, с том разликом што се својински односи штите трајно.²⁶

У теорији је критички примећено да теорија економског интереса није доследна, јер би се у супротном иста правна заштита морала дати и притежању, што наравно није случај.²⁷ Нама се чини да је ова критика претерана, јер економски интерес притежаоца није истоветан економском интересу држаоца.

2. Релативне теорије о основи заштите државине

За разлику од апсолутних, релативне теорије основ заштите државине налазе у околностима које се налазе ван саме државине. Најбројнију подгрупу у оквиру релативних теорија чини такозвана теорија мира. Према присталицама ове теорије (најистакнутији је Савињи), основ заштите државине налази се у општој забрани насиља. Пошто државина није никако право, то ни њено сметање није, строго узев, акт противан праву, али ако је сметање учињено насилно, пошто је свако насиље противзаконито, то се и заштита државине чини против те незаконитости.²⁸ Од наших правних писаца, теорију мира у изворном облику, заступају Лазар Марковић²⁹, Драгољуб Стојановић³⁰ и Андрија Гамс³¹.

²⁶ Stal, Филозофија права, II, 1, стр. 393, нав. према: Ђорђевић А., нав. дело, стр. 123-124.

²⁷ Ђорђевић А., нав. дело, стр. 124.

²⁸ Savigny F. C., Traite de la possession en droit Roman, Bruxelles, 1866, § 2, стр. 11-12, нав. према: Ђорђевић А., нав. дело, стр. 119.

²⁹ “Као особена релативна теорија, која и за данашње прилике најпре и с највише разлога може да се брани, јесте теорија, по којој се државинска заштита даје у интересу мира и реда у држави. Имовински односи не смеју се произвољно и насилно мењати све док се редовним путем, путем спора, не утврди да једно фактичко стање не одговара праву.” (Марковић Л., Грађанско право, књ. I, Општи део и стварно право, Београд, 1912, стр. 304).

³⁰ Стојановић Д., сматра да “државина иако сама по себи није право, ужива правну заштиту ако се сметање врши насилним путем, јер сваки акт насиља представља неправу. Правном заштитом државине правни поредак има за циљ очување спољног мира.” (Стојановић Д., Коментар Закона о основним својинско-правним односима, Београд, 1980, стр. 346, исто и Стојановић Д., Стварно право..., стр. 18-19).

³¹ “Државина није стварно право, она није уопште право, па ипак ужива правну заштиту. То је зато што је државина фактичко стање, а опште је правно начело – које има значаја не само у грађанском праву, него и у другим гранама права – да постојеће фактичко стање по правилу нико

Мада их неки правни писци издвајају у посебну подгрупу, сматрамо да теоријама мира припадају и оне теорије које се у правној књижевности сврставају у тзв. теорије целисходности. Према мишљењу представника ових теорија, основ државинске заштите налази се у разлозима корисности и обзирима целисходности – да се спречавањем насиља очува јавни мир и поредак, а и редактори Немачког грађанског законика сматрали су да државину треба штитити ради заштите друштвеног мира.³²

Према Јеринговом мишљењу, основ државинске заштите је у заштити својине. Државина је, према овом схватању, спољни знак – видљиви елемент својине, стога је заштита државине као фактичности својине, у ствари, неопходна допуна заштити својине, на начин да се власник ослобађа приметних и тешких обавеза које има у ревиндационом поступку. Заштиту коју правни поредак пружа држаоцу, може користити и држалац који није власник или ималац каквог другог права, чак и лопов или разбојник. Ову несагласност Јеринг отклања на начин што заштиту незаконите државине сматра изузетком, па је боље да и “недостојни” уживају ово добро, него да ради тога други буду искључени.³³ У српској правној књижевности ово мишљење заступају Живојин Перић³⁴ и Радмила Ковачевић-Куштримовић.³⁵ Својеврсну комбинацију теорије мира и теорије претпостављеног права држаоца, заступа Обрен Станковић.³⁶

не сме самовољно нарушити” (Гамс А., Основи стварног права, Београд, 1974, стр. 314).

³² Крнета С., Питање заштите посједа, Годишњак Правног факултета, Сарајево, бр. VI/1958, стр. 106, такође, в. § 106. Немачког грађанског законика.

Према представнику овог мишљења Ф. Ј. Спецеу: “Право признаје посјед, уређује га те му пружа своју заштиту. Чини то право у смислу своје задаће, као принцип мира и реда, да влада у заједничком животу мир и поредак. Зато заповједа право, да се одношаји, што фактично постоје, постојећи друштвени поредак поштује, и нитко га не смије сметати самовласно. Постојеће фактично стање треба да остане како јест, док се не докаже, да тако није право. Пред самовољом (државина – додао Д. Ч.) не треба дакле да узмакне, тек право може да га потисне.” (Spevec F. J., *Pravo posjeda*, по AGZ s obzirom njemački i švajcarski zakonik i na ugarsku osnovu, Загреб, 1915, стр. 1).

³³ Ihering R., *Ueber der grund des Besitzschutzes, Eine Revision der Lehre vom Besitz*, jena 1869, стр. 6-21, нав. према: Gavella N., *Posjed stvari i prava...*, стр. 105. Крнета С., Питање заштите посједа..., стр. 106.

³⁴ “Ван сваке је сумње да државина, као претпоставка права својине, мора бити заштићена од узнемиравања и одузимања” (Перић Ж., Специјални део Грађанског права, Стварно право, Београд, 1920, стр. 9).

³⁵ “Државинска заштита произилази из чињенице да је државина спољашња, видљива манифестација, најчешће права својине, као и осталих стварних права” (Ковачевић-Куштримовић Р., Лазић М., Стварно право, Ниш, 2009, стр. 45).

³⁶ Према Станковић О., два битна разлога због којих се државини пружа заштита су: 1. у далеко највећем броју случајева држаоци су имаоци права која их овлашћују на државину, те они у државинским споровима фактички остварују заштиту својих права, али ефикасније, брже и под лакшим условима, него у петиторном спору; и 2. државина, као фактичко стање, штити се у интересу друштвеног реда и мира, без те заштите појединци би се често појављивали у улози судије у сопственим стварима; мора се спречити да евентуални акт неправна изазове серију нових таквих аката, до чега би дошло ако несавестан и незаконит држалац не би био заштићен од

3. Мешовите теорије о основу заштите државине

У правној књижевности оправдано се примећује да и апсолутне и релативне теорије не дају целовит одговор на питање који је основ државинске заштите. Стога се чине покушаји који основ и суштину државинске заштите настоје да објасне аргументима присталица и апсолутних и релативних теорија.³⁷

Најшире распрострањена теорија мира, истицањем општег интереса у заштити јавног мира и реда, као основа заштите државине, иако најприхватљивија са становишта савремених правних поредака, критикована је у правној књижевности због тога што заштиту општег, јавног интереса, штити средствима која нису најпримеренија грађанском праву.³⁸ Теорија мира нарочито неубедљиво објашњава основ заштите државине кроз историју, посебно у феудализму, којег је одликовала јавна и правна несигурност.

У нашој новијој правној књижевности основ заштите државине највећим делом се тражи у разлозима које истичу релативне теорије; такође, истиче се мишљење према коме се основ правне заштите може објаснити прожимањем теорије мира са континуитетним дејством државине.³⁹ Мишљења смо да је ово схватање остало “на пола пута” када је реч о објашњењу основа државинске заштите, због тога што није узело у обзир елементе теорије интереса, као и друга правна дејства и функције државине које су комплементарне са континуитетном. Другим речима, питање основа заштите државине нераздвојно је од питања правних дејстава државине; још је Гершић Глигорије оправдано утврдио да је “одговор на питање о основу њене заштите у тако тесној вези са самим схватањем о правној природи државине и њенога положаја у праву, да се оно не може никако обићи.”⁴⁰

Заштитом државине спречава се насиље у имовинским односима, одржава ред и мир у друштву, што је у јавном интересу (теорија мира), али тиме се одржава и континуитет у имовинским односима међу људима (теорија или функција континуитета), штити фактички испољена воља субјеката у погледу ствари (теорија интереса), као и државинске претпоставке права.⁴¹

Имајући то у виду, сматрамо да основ заштите државине ваља тражити у прожимању теорије мира, теорије (економског) интереса и воље држаоца да објект државине задржи у својој имовинској сфери утицаја и теорије – функције

другог истог таквог држаоца, а овај од следећег, итд. (Станковић О. у Станковић О., Орлић М., Стварно право, Београд, 1999, стр. 55).

³⁷ Gavella N., нав. дело, стр. 105, Попов Д., нав. дело, стр. 194-95, Крнета С., Посјед, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, Београд, 1978, II том, стр. 1014.

³⁸ Gavella N., нав. дело, стр. 105.

³⁹ Gavella N., исто, Попов Д, нав. дело, стр. 194.

⁴⁰ Гершић Г., Природа државине и основа њене правне заштите, са критичким погледом на наш грађански законик, Београд, 1885, стр. 48.

⁴¹ Лазих М., нав. дело, стр. 180.

континуитета, са свим осталим правним дејствима државине која су им правни пореци поверили, а која стабилизују фактичке друштвене односе, управо државином обзнањена свим трећим лицима, били они само привид права, претпоставка права, односи који се под одређеним условима могу преобразити у право или истовремено и државина и субјективно право.

4. Негирајућа схватања о основу и потреби државинске заштите

Као што смо раније навели, у правној књижевности бележимо и схватања која негирају основаност и уопште потребу посебне заштите државине, као и сам значај и правна дејства државине у правним поретцима, за које тврде да су преувеличани. Тако дански теоретичар Крузе (Vinding Kruse), износи погледе који се радикално разликују од до тад објављених схватања о значају, улози и правним дејствима државине у континенталном праву и правној науци. Без обзира на бројне контраверзе које су пратиле расправу не само о правном основу државинске заштите, ниједан теоретичар, било ком правно-филозофском учењу припадао, није оспорио постојање, значај и улогу државине у грађанском праву. Према мишљењу Крузеа “значај и улога које савремено право даје државини, могу се објаснити као историјско наслеђе преузето из примитивних права... У савременом свету треба пронаћи нова мерила којима ће се открити невидљива правна веза између лица и ствари... Овом задатку у модерном праву државина више не може да одговори. Стога је његово даље задржавање у грађанским законцима сувишно, а посебно заштита државине, као реликт из најстарије човекове прошлости, у савременом праву нема оправдања.”⁴²

До истог захтева, уз навођење практичних, а не правнотеоријских разлога, долази и Милошевић М. Према његовом схватању, треба брисати одредбе Закона о парничном поступку које регулишу поступак због сметања државине, као и одговарајуће одредбе ЗОСПО и омогућити да се: “у оваквим случајевима право (а не државина – прим. Д. Ч.) штити једино у кривичном поступку (самовлашће, оштећење туђе ствари и сл.)”⁴³ С обзиром да парнице у поступку због сметања државине трају изузетно дуго, како је у њима спорно пређашње стање државине, време сметања и радње сметања, и како се чињенице о томе доказују исказима великог броја сведока који су међусобно опречни, то према поменутом аутору говори у прилог мишљења да је државинска заштита непотребна.⁴⁴ Аутор тврди да су у овим поступцима честе злоупотребе и да овом виду заштите углавном прибегавају лица која немају својинских, нити

⁴² Vinding Kruse, *Das Eigentumsrecht*, Berlin-Leipzig, 1931, том I, стр. 695, нав. према: Спаић В., Проблем задржавања института посједа у нашем праву, Народна управа, бр. 11-12, Сарајево, стр. 346, исто и: Попов Д., нав. дело, стр. 195.

⁴³ Милошевић М., Прилог расправи поводом припреме Предлога о изменама Закона о парничном поступку, Београд, 2002, стр. 15, доступно на електронским страницама: <http://www.sudije.rs/files/file/pdf/Predlog%20izmena%20ZPP%20koreferat.pdf>, 30.12.2010.

⁴⁴ Исто.

других овлашћења “да ствар држе у поседу”⁴⁵, у циљу да власника ствари што дуже “држе ван поседа” (!?!), и онемогуће га да врши својинска права. Стога би, закључује поменути писац, брисање одредаба о заштити “фактичке државине” (!?!), значајно допринело афирмацији права својине.⁴⁶ Други, како наводи, алтернативни предлог, је нешто мање радикалан; наиме, предлажући измене и допуне Закона о парничном поступку, поменути аутор сматра да “незнатно угрожавање⁴⁷ државине не треба да ужива судску заштиту”; суд у таквим случају треба да одбаци тужбу, чиме би се ослободио великог броја шиканозних тужби.⁴⁸ Други предлог у правцу “реформе поступка у парницама због сметања државине”, односи се на уношење одредбе у Закону о парничном поступку, према којој “тужилац нема правног интереса за тужбу због сметања поседа, ако има писмене (писане – прим. Д. Ч.) доказе на основу којих може да подигне реивиндикациону тужбу, тужбу због узнемиравања права својине и сл.”⁴⁹ Интересантно је образложење овог последњег предлога: према аутору предлога доказни поступак је петиторним парницама једноставнији, јер се битне чињенице могу брже утврдити из писаних исправа.⁵⁰ (!?!). Према овом аутору, тзв. “ђавоље доказивање” је одлика посесорног, а не реивиндикационог поступка! На жалост, поменуто (алтернативно) мишљење није само појединачни став једног носиоца правосудне функције, већ је, као мишљење Друштва судија Србије, јавно објављено.⁵¹

Мишљења смо да је основни недостатак схватања В. Крузеа у томе што је једнострана и контрадикторна у порицању оправданости постојања државине и њене заштите, јер не негира њен значај и улогу, напротив, признаје је, а ипак смешта у “музеј правних старина”. Наш вредносни суд о правној, чак и логичкој (не)заснованости ставова М. Милошевића, изразили смо током њиховог навођења.

⁴⁵ “Држање у поседу” је сликовит прилог не само рђавог правничког језика аутора, који је, у време објављивања наведеног текста, био судија Четвртог општинског суда у Београду.

⁴⁶ Милошевић М., нав. дело, стр. 15.

⁴⁷ Претпостављамо да је аутор мислио на “незнатно сметање”, мада изрази “сметање” и “угрожавање” нису синоними.

⁴⁸ Милошевић М., нав. дело, стр. 15.

⁴⁹ Исто.

⁵⁰ Исто.

⁵¹ Закључци са расправе о припремању измена Закона о парничном поступку, Билтен Друштва судија Србије, Београд, 2004, бр. 4/2004, стр. 52-53.

V. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Без обзира што на први поглед нема једноставнијег правног института (“државина је фактичка власт на ствари и ту је почетак и крај све мудрости о државини”), материја државине је тешка и замршена. У књижевности стварног права државина има почасно место; о њој је много писано, али је, судећи по актуелности бројних питања и проблема везаних за државину, то поље још увек неисцрпно, а институт ништа мање загонетан. Поготово се то односи на питање основа самосталне заштите државине. Мисао да заштиту ужива државина као таква, независно од њеног односа према субјективном праву, чак и насупрот њему, тешко се и муко трпно пробијала не само у лаичкој, већ и у свести “учене јавности”, од пропасти античког Рима, не остављајући је равнодушном до данашњих дана. “Државинска заштита заиста у себи има нечег, што је чудновато и противречно”. Јер, ако се државина штити независно од њених својстава, ма каква она била: законита или незаконита, савесна или несавесна, па дакле и она, која је стечена силом (разбојништвом), преваром (крађом) или злоупотребом поверења, иако право, с једне стране, забрањује и кажњава крађу и разбојништво, с друге стране, посредно признаје и штити учинке таквог понашања, чиме се то може (о)правдати?

Трагајући за основом самосталне државинске заштите, наш “елдорадо” нисмо пронашли ни у апсолутним ни у релативним теоријама, већ у прожимању теорије мира – потребе за правном сигурношћу и извесношћу у друштвеним односима, са економским интересима држаоца, као и са правним дејствима која су државини правни пореци поверили; јер, основ државинске заштите не може се посматрати изоловано од положаја и улоге државине у правним порецима, већ у тесној вези са њима.

Mr sc. iur. Duško Čelić,

Assistant Lecturer,

University of Priština, Faculty of Law, Kosovska Mitrovica

AN INDEPENDENT PROTECTION OF POSSESSION – ORIGIN AND BASIS

Summary

This paper is an attempt to present the basic features of the independent protection of possession, and its origin and basis. Despite various legal actions, protection of possession is her most important legal value - its "trademark" the thing that first possession is recognized as a legal institute. The work is an attempt to highlight the most important questions of origin and basis (justification) self-protection of possession. In legal literature there is general agreement that self protection is derived from the possession of interdict - the specific process means that in ancient Rome was Praetor and that is within their administrative jurisdiction usually applied. Genesis of protection should be sought regarding the possession of the property complex of relations in the newly conquered land and the class struggle patricians and plebeians about it. All modern legal systems, in which Roman law (from) a significant impact, took over the construction of specific protection of possession, which is implemented in a separate process, with clear distinction between the possession of the right of possession.

Question of basis of protection possession protection, the jurisprudence is still causing vigorous discussion, the idea that enjoys the protection of possession as such, regardless of its relation to the subjective right, even against it, hard and hard pushing its way not only to laymen but also in the scientific community, from the fall of ancient Rome, to this day. Giving a presentation on the theory of državinske protection, the author has not sided with either absolute or relative, but the permeation of peace theory - the need for legal security and certainty in social relations, the economic interests of the tenant and the legal actions that have been entrusted the possession of legal systems.

Key words: *Possession. – Independent protection of possession. – Basis and origin of independent protection of possession. - Praetors interdict. - Absolute theory. - Relative Theory. - Mixed theory - A theory of peace.*

ДОМАШАЈ НАЧЕЛА ОФИЦИЈЕЛНОСТИ У ЗАЛОЖНОМ ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Јелена Бркић, М.А.

Апстракт: Класично начело официјелности заложног права одређује да се реализација повериочевог права на намирење врши продајом заложене ствари судским путем уз забрану уговарања комисорне клаузуле и марцијанског пакта. Потреба за брзом и ефикасном процедуром коју намеће правни промет, доводи до нормирања све већег броја изузетака од начела официјелности у новом заложном праву Републике Србије. Убрзање поступка реализације заложног права остварује се увођењем правила о вансудској продаји и могућности да повериоци унапред уговоре стицање својине на предмету залоге на име испуњења дуга. Ова решења омогућавају заложном повериоцу да своје потраживање намири из вредности заложене ствари и без њене продаје и без судског поступка. Принцип ефикасности наплате потраживања путем залоге је у важећој регулативи постављен као примарни, чиме се иде на уштрб начелу официјелности. Имајући у виду чињеницу да је дужник у унапред подређеном положају и да не постоје адекватне законске мере контроле вансудског намирења, ова одступања могу отворити пут многим злоупотребима.

Кључне речи: начело официјелности, *ripnus*, регистрована залога, хипотека, судско намирење, вансудско намирење, комисорна клаузула, марцијански пакт.

Уводне напомене

Конституисањем залоге, заложни поверилац стиче право намирења из вредности заложене ствари, ако заложни дужник не испуни своју обавезу о доспелости. Право намирења заложног повериоца подразумева његово овлашћење да захтева продају заложене ствари и наплату потраживања из добијене вредности. То је основно залогопримчево право, због чега се заложно право у доктрини често

* Јелена Бркић, М.А. Асистент Факултета за европске правно-политичке студије у Новом Саду, Универзитет Сингидунум Београд.

назива као право намирења, право уновчења.¹ Приликом реализације овог овлашћења и остварења функције залог, заложни поверилац је ограничен начелом официјелности. Начело официјелности је правило да се заложни поверилац, коме заложни дужник није у року платио дуг, може наплатити из вредности заложене ствари у судском поступку.² Заложни поверилац се не може намирити из вредности заложене ствари непосредно, тако што би је он сам продао, већ се мора обратити суду и затражити јавну продају. Само реализација која се остварује посредством суда, може учинити ово намирење пуноважним.³ С друге стране, право намирења је предвиђено као овлашћење повериоца да реализује своје потраживање из вредности заложене ствари коју је добио њеном продајом. У складу са овим правилом, у нашем правном систему је забрањена комисорна клаузула (*lex commissoria*) и марцијански пакт. *Lex commissoria* представља одредбу у уговору о залози којом се предвиђа да ће заложена ствар прећи у својину заложног повериоца, ако његово потраживање не буде намирено о доспелости, а марцијански пакт је уговорна одредба којом се утврђује да ће заложни поверилац, ако му дуг не буде исплаћен о доспелости, на заложеној ствари стећи право својине по унапред одређеној цени.⁴ Такве одредбе су неспојиве са сврхом заложног права, јер претварају право намирења из вредности ствари у условно стицање власништва.⁵ Начело официјелности првенствено штити заложног дужника, као економски слабију страну у заложноправном односу. Такође, право каснијих заложних поверилаца да наплате своје потраживање из вредности заложене ствари, било би осујећено без важења овог начела. Поверилац који би сам продавао ствар и при томе не би био контролисан од стране суда, продају би могао спровести искључиво са циљем намирења свог потраживања, не водећи рачуна о постизању оптималне цене, те евентуалном враћању вишка постигнуте цене дужнику.⁶

У праву Републике Србије начело официјелности има дугу традицију. До увођења регистроване залог у наш правним систем, Законом о заложном праву на покретним стварима уписаним у Регистар⁷ и ступања на снагу

¹ Д. Медић, Заложно право у: *Коментар Закона о стварним правима Републике Српске*, Сарајево 2011, стр. 498.

² И. Бабић, *Основи имовинског права - Увод у грађанско и стварно право*, Београд 2008, стр. 291. В.: И. Бабић, „Основна обележја заложног права“, *Зборник радова са Саветовања правника у Будви*, бр. 6-10/05, стр. 72-76.

³ З. Рашовић, *Стварно право*, Подгорица 2002, стр. 365.

⁴ Д. Попов, „Забрањене одредбе у уговору о залози“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/10, стр. 83.

⁵ Ч. Рајачић, *Стварно право - предавања*, Загреб 1956, стр. 332.

⁶ Д. Медић, *нав. дело*, стр. 498.

⁷ Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у Регистар (*Службени гласник РС*, бр. 57/2003, 61/2005, 64/2006), у даљем тексту ЗЗП.

Закон о хипотеци⁸, оно је важило као основни принцип приликом намирења поверилаца код заложног права на покретним стварима и правима, као и код залогe на непокретности. Принудно намирење путем суда се схватало као једини добар поступак који пружа адекватну заштиту дужнику.⁹ Да би поверилац принудно намирио своје доспело потраживање путем залогe, мора да прође кроз парнични и извршни поступак, што знатно успорава поступак реализације. Неefикасност наплате потраживања је делимично отклоњена појавом споразумне судске залогe на покретним и непокретним стварима, која је у наш правни систем уведена изменама и допунама савезног Закона о извршном поступку из 1978. године.¹⁰ Важећи ЗИП садржи идентична решења.¹¹ Реч је о залози која се заснива на споразуму закљученим пред судом, а којим стране потврђују постојање потраживања и утврђују његову доспелост, те изјављују вољу да се то потраживање обезбеди заложним правом.¹² Основна карактеристика ове залогe је да споразум странака има снагу судског поравнања, на основу кога суд када утврди да је он постао извршан, доноси решење о извршењу и спроводи извршење без претходног вођења парнице. Међутим, потреба за брзом и ефикасном процедуром коју намеће правни промет, доводи до нормирања све већег броја изузетака од начела официјелности у новом заложном праву Републике Србије. Убрзање поступка реализације заложног права се остварује увођењем правила о вансудској продаји и могућности да повериоци унапред уговоре стицање својине на предмету залогe на име испуњења дуга. Ова решења омогућавају заложном повериоцу да своје потраживање намири из вредности заложене ствари и без њене продаје и без судског поступка. Принцип ефикасности наплате потраживања путем залогe је у важећој регулативи постављен као примарни, чиме се иде на уштрб начелу официјелности.

⁸ Закон о хипотеци (*Службени гласник РС*, бр. 115/05), у даљем тексту ЗХ.

⁹ Н. Тешић, *Регистрована залогa*, Београд 2007, стр. 214.

¹⁰ Закон о извршном поступку (*Службени лист СФРЈ*, бр. 20/78, 6/82, 74/87, 20/90, 27/90, 35/91, *Службени лист СРЈ*, бр. 27/92, 31/93, 23/94).

¹¹ Закон о извршном поступку (*Службени гласник РС*, бр. 25/2004), чл. 268-273. У даљем тексту ЗИП.

¹² Више о овој врсти залогe в.: И. Бабић, *Основи имовинског права - Увод у грађанско и стварно право*, Београд 2008, стр. 286-287., Д. Медић, *Хипотека и остала средства обезбеђења потраживања - стање и правци развоја*, Бања Лука 2005, стр. 42-45. и 147-154.

И. Важење начела официјелности код заложног права на покретним стварима и правима

Начело официјелности, као класично начело заложног права, било је утемељено и у грађанским законима који су важили на подручју наше државе, Српском грађанском закону из 1844. године¹³ и Аустријском грађанском закону из 1811. године.¹⁴ Забрану уговарања комисорне клаузуле и марцијанског пакта су прописивала оба законска текста.¹⁵ Према одредбама АГЗ продаја предмета залог се спроводила судским путем, по правилима која су важила за извршење судских одлука.¹⁶ СГЗ садржи правила по којима се продаја предмета залог вршила без претходно издејствоване судске пресуде, али са знањем суда, или по правилу полицијске власти.¹⁷ По мишљењу неких аутора, јавна продаја путем надметања се у СГЗ не сматра као једино допуштени начин претварања залог у новац, већ је била допуштена и приватна продаја, због чега је ово решење било неповољно за залогодавца.¹⁸

У позитивном праву важење начела официјелности код ручне залог је конкретизовано низом одредби Закона о облигационим односима.¹⁹ Основни начин на који поверилац реализује своје право намирења је путем суда, на јавној продаји.²⁰ У вези са овим правилом, законом је прописана и забрана уговарања

¹³ „Грађански законик Краљевине Србије (Збирка Закона)“, Издавачко и књижарско предузеће Геца Кон, Београд 1934, у даљем тексту СГЗ.

¹⁴ „Аустријски грађански законик“, превео др Драгољуб Аранђеловић, Београд 1921, у даљем тексту АГЗ.

¹⁵ В.: пар. 843. ст. 2. СГЗ: „И по томе неће важити сви побочни уговори и услови противни природи залог и зајма, као што су: уговор да поверитељу припадне залог, ако му се зајам на време не врати; да поверитељ залог по својој вољи за напред одређену цену продати, или за себе задржати може...“; пар. 1371. ст. 1. АГЗ: „Неважни су сви услови и споредни уговори, противно природи уговора о зајму и залози, као што су да повериоцу припадне заложена ствар по истеку рока плаћања тражбине, да поверилац може залогу отуђити по својој вољи или по цени унапред већ одређену, или да је може за себе задржати...“ Више о томе: Л. Марковић, *Грађанско право - општи део и стварно право*, Београд 1927, стр. 575, А. Гамс, *Основи стварног права*, Београд 1959, стр. 116, Д. Стојановић, *Стварно право*, Београд 1968, стр.178.

¹⁶ В.: пар. 461. АГЗ: „Ако поверилац по истеку одређеног рока не буде измирен, он је овлашћен од суда захтевати продају залог. Суд ће при том поступити по пропису судског поступка.“

¹⁷ В.: пар. 312. СГЗ: „Ко залогу има, овај права има на одређени рок, ако дужник дуг не исплати цено залог себе намири; ако не претече, вратиће дужнику.“; пар. 320. СГЗ: „Ако би држалац залог ствар заложену другоме у залогу дао, онда он у случају кад би заложена ствар пропала, или порушила и покварила, свакојако за то одговара, и онда кад код њега иста ствар не би пропала, проушила се или покварила.“; пар. 843. ст. 1.: „Поверилац не може заложену ствар у дуг задржати, но само по истечењу рока има право са знањем власти продати; почем се намири, сувишак да има издати заложитељу.“

¹⁸ В.: Л. Марковић, *нав. дело*, стр. 572-573.

¹⁹ Закон о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99, 44/99), у даљем тексту ЗОО.

²⁰ В.: чл. 980. ЗОО: „Ако повериочево потраживање не буде намирено о доспелости поверилац

клаузула, чија би пуноважност у уговору о залози искључила важење овог начела.²¹ Како би се убрзао поступак наплате, у ЗОО су предвиђена одступања од ових правила, а која би се могла синтетизирати као могућност вансудске јавне или слободне продаје без стицања извршног наслова, или на могућност вансудске продаје одлуком суда.²² Први такав изузетак је предвиђен одредбом према којој, ако је у залогу дата ствар чија је цена прописана, уговарачи се могу споразумети да ће поверилац моћи по унапред одређеној цени продати заложену ствар или је по тој задржати за себе.²³ Реч је о одступању од забране уговарања марцијанског пакта. У домаћој правној теорији преовлађује мишљење да постоје одступања и од клаузуле *lex commissoria*, при чему су овакве одредбе код уговора о залози пуноважне, када се уговарају после доспелости потраживања, јер се тада дужник налази у знатно лакшој ситуацији, услед које може равноправно да преговара о склапању оваквог споразума.²⁴ Међутим, овакав став у правној теорији није без критике. По мишљењу професора Рашовића, у случају једног заложног повериоца, овакво решење би било оправдано. Међутим тај принцип је полисемичан и не треба га следити у случају када је једна ствар заложена неколицини поверилаца, те треба водити рачуна и о каснијим залогопримцима чији је интерес да та ствар не буде предата у својину заложном повериоцу који има право првенства. Решење би по овом мишљењу било да се допуштеност комисорног пакта после закључења уговора о залози, у случају вишеструког залагања једне ствари, може захтевати од суда одлуку да се ствар прода на јавној продаји, или по текућој цени, кад ствар има берзанску или тржишну цену.“

²¹ В.: чл. 973. ст. 1. ЗОО: „Ништава је одредба уговора о залози да ће заложена ствар прећи у својину повериоца ако његово потраживање не буде намирено о доспелости, као и одредба да ће у том случају поверилац моћи по унапред одређеној цени продати заложену ствар или је задржати за себе.“ Неспорно је у судској пракси и теорији, да одредба наведеног члана о забрани уговарања преласка права својине на заложеној ствари са дужника на повериоца у случају ненаплате потраживања, представља забрану уговарања *lex commissoria*. Дискутабилно је међутим, да ли и друга клаузула истог члана, по којој је недозвољено да поверилац у том случају по унапред одређеној цени, прода заложену ствар или је задржи за себе, представља комисорну клаузулу? Сложили бисмо се са мишљењем професора Рашовића да је реч о две различите клаузуле и да би другу одредбу члана 973. требало довести у везу са марцијанским пактом, в.: З. Рашовић, *Фидуцијарни правни послови и фидуцијарна својина*, Подгорица 1997, стр. 96-111., З. Рашовић, *Стварно право*, Подгорица 2002, стр. 368-375.

²² Д. Медић, *Заложно право у Коментар Закона о стварним правима Републике Српске*, Сарајево 2011, стр. 499.

²³ В.: чл. 973. ст. 2. ЗОО.

²⁴ В.: И. Букљаш, Б. Визнер, *Коментар Закона о обвезним (облигационим односима) - књига четврта*, Загреб 1979, стр. 2716, М. Орлић, *Одредница Заложно право - Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, Београд 1978, том III, стр. 952, М. Лазић, *Права реалног обезбеђења*, Ниш 2009, стр.116, И. Бабић, *Лексикон облигационог права*, Београд 2008, стр. 170. У теорији има и схватања да су овакве одредбе пуноважне ако су уговорене у било ком тренутку након закључења уговора о залози „без обзира да ли се то догађа пре доспелости потраживања, у тренутку доспелости или после доспелости“, в.: С. Перовић, *Коментар Закона о облигационим односима-књига друга*, Београд, стр. 1581.

призна тек ако је прибављена сагласност свих заложних поверилаца. Овакав став је оправдан, јер би у супротном лица која су касније стекла заложно право на ствари, била доведена у ранг обичних - хирограферних поверилаца. Одступање од начела официјелности, код *pignus*-а предвиђено је и у случају превремене продаје заложене ствари на захтев залогодавца, када се ствар продаје унапред одређеној особи и по одређеној цени.²⁵ Исто дејство има и правило по коме суд може одлучити да поверилац прода ствар по цени утврђеној проценом стручњака, или да је, ако хоће задржи за себе по тој цени, ако би трошкови јавне продаје били несразмерно велики према вредности заложене ствари.²⁶ Право намирења поверилаца из уговора у привреди, по одредбама ЗОО, измиче важењу начела официјелности. Повериоци из привредноправног односа могу своје заложно право да реализују без обраћања суду тако што ће ствар изложити на јавној продаји, или продати по тржишној и берзанској цени ако ствар има овакву цену.²⁷ Овакво решење се правда брзином промета који се одвија између учесника привредноправних односа, што узрокује потребу за ефикасном наплатом насталих потраживања.²⁸

Код друге врсте заложног права на покретним стварима, регистроване залогe, важење начела официјелности се разликују у зависности да ли је у питању намирење из предмета залогe залогодавца физичког лица, или привредног субјекта.²⁹ Ако је залогодавац физичко лице, намирење заложног повериоца из вредности предмета залогe добијене њеном продајом путем суда, остаје основно правило. Према решењу ЗЗП, после извршеног уписа почетка намирења у Регистар залогe, заложни поверилац може захтевати од суда одлуку да се предмет заложног права прода на јавној продаји или по текућој цени кад ствар има тржишну или берзанску цену.³⁰ Од овог правила предвиђен је изузетак. У случају ако би трошкови јавне продаје били несразмерно велики према вредности предмета заложног права, суд може одлучити да заложни поверилац прода предмет залогe по цени утврђеној проценом стручњака или га задржи за себе по тој цени.³¹ Важење начела официјелности код регистроване залогe је очувано и прописивањем забране уговарања *lex commissoria* и марцијанског пакта, ако је залогодавац физичко лице које уговор

²⁵ В.: чл. 983. ст. 1. ЗОО: „На захтев залогодавца суд може допустити да се заложена ствар прода одређеној особи по одређеној цени, ако нађе да је цена повољна и ако су тиме очувани оправдани интереси залогопримца.“

²⁶ В.: чл. 980. ст. 2. ЗОО.

²⁷ В.: чл. 981. ЗОО.

²⁸ Д. Медић, *Заложно право*, Бања Лука 2002, стр. 147.

²⁹ Према чл. 27. ст. 3. ЗЗП, својство привредног субјекта има предузеће, привредно друштво, ималац радње и друго физичко лице које у виду занимања обавља привредну делатност.

³⁰ В.: чл. 43. ст. 1. ЗЗП.

³¹ В.: чл. 43. ст. 2. ЗЗП.

о залози закључује изван оквира привредне делатности.³² Законодавац обезбеђује заштиту физичким лицима код којих је закључење уговора о залози изузетак у односу на редовне животне активности.³³ Након доспелости потраживања, уговарање таквих калузула је допуштено.³⁴ Међутим, ни ЗЗП у довољној мери не решава питање заштите интереса заложних поверилаца, чије је право на заложеној ствари касније настало и којима је оваквим решењем знатно отежан поступак наплате. Иако је у закону дата могућност да се овај недостатак ублажи, прописивањем обавезе за повериоца да врати вишак вредности изнад износа потраживања, остаје неизвесност да ће дужник ту разлику искористити за намирење осталих заложних поверилаца.³⁵ Њима више одговара да се заложена ствар прода, па да се они намире из евентуалног вишка вредности, него да заложена ствар, једноставним потезом дужника, постане власништво само једног повериоца.³⁶ Важење начела официјелности код регистроване залог је знатно модификовано, ако залогодавац има својство привредног субјекта. Код субјеката који обављају привредну делатност, могуће је унапред уговорити вансудску продају путем надметања и продају по тржишној и берзанској цени.³⁷ Унапред се може уговорити и присвајање заложене ствари од стране заложног повериоца, чиме законодавац допушта пуноважност марцијанског пакта у тренутку закључења уговора о залози.³⁸ Чак и ако предмет заложног права нема тржишну или берзанску цену, заложни поверилац га може продати на начин на који би то учинио разуман и пажљив човек, чувајући интересе дужника и залогодавца, кад то није исто лице.³⁹

³² В.: ст. 1. и ст. 2. чл. 28. ЗЗП: „Ако је залогодавац физичко лице које уговор о залози закључује изван оквира привредне делатности, уговором о залози не може се предвидети да ће предмет заложног права прећи у својину заложног повериоца, ако његово потраживање не буде намирено о доспелости. У случају из става 1. овог члана, уговором о залози не може се предвидети и да заложни поверилац може, ако његово потраживање не буде намирено о доспелости, предмет заложног права продати по унапред одређеној цени или га задржати за себе.“

³³ Н. Тешић, *Регистрована zaloга*, Београд 2007, стр. 219.

³⁴ В.: чл. 28. ст. 4. ЗЗП: „У тренутку доспелости потраживања, заложни поверилац и залогодавац се могу споразумети да ће предмет заложног права прећи у својину повериоца уместо исплате дуга или да ће поверилац моћи да га прода по одређеној цени или да га по тој цени задржи за себе.“

³⁵ В.: чл. 28. ст. 5. ЗЗП: „Вишак вредности изнад износа потраживања заложни поверилац је дужан да исплати залогодавцу без одлагања.“

³⁶ Н. Тешић, „Фидуцијарни пренос својине као средство обезбеђења потраживања“, *Правни живот*, бр. 10/2002, стр. 112.

³⁷ В.: ст. 1. и ст. 2. чл. 27. ЗЗП: „Ако залогодавац има својство привредног субјекта (лице које се професионално бави привредном делатношћу) уговором о залози може се предвидети да заложни поверилац има право да предмет заложног права прода на вансудској јавној продаји, ако његово потраживање не буде намирено о доспелости. Ако предмет заложног права има тржишну или берзанску цену, уговором о залози може се предвидети да заложни поверилац има право да га прода по тој цени, или да га по тој цени задржи за себе.“

³⁸ В.: чл. 27. ст. 2. ЗЗП.

³⁹ В.: чл. 27. ст. 5. ЗЗП.

Заложни поверилац може приступити вансудској продаји предмета заложног права по истеку рока од 30 дана од уписа почетка намирења у Регистар залогe, под условом да дужник у том року не испуни дуг⁴⁰, ако је такав начин намирења унапред уговорен. Вансудској продаји путем надметања и продаји по тржишној и берзанској цени, се може приступити и ако залогодавац има својство физичког лица које уговор о залози закључује изван оквира привредне делатности, ако су се заложни поверилац и залогодавац о томе споразумели у тренутку доспелости повериочевог потраживања.⁴¹ Наведени изузеци од начела официјелности знатно убрзавају поступак реализације заложног права. Међутим, они носе и значајне ризике за дужника и трећа лица будући да законодавац не предвиђа никакве законске мере контроле вансудског намирења. Имајући у виду чињеницу да је дужник у унапред подређеном положају, његови интереси не могу бити заштићени у довољној мери само принципом *bona fides*.⁴² Томе треба додати и општа правила о реализацији залогe, која предвиђају примену самопомоћи, па поверилац по самом закону стиче право на државину ако дужник не испуни своју обавезу о доспелости.⁴³ Једино средство којим залодавац може оспоравати право заложног повериоца да се намири вансудским путем, јесте тужба суду. Међутим, могућност њеног подношења је ограничена, јер залогодавац може истицати да потраживање не постоји, да је исплаћено, да није доспело или да заложно право не постоји.⁴⁴ С друге стране, закон садржи правило по коме подношење тужбе суду не спречава поступак намирења, изузев ако залогодавац јавном или приватном исправом, овереном на законом предвиђен начин, докаже ове чињенице.⁴⁵

Према одредбама ЗОО и ЗЗП, поред ствари, предмет залогe могу бити и друга имовинска права и право потраживања, у ком случају се на поступак принудног намирења примењују одредбе о намирењу из заложене ствари, под условом да прописима није предвиђено нешто друго.⁴⁶

⁴⁰ В.: чл. 44. ЗЗП.

⁴¹ В.: чл. 46. и 47. ЗЗП.

⁴² М. Сич, „Реформа заложног права у Србији“, *Правни живот*, бр. 11/07, стр. 452.

⁴³ В.: чл. 35. ЗЗП.

⁴⁴ В.: чл. 49. ст. 1. ЗЗП: „Залогодавац може оспоравати право заложног повериоца да се намири вансудским путем, ако у року од 30 дана од уписа почетка намирења у Регистар залогe поднесе тужбу суду и докаже да повериочево потраживање или заложно право не постоји, да потраживање није доспело за наплату или да је дуг исплаћен.“

⁴⁵ В.: чл. 49. ст. 2. ЗЗП.

⁴⁶ В.: чл. 989-996. ЗОО и чл. 10, 11. и 14. ЗЗП.

II. Важење начела официјелности код хипотеке

У СГЗ, као и његовом изворнику АГЗ, начело официјелности код хипотеке је било очувано у оба сегмента: прописивањем забране уговарања комисорне клаузуле и марцијанског пакта⁴⁷, као и правилима о продаји хипотековане непокретности судским путем.⁴⁸ Заложни поверилац је морао да подиже редовну тужбу и тражи осуду дужникову, па кад је пресуда постала извршна она се извршавала по општим порописима.⁴⁹ Према Закону о основама својинскоправних односа, за реализацију хипотеке важило је начело официјелности без значајних одступања.⁵⁰ Одредба уговора о оснивању хипотеке према којој би хипотекарни поверилац био овлашћен да непокретност лично прода или задржи за себе, била би ништава.⁵¹ Да би хипотекарни поверилац могао да реализује хипотеку, прво је морао да води парницу ради прибављања извршне исправе, а потом је следило спровођење поступка судског извршења на непокретности.⁵² Такође, закон је прописивао и забрану уговарања *lex commissoria*.⁵³

Важећи ЗХ искључује начело официјелности код заложног права на непокретности, увођењем вансудског намирања као основног начина на који хипотекарни повериоци реализују своје потраживање из вредности хипотековане непокретности. Ако дужник не испуни дуг о доспелости, хипотекарни поверилац из веродостојне и извршне исправе спроводи и води поступак намирања, који је детаљно уређен ЗХ.⁵⁴ Вансудски се може реализовати вансудска извршна хипотека. Реч је о хипотеци која се заснива на уговору о хипотеци (односно заложној изјави, ако је у питању једнострана хипотека), који садржи састојке одређене законом, која је непосредно извршива и то вансудски, приватном продајом без обраћања суду.⁵⁵ Да би хипотека била

⁴⁷ В.: пар. 843. ст. 2. СГЗ и пар. 1371. ст. 1. АГЗ.

⁴⁸ В.: пар. 461. АГЗ; коментар уз параграф 320. СГЗ : „Пропис параграфа 320. вреди само за покретне ствари. Хипотекарни поверилац нити има право да сам излаже продаји хипотекарно добро, нити пак може да тражи продају пре него што извршном судском пресудом буде утврђено да је дужник обавезан исплатити дуг.“, Л. Марковић, *Грађански законик Краљевине Србије са кратким објашњењима*, Београд 1921, стр. 161.

⁴⁹ Л. Марковић, *Грађанско право - општи део и стварно право*, Београд 1927, стр. 572.

⁵⁰ Закон о основама својинскоправних односа (*Службени гласник СФРЈ*, бр. 6/80, 36/90, *Службени лист СРЈ*, бр. 29/96), чл. 63- 69. У даљем тексту ЗОСПО.

⁵¹ М. Повлакић, *Трансформација стварног права у Босни и Херцеговини*, Сарајево 2009, стр. 257.

⁵² Више о томе: М. Орлић, О. Станковић, *нав. дело*, стр. 274-275, З. Рашовић, *Стварно право*, Подгорица 2002, стр. 461-464, Д. Медић, *Хипотека и остала средства обезбеђења потраживања, стање и правци развоја*, Бања Лука 2005, стр. 175-180.

⁵³ В.: чл. 69. ЗОСПО.

⁵⁴ В.: чл. 29-38. ЗХ.

⁵⁵ М. Живковић, “Ново хипотекарно право у Републици Србији“, у: *Стварноправна уређења транзицијских земаља – стање и перспективе* (редактор Т. Јосиповић), Правни факултет

извршна вансудска, потребно је да уговор о хипотеци, односно заложна изјава, поред свих услова за пуноважност, садржи и одредбе из којих недвосмислено произилази да је власник пристао на могућност да се поверилац намири без подношења тужбе суду, да поверилац има право приступа непокретности и да је са тим упознато и евентуално треће лице које има непосредну државину хипотековане непокретности.⁵⁶ Вансудски, по правилима ЗХ, се намирује и хипотекарни поверилац из веродостојне исправе, али овај закон нигде не дефинише шта треба сматрати под овом исправом.⁵⁷ Поступак намирења уређен је тако да поверилац, за случај да дужник не исплати дуг о доспелости, може сам у релативно кратком времену да реализује своје потраживање из вредности хипотековане непокретности. Ако дужник не испуни свој дуг до дана правоснажности решења о забележби хипотекарне продаје, а од дана издавања тог решења прође рок од 30 дана, поверилац на основу решења може приступити продаји хипотековане непокретности путем акуције или непосредне погодбе.⁵⁸ Неспорно је да ова правила омогућавају брзу реализацију хипотеке. Хипотекарни поверилац не само да не мора да води парнични поступак у којем би се утврђивало да ли власник оптерећене непокретности мора да трпи намирење обезбеђеног потраживања из цене постигнуте њеном продајом, већ не мора да води ни судски извршни поступак ради продаје непокретности и реализације намирења.⁵⁹ Међутим, ова решења зависан положај дужника чине још тежим, што може водити многим злоупотребама. Сложили бисмо се са мишљењем професора Живковића да до диспропорције у правном положају уговорних страна, посебно долази у случају ако лични дужник није уједно и власник оптерећене непокретности.⁶⁰ Власник оптерећене непокретности може да спречи вансудско намирење једино ако уложи жалбу против решења о забележби хипотекарне продаје.⁶¹ Он жалбом може истицати једино да потраживање не постоји, да је исплаћено, да није доспело или да ни хипотека не постоји, а те чињенице мора доказати неспорним писаним доказима. Одлука другостепеног органа је коначна и извршна, а против ње није допуштена тужба ни други правни лек. С обзиром на законска ограничења у погледу могућности истицања жалбе, и чињеницу да у пракси нема неспорних доказа, примена ових одредби ће довести да власник трпи вансудско намирење и када то није оправдано.⁶² Важећи ЗХ не искључује у потпуности судско

Свеучилишта у Загребу, Загреб 2009, стр. 404.

⁵⁶ В.: чл. 15. ЗХ.

⁵⁷ В.: чл. 29. ст. 1. ЗХ. Веродостојне исправе су наведене у чл. 62. ЗИП.

⁵⁸ В.: чл. 34. ст. 1. ЗХ.

⁵⁹ М. Живковић, *Акцесорност заложних права на непокретности*, Београд 2010, стр. 161.

⁶⁰ В.: М. Живковић, *Акцесорност заложних права на непокретности*, Београд 2010, стр. 161-166.

⁶¹ В.: чл. 31. ЗХ.

⁶² М. Живковић, *Акцесорност заложних права на непокретности*, Београд 2010, стр. 164,

намирење. Ако уговор о хипотеци, односно заложна изјава, не представља извршну исправу, спроводи се судско намирење према правилима која уређују извршни поступак, односно административно намирење, према закону који уређује принудну наплату пореских потраживања на непокретностима.⁶³ Закон не садржи материјалне одредбе које изричито одређују и регулишу судско намирење, али има у виду такав начин намирења повериоца.⁶⁴ У српском хипотекарном праву, постоји и тзв. судска извршна хипотека, коју регулише ЗИП. Реч је о хипотеци која настаје на основу споразумног судског заложног права, а која је такође непосредно извршива. Међутим, за разлику од вансудске извршне хипотеке, где се без претходног вођења парнице поступак извршења спроводи вансудски, ова врста хипотеке се може само судски реализовати уз поштовање начела официјелности. Начело официјелности је очувано и прописивањем забране уговарања комисорне и марцијанске клаузуле приликом заснивања заложног права на непокретности.⁶⁵ Хипотеком оптерећена непокретност не може по унапред одређеној или неодређеној цени прећи у својину повериоца или трећег лица уговором о хипотеци.⁶⁶ Сматра се да на ове погодбе дужник пристаје у нужди, због тешког материјалног стања или због лакоумислености, па су оне, као зеленашке, ништаве.⁶⁷ Законодавац допушта одступања од поменутих ограничења и допушта уговарање *lex commissoria* по доспелости потраживања путем „накнадног уговора.“⁶⁸ То је посебан уговор који хипотекарни поверилац и власник непокретности закључују у писменој форми са потписима овереним у суду, односно од стране другог законом овлашћеног органа са којим може да се уговори пренос својине уместо испуњења дуга. Како власник непокретности не мора бити и лични

М. Живковић “Ново хипотекарно право у Републици Србији“, у *Стварноправна уређења транзицијских земаља – стање и перспективе* (редактор Т. Јосиповић), Правни факултет Свеучилишта у Загребу, Загреб 2009, стр. 413.

⁶³ В. чл. 24. ст. 2. ЗХ. Судско намирење се врши применом Закона о извршном поступку (*Службени гласник РС*, бр. 125/04), а административно намирење применом Закона о пореском поступку и пореској администрацији (*Службени гласник РС*, бр. 80/2002, 23/2003, 70/2003, 55/2004, 85/2005, 62/2006, 61/2007, 20/2009, 72/2009, 53/2010).

⁶⁴ Више о судском поступку намирења в.: И. Бабић, „Намирење на хипотекованој непокретности – нова решења Закона о хипотеци“, *Зборник радова Златиборски правнички дани, Право теорија и пракса*, Златибор 2006, стр. 194-197.

⁶⁵ В.: чл. 13. ст. 2. ЗХ: „Ништава је одредба уговора о хипотеци на основу које, ако дуг не буде исплаћен о доспелости: непокретност по неодређеној или унапред одређеној цени прелази у својину повериоца или трећег лица“.

⁶⁶ Јокић С., *Коментар закона о хипотеци*, Београд 2006, стр. 80.

⁶⁷ И. Бабић, *Лексикон облигационог права*, Београд 2008, стр. 170.

⁶⁸ В.: чл. 27. ст. 1. ЗХ: „Овим уговором између хипотекарног повериоца и власника непокретности се може уговорити делимични или потпуни пренос права својине, односно другог стварног права на предмету хипотеке, на повериоца, уместо испуњења дуга. Уколико власник непокретности и дужник нису исто лице, стоји обавеза повериоца да без одлагања обавести дужника о накнадном уговору.“

дужник, поверилац је обавезан да одмах обавести дужника о закључењу овог уговора.⁶⁹ Ако је ствар заложена за више потраживања код различитих поверилаца, за пуноважно уговарање комисорне клаузуле након доспелости потраживања у корист једног повериоца, потребна је сагласност осталих хипотекарних поверилаца.⁷⁰

Закључак

Начело официјелности се у савременом праву, због развоја тржишне привреде, показало као сметња ефикасној процедури. Стога законодавац развојем класичних и увођењем нових форми залог у наш правни систем, сужава његов домашај. Код регистроване залог и хипотеке могуће је унапред, под законом предвиђеним условима, уговорити вансудско намирење, односно приватну продају заложене ствари без обраћања суду, или присвајање ствари на име испуњења дуга. Несумњиво је да наведена правила убрзавају поступак реализације, али се интереси дужника и трећих лица занемарују. Законодавац пренебрегава чињеницу да дужник пристаје на ове одредбе у тренутку закључења уговора о залози, када се налази у зависном положају, а с друге стране доста рестриктивно поставља правила о могућности да се у поступку реализације оспори вансудско намирење. Истина, код регистроване залог овакав начин намирења је могућ само ако залогодавац има својство привредног субјекта. Претпоставка је да су лица која обављају привредну делатност довољно искусна да схвате значај последица ових одредби, али и у овим односима постоје односи „јачег и слабијег“. Код хипотеке у погледу субјеката који могу уговорити ове одредбе нема никаквих ограничења. Несавршеност ових решења код вансудске извршне хипотеке посебно погађа власника непокретности који није уједно и лични дужник. Појава споразумне судске залог у домаћем праву је допринела убрзању поступка намирења, али са много мање ризика за дужника, јер поверилац не мора да води парнични поступак да би реализовао своје заложно право, али се продаја заложене ствари врши у судском извршном поступку. Имајући у виду економске и социјалне прилике у нашој земљи, правила о вансудском намирењу услед непостојања адекватне контроле, могу лако створити ситуацију где ће надмоћ једне стране бити злоупотребљена на штету друге. У новом заложном праву Републике Србије, законодавац ради остварења повериочевог права на брз и ефикасан поступак наплате, напушта принцип по коме су одступања од начела официјелности „могућа само кад то не противречи оправданој тежњи правног поретка да заштити слабију страну у правном односу.“⁷¹

⁶⁹ В.: чл. 27. ст. 2. ЗХ.

⁷⁰ М. Лазић, *нав. дело*, стр. 116.

⁷¹ М. Лазић, *нав. дело*, стр. 60.

Jelena Brkić, M.A.

Assistant, Faculty of European Legal and Political Studies, Singidunum University

THE SCOPE OF THE PRINCIPLE OF OFFICIALITY IN THE CONTRACT OF PLEDGE OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

*When implementing creditor's right to settle by the contract of pledge, the principle of officiality applies as the basic one. This is a classic principle of contract of pledge, where the validity of the contract of pledge on chattel and mortgages, is provided by the provisions of judicial sale of mortgaged property and the prohibition of contracting *lex commissoria* and *patto Marciano*. However, the need for rapid and efficient procedure imposed by the legal trade, leads to a growing number of exceptions to the principle of officiality of the new contract of pledge in the Republic of Serbia. Accelerating the realization of the contract of pledge process is accomplished by introducing rules for non-judicial sale and the possibility that creditors in advance agree upon acquiring property on behalf of the fulfillment of a pledge of debt. These solutions enable the creditor to satisfy their claim from the value of the pledged thing without selling it and without court proceedings. The principle of efficiency of debt collection by lien on the applicable regulations is set as the primary, which goes at the expense of the principle of officiality. Bearing in mind the fact that the debtor is in a subordinate position in advance and that there are inadequate measures of control laws out of court settlement, these deviations may open the way for many abuses.*

Key words: *the principle of officiality, pignus, registered pledge, mortgage, court settlement, out of court settlement, lex commissoria, patto Marciano.*

РЕДОВНИ ОДРЖАЈ

Милош Михајловић*, дипл. правник

***Апстракт:** Право својине је трајно и у временском смислу неограничено право, и то у двоструком смислу. Она постоји док постоји сама ствар на коју се односи; право својине се не може изгубити застарелошћу. Сама по себи чињеница невршења права својине на ствари која се налази код другог не повлачи губитак права, колико год дуго трајало то стање. Да би до престанка права својине дошло због принципа правне искључивости две својине на истој ствари, потребно је да невршење буде квалификовано одређеним чињеницама на страни трећег, на основу којих он може постати власник одржајем. Према томе, потребно је да буду испуњени одређени услови, па да држалац на основу узукационе државине после извесног времена постане власник, што онда повлачи престанак својине ранијег власника.*

***Кључне речи:** одржај, својина, државина, рок, Република Србија.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Из садржине права приватне својине, која се изражава у *ius utendi, fruendi et abutendi* произлази, да право својине, као стварно право не застарева. Право својине је трајно и у временском смислу неограничено право, и то у двоструком смислу. Оно постоји док постоји сама ствар на коју се односи; право својине се не може изгубити застарелошћу. Сама по себи чињеница невршења права својине на ствари која се налази код другог не повлачи губитак права, колико год дуго трајало то стање. Да би до престанка права својине дошло због принципа правне искључивости две својине на истој ствари, потребно је да невршење буде квалификовано одређеним чињеницама на страни трећег, на основу којих он може постати власник одржајем. Према томе, потребно је да буду испуњени одређени услови, па да држалац на основу узукационе државине после извесног времена постане власник, што онда

* Милош Михајловић, дипл. правник, докторанд Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, e-mail: milosmihajlovic84@hotmail.com

повлачи престанак својине ранијег власника. У том случају долази до сукоба између два права: права правног сопственика, који дуго времена није имао ту своју ствар у фактичкој власти, и права држаоца, који није сопственик, али који дуже времена неометано и непрекидно ужива ту ствар. У овом сукобу између једног правног и једног фактичког стања, због искључивости права својине, једно мора да победи. Правни поредак је пред дилемом, коме у колизији дати предност - власнику без фактичке власти или држаоцу без правне власти.

Правни системи различито решавају ово питање. То у првом реду зависи од карактера одређеног правног система, од тога чије интересе у првом реду он штити. У условима приватне својине, решење је пронађено установљавањем института одржаја, као једног од оригинарних начина прибављања права својине. Протеком одређеног времена и под одређеним условима, једно фактичко стање, односно државина, претвара се у једно правно стање, односно својину.

Овај начин стицања својине је оригинаран, јер својина стицаоца није изведена из права својине правног претходника, већ се стиче на основу законских чињеница, непосредно. Одржај је оригинаран начин стицања својине на ствари, када већ постоји право својине, али стицалац своје право стиче назависно од њега.

2. ПОЈАМ И СУШТИНА ОДРЖАЈА

Одржај познаје још римско право.¹ Закон XII таблица је прописивао да свако лице које искоришћава једно земљиште у току два лета а остале ствари у току једне године дана, сматра се сопствеником тог земљишта или ствари, без обзира на који је начин дошло до државине тих ствари. Овај начин прибављања својине звао се *usucapio*. Одржај је институт стварног права и означава могућност држаоца да, непосредно на основу закона, а на основу државине која има одређене квалитете и која је трајала законом одређено време, стекне право својине или право службености на ствари на којој друго лице има право својине, уз истовремени, а у обиму стеченог права, престанак или ограничење својинских овлашћења власника.

Одржај значи верификовање привада права створеног фактом вишегодишње државине, у право чију је садржину таква државина представљала током времена. То је тријумф факата над правом: невласник који се неко време понашао као власник постаје власник, а власник који није вршио право својине

¹ Порекло назива је јасно: *usu capere* - прибавити употребом, стећи ствар коришћењем у току одређеног времена. Одржај је установа коју друга античка права не познају. У римском праву обично се као оправдање за претварање обичног држања у свијину наводи потреба да се правна ситуација прилагоди фактичкој. Ако се дуже времена разилазе формална и фактичка, тј. економска својина, право мора да се повинује чињеничном стању: економски власник постаје и правно власник. Види: О. Станојевић, *Римско право*, Београд 2002, 202.

престаје бити власник.² Као такав рекло би се да и одржај почива на идеји невршења права, и да и он, као застарелост, представља санкцију за невршење права. И то је тачно, али само донекле, јер док поверилац редовно зна ко му је дужник и, вршењем свог права може прекинути застарелост, дотле код власника може бити и такве ситуације да он не зна где му се ствар налази³, и да тако буде у објективној немогућности да врши своје право. Утолико је одржај мање санкција за небригу и немар у невршењу права, а више установа која треба да допринесе већој складности, стабилности и извесности у правним односима, што је општедруштвени интерес. Одржај је од користи и самом узупапијенту, јер му поједностављује поступак доказивања свог права. Узупапијент није дужан да доказује своје правне претходнике и њихово право, као акципијенс (прибавилац) код дериватног начина стицања, које би могло да се протегне у недоглед уназад (проблем *probatio diabolica*), већ му је довољно да докаже чињеницу своје државине и њен одређени квалитет и трајање. То је разумљиво, јер узупапијент стиче непосредно на основу закона, односно изворно или оригинарно.⁴

3. ВРСТЕ ОДРЖАЈА И УСЛОВИ ЗА СТИЦАЊЕ СВОЈИНЕ ОДРЖАЈЕМ

Услове за стицање својине одржајем одређује Закон о основама својинско-правних односа.⁵ За стицање својине редовним одржајем захтева се постојање законите и савесне државине и протек времена од три године за покретне ствари и десет за непокретности. Ванредни одржај се одликује мањом квалификованошћу државине, с једне, и дужим роковима, с друге стране. Рок је, десет година за покретне ствари, а за непокретне двадесет година, а мања квалификованост државине састоји се у томе што се не тражи законитост државине, довољно је да је државина савесна.

Као што можемо видети институт одржаја је императивне природе како у погледу услова, тако и у погледу дејства. Услови су му сваком случају: државина одређеног квалитета и протек времена, који су кумулативно постављени, а дејство непосредно, аутоматско, *ex lege*.

У нашем праву, одржај је регулисан само кад је реч о стицању права својине и права стварне службености Законом о основама својинско-правних односа, док се у погледу стицања личних службености одржајем примењују,

² О. Станковић, М. Орлић, *Стварно право*, Номос, Београд 2004, 84.

³ То је ситуација када је ствар украдена и продата, а он не зна ни ко је лопов, ни да је продата.

⁴ Међутим, и поред тога што је оригинаран, и одржај је вид правног промета, јер се и у његовом случају ради о промету одређеног стварног права са једног субјекта на други, само што тај прелазак није воља претходног власника, него прелаз силом закона, независно од воље власника, па чак и супротно тој вољи. Власник на тај начин бива потиснут са правне сцене, а на његово место доведен невластник са државином, и тако бива остварен склад између факата и права.

⁵ Видети: чл. 28. ст. 1. Закона о основама својинско-правних односа-ЗОСПО, *Службени лист СФРЈ*, бр.6/80, 36/90 и 29/96.

сходно, правила за стицање својине одржајем. То је последица сличности публицитета државине и садржине ова два стварна права.

4. ПРЕТПОСТАВКЕ (УСЛОВИ) ЗА РЕДОВНИ ОДРЖАЈ

За стицање права својине одржајем потребни су: *fides, possessio i tempus*.⁶ По чл. 105 ЗОСПО, за стицање потребна је квалификована државина и протек времена. С гледишта правила о редовном одржају квалификована је она државина која је истовремено законита-својинска државина, савесна и права, односно она која није манљива. Треба само напоменути да, поред редовног одржаја, у нашем праву постоји и ванредан одржај, за који је довољна само савесна државина и дужи рокови.

4.1. Законита-својинска државина

По закону о основама својинско-правних односа, “државина је законита ако се заснива на пуноважном правном основу који је потребан за стицање права својине”. Законита државина, у смислу правила о редовном одржају, није свака на закону основана државина, већ је то законска својинска државина. Законита- својинска државина је државина која се заснива на основу који би, да је претходник био власник, довео до преноса својине самом предајом покретних ствари, односно уписом у земљишне књиге, без протеча времена. До стицања права својине одржајем не може довести не само противправна државина, већ ни државина која се заснива на правном основу за стицање употребне, односно изведене државине.⁷

По теорији, државина се, по критеријуму њене правне заснованости, дели на закониту и незакониту, а по критеријуму начина на који је прибављена, на праву и манљиву. Државина може да буде законита, али манљива, и обрнуто, права али незаконита. У Закону о основама својинских-правних односа није спроведено ово разграничење, па се као услов за законитост државине, поред постојања пуноважног основа, захтева да није прибављена силом (*vi*), преваром (*clam*) или злоупотребом поверења (*precario*)⁸. Дакле, захтевају се кумулативно и правни основ и законит начин стицања. Државина ће бити незаконита и поред тога што постоји пуноважан правни основ, ако је неистинита, односно обрнуто, и поред тога што је истинита (прибављена на законит начин), ако не постоји или је ништав правни основ.

Правни основ законите државине, релевантан за стицање редовним одржајем, јесте редовно правни посао⁹, и то најчешће облигациони уговор

⁶ Д. Стојановић, *Стварно право*, Крагујевац 1998, 36.

⁷ О. Станковић, М. Орлић, *Стварно право*, Номос, Београд 2004, 85.

⁸ Видети: чл. 72. ст. 1. ЗОСПО.

⁹ Правни основ потребан за закониту државину не могу бити одлуке државних органа, јер се својина у том случају стиче непосредно на основу њих.

о продаји, поклону, размени, легат, решење о деоби ствари, а може бити и једностранни правни посао, нпр. јавно обећање награде. Када су у питању непокретности, уговор је формалан, а када се односи на покретности, он је неформалан. Код непокретности се захтева писана форма и да потписи уговарача буду оверени код суда. Уговор који није закључен у предвиђеној форми, не производи правно дејство, али је закон дао овлашћење суду да призна дејство уговора у писаном облику, на коме потписи уговорника нису оверени од стране суда, тј. да га конвалидира, под условом да је уговор испуњен у целини или претежном делу, да није повређено право прече куповине и да није повређен принудни пропис.¹⁰ Реч је о судској конвалидацији односно конвалидацији коју врши суд својом мериторном одлуком, а не конвалидацији *ex lege*. По ставу судске праксе, државина је законита ако је заснована на писменом уговору на коме потписи уговарача нису оверени од стране суда, уколико су испуњени услови за конвалидацију.¹¹

Универзална сукцесија није правни основ који може довести до одржаја: наследник у погледу законитости има исту такву државину какву је имао и оставилац. Ако је оставилац био незаконити држалац, на пример лопов, налазач, оставопримац, послугопримац итд., ни наследник неће имати закониту државину.¹²

По закону о основама својинско-правних односа, за постојање законите државине није довољан пуноважни правни посао, већ и да државина није стечена силом, преваром или злоупотребом поверења.

Нацрт закона о праву својине и стварним правима регулише појам манљиве државине. По члану 222, манљива државина је она која је прибављена силом, потајно и злоупотребом поверења. Као што можемо видети, државина је прибављена на законит начин ако је претходник вољно предао ствар држаоцу, у истом циљу у коме је уговор закључен. Закон прописује да је државина законита ако ја заснована на пуноважном правном основу, а стечена, односно прибављена на законит начин, па из тога закључујемо да је услов у погледу пуноважности правног основа могуће испунити и касније, након законитог стицања државине, на пример, накнадним закључењем уговора о преносу са претходником у прописаној форми, у ком случају он би деловао ретроактивно од момента стицања државине.

Према томе, законита државина није свака на закону основана државина, већ само она која почива на основу који би, да је преносилац био власник, довео до преноса конкретног стварног права самом предајом када су у питању покретне ствари, односно уписом у одговарајући јавни регистар

¹⁰ Видети: чл. 4. ст. 1 и 3. Закона о промету непокретности - ЗПН, *Службени гласник РС*, бр. 42/98.

¹¹ Пресуда Врховног суда Србије Рев. 3168/97: Државина је законита ако је заснована на писменом неовереном купопродајном уговору, уколико постоје услови за његову конвалидацију.

¹² А. Гамс, *Основи стварног права*, Београд 1974, 262.

за непокретности. Из тога произлази да је правни посао који државину чини законитом закључен са невлашником, јер да је закључен са власником, за стицање конкретног стварног права била би довољна сама предаја покретности, односно упис у одговарајући јавни регистар.¹³ Утолико је и редован одржај један случај стицања од невлашника, с том особенешћу што је за стицање потребан и одређен протек времена, стицање од невлашника (a non domino) се означава као “тренутни одржај”.

Законитост државине је објективна околност која се у поступку доказује, односно не претпоставља се. Суд је проверава и кад је међу странкама неспорна, како би утврдио да није реч о евентуалном недозвољеном располагању.

За одржај је подобра само права државина (possessio), а не и придржнштво (detentio). У правној теорији се јасно разграничавају ова два појма. Ко има неку ствар у својој власти или на чувању, зове се њен придржник. Ако придржник неке ствари има вољу да исту ствар као своју задржи, онда је он и њен држалац. За државину су потребни, како corpus possessionis, тако и animus domini, да се ствар, која се има у притежењу сматра и као своја. Из овога произлази да детенција, ма колико дуго трајала, не може да одведе својини.¹⁴

Непосредна и посредна државина воде до одржаја. Непосредна државина постоји онда када једно лице врши фактичку власт непосредно, лично или преко притежиоца. Посредна државина постоји када лице вршење фактичке власти на ствари преноси на другог на основу плодуживања, уговора о коришћењу стана, закупа, послуге или другог правног посла.¹⁵

4.2. Савесна државина

За стицање својине редовним одржајем, захтева се да је држалац савестан. По закону, државина је савесна ако држалац не зна или не може знати да ствар коју држи није његова. Савесност државине код редовног одржаја своди се само на оправдано веровање узупапијента да је ствар набавио од власника.¹⁶ Друга околност која државину треба да учини савесном, а то је заблуда о правној ваљаности основа и начина стицања, искључена је законитошћу државине, као самосталним и објективним квалификативом, који, уједно, одређује и обим савесности државине, па тиме и врсту права која се одржајем стиче.

Под савесном државином подразумевамо државину код које лице верује у правни основ своје државине, дакле, оправдано сматра да је оно и титулар

¹³ Радило би се о дериватном начину стицања својине.

¹⁴ В. Михајловски, „О одржају као оригинарном начину прибављања права својине“, *Правни живот*, 3-4/1960, 16.

¹⁵ Р. Ковачевић-Куштримовић, М. Лазих, *Стварно право*, Ниш 2009, 36.

¹⁶ Према дефиницији усвојеној у Општем имовинском закону за Црну Гору, савесна државина постоји када сам држитељ мисли и верује да је темељита, па баш да уистину није тако. Другим речима, према Општем имовинском закону за Црну Гору, савестан је онај држалац који верује у основ своје државине.

права чију садржину врши. Савестан држалац није свестан да се његова фактичка власт разилази од правног стања.

Савесност је потребна за све време тока рока одржаја, накнадна несавесност шкоди, *mala fides superveniens nocet*. Међутим савесност државине се цени по једном строжем критеријуму у време стицања државине, а по другом, блажем критеријуму, касније, док тече време потребно за одржај. У време стицања државине, држалац је несавестан ако је знао или према приликама морао знати да његов претходник није власник. Његово погрешно веровање да је његов претходник власник, у ситуацији када су околности такве да је морао знати да није власник, треба да је последица грубе непажње (*culpa lata*). Неће се сматрати несавесним ако је таква заблуда последица обичне непажње (*culpa levis*). Међутим, од држаоца се не може захтевати да касније, док тече законски рок одржаја, стално проверава да ли је ствар стекао од невластника, те да ли је, следствено томе, и сам постао власник. Последица тога је да га касније пропуштање могућности да сазна да је претходник био невластник не чини несавесним, без обзира на то да ли је то пропуштање последица обичне или грубе непажње. Држалац постаје стварно несавестан тек ако сазна да ли је ствар набавио од невластника.

Савесност државине се претпоставља.¹⁷ Ко тврди супротно, тј. да је држалац несавестан, дужан је то и да докаже. Међутим, савесност није нешто што се аутоматски може одредити, јер је то психички, унутрашњи феномен. Овде се поставља питање када ће судија рећи да је један држалац савестан, односно несавестан? Судија има слободно судијско уверење, али то никако не значи произвољност. Тако судија и при одређивању савесности поступа по извесном стандарду, општем мерилу, на основу онога што су Римљани звали, *in quod plerumque fit*, оно што се најчешће дешава.¹⁸ Цени се, дакле, са аспекта понашања разумног човека и датим објективним околностима.

Савесност наследника се процењује према личности наследника, а не оставиоца. Он је савестан држалац од тренутка отварања наслеђа и у случају када је оставилац био несавестан држалац, а он за то није знао, нити је према приликама могао знати. У том случају, време за одржај почиње тећи од тренутка отварања наслеђа. Међутим, ако је оставилац био још незаконит, наследник може стећи конкретно стварно право само ванредним одржајем.

Међутим, треба подржати решење предвиђено по Нацрту¹⁹ да савесни наследник (оног оставиоца који је био незаконити држалац) није изједначен са незаконитим држаоцем и упућен на ванредни одржај, него, чим је савестан, уједно је законит по сили закона и стиче својину када и држалац који држи по правном послу. Положај наследника, универзалног сукцесора чији претходник није власник, битно је сличан положају поклонопримца, купца и др., чији

¹⁷ Видети: чл. 72. ст. 3. ЗОСПО.

¹⁸ А. Гамс, Увод у грађанско право, Београд 1978, 68.

¹⁹ Видети: чл. 52. Нацрта закона о праву својине и другим стварним правима на непокретностима.

претходник није био власник. И један и други немају недостатак у правном основу, већ је недостатак на страни њихових претходника. Узукапијент мора доиста бити наследник.²⁰

4.3. Време потребно за одржај

Време као правна чињеница има одређеног утицаја и изазива не само правне последице у облигационом праву код институције застарелости потраживања, већ и у стварном праву код институције одржаја. Одржај се заснива на идеји да држалац који фактички има положај власника, по протеклу одређеног времена, односно рока за одржај, постаје и правни власник ствари, уколико постоје и друге правне претпоставке. Ова врста оригинарног стицања својине оправдава се идејом правне сигурности, заштите промета и поверења у промету.²¹

Рок одржаја се одређује с обзиром на квалитет државине: што је квалитет државине већи, то је рок одржаја краћи. Код редовног одржаја законитост чини државину квалитетнијом, па је зато рок за одржај краћи: код покретних ствари три године, а код непокретних он износи десет година. Време потребно за одржај почиње тећи од оног дана када је држалац ступио у државину ствари, а завршава се истеком последњег дана времена потребног за одржај. Државина треба да је за све време трајања рока била непрекидна.

Непрекидност узупационе државине је, исто тако, један од битних услова да дође до одржаја, јер државина треба да траје непрекидно за све време које је потребно за одржај одређених врста ствари. Та непрекидност се изражава у томе, да се држалац све време понаша као сопственик те ствари. Али није било потребно да је државина за време одређено законом, била искључиво у рукама једног те истог лица, па да се може говорити о непрекидности. Право својине одржајем стиче онај узупациони држалац у чијој је државини дотична ствар последњег дана времена предвиђеног за одржај, без обзира да ли је баш он ту ствар држао за све то време или више њих - његових претходника. У овом последњем случају имамо тзв. акцесију државине²², тј. прирачунавање државине двају или више лица. Врши се урачунавањем времена државине претходникове у време државине следбеникове. У сваком случају, од свих држалаца-претходника тражи се само она државина, која је иначе подобна за одржај. Акцесија је могућа само под условом да су и први и други држалац савесни и законити држаоци, или макар савесни (што је довољно за стицање својине ванредним одржајем).

Ток рока одржаја може бити прекинут или може наступити застој. После прекида, раније време одржаја сматра се изгубљеним и одржај почиње да тече

²⁰ В.В. Водинелић, „Одржај“, *Анали Правног факултета у Београду (Анали ПФБ)* 3-4/1979, 412.

²¹ Д. Стојановић, *Стварно право*, Крагујевац 1998, 136.

²² О. Станковић, М. Орлић, 93.

изнова, ако за то постоје услови. На прекид одржаја се примењују одредбе о прекиду застарелости.²³ Разлози који доводе до прекида времена потребног за одржај могу бити како правне, тако и фактичке природе. Прекид времена потребног за одржај наступа када држалац призна да није власник ствари, већ да ствар држи по другом основу који није подобан за стицање својине одржајем, до прекида долази и када држалац сазна да није власник (*mala fides superveniens nocet*). До прекида одржаја долази и онда када на ствари на којој узукапијент има државину, својину стекне треће лице, као и када држалац изгуби државину.²⁴ До прекида долази када се пропише да ствар коју узукапијент држи не може више бити предмет права својине и када дође до подизања тужбе од стране трећег против узукапијента, уколико тужилац успе са захтевом.

Исто тако, могуће је да наступи и застој времена одржаја, односно суспензија одржаја, и то из оних разлога из којих долази до суспензије застарелости. Код застоја одржаја, време потребно за одржај које је протекло не брише се, већ не тече само док постоје разлози који доводе до застоја. Када ти разлози престану, време наставља да тече тамо где је стало. Време потребно за одржај не тече између брачних другова, родитеља и деце, између штићеника и органа старатељства, за време трајања старатељства, између два лица која живе у ванбрачној заједници, против лица која се налазе на војној дужности и сл. Против власника који је малолетник или друго пословно неспособно лице, рок за одржај без обзира да ли има законског заступника или не. Одржај не може наступити пре него што истекну две године од када је малолетни власник стекао пунолетство или добио заступника.

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Одржај представља једну од најзначајнијих правних последица државине, као фактичке власти. Када су испуњени сви услови за стицање својине одржајем, држалац постаје власник, а дотадашњи власник губи право својине. Држалац стиче својину која у свему одговара државини коју је имао у одржају.

Да ли је оправдано да онај ко није титулар права, а врши фактичку власт на ствари, постане титулар, а да титулар то престане бити услед невршења права својине које, иначе не застарева. Начелно, не. Али, који то разлози доводе до изузетка. Одговор на ово питање зависи од тога, да ли су били испуњени услови за стицање својине редовним одржајем. Услови су у сваком случају: државина, квалитет државине и протек времена, који су кумулативно

²³ Видети: чл. 30. ст. 3. ЗОСПО.

²⁴ Према Закону о основним својинско-правним односима, државина се не губи ако је држалац привремено спречен да врши фактичку власт независно од своје воље.

постављени, а дејство непосредно, аутоматско, *ex lege*. Испуњењем сва три услова, директно наступа правно дејство одржаја: узукациони држалац не сматра се више само држаоцем, него и титуларом права чију је фактичку садржину, тј. државину до тада вршио, и то ретроактивно, од дана када је државину засновао, од ког се дана сматра да је власнику престало право својине. Дејство није условљено никаквим формалним актом, а ако се такав акт донесе, он има декларативно дејство.

Међутим, без обзира што постоје разлози који оправдавају одржај, неопходан услов који би оправдао било коју врсту одржаја јесте то да прописи титулару пруже довољно могућности да, прекидајући ток рока, спречи губитак права.

РЕФЕРЕНЦЕ

1. Водинелић, В. (1979) Одржај. *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3-4.
2. Гамс, А. (1974) Основи Стварног права. Београд.
3. Гамс, А. (1978) Увод у грађанско право. Београд.
4. Ђуретић, С. (1984) Прирачунавање времена, *Правни живот*, бр. 2.
5. Ковачевић-Куштримовић, Р. - Лазић, М. (2009) Стварно право. Ниш.
6. Михајловски, В. (1960) О одржају као оригинарном начину прибављања права својине. *Правни живот*, бр. 3-4.
7. Станојевић, О. (2002) Римско право. Београд.
8. Станковић, О. – Орлић, М. (2004) Стварно право. Београд.
9. Стојановић, Д. (1977) Стварно право. Београд.
10. Стојановић, Д. (1998) Стварно право. Крагујевац.
11. Стојчевић, Д. (1988) Римско приватно право. Београд.

Milos Mihajlovic PhD candidate, Faculty of Law, University in Pristina with temporary headquarters in Kosovska Mitrovica

Summary

Usucapio is one of the most important legal consequences of possession as a de facto title. When all the requirements are fulfilled for obtaining ownership by usucapio, the holder becomes the owner and a former owner loses the ownership right. Holder acquires the ownership which fully complies with the possession he had in usucapio.

Is it reasonable that he who is not the rights owner and has a de facto title, become the legal owner and that the owner ceases to be so due to non-performance of ownership that otherwise does not become obsolete? In principle, it isn't. But which are the reasons leading to the exception. The answer to this question depends on whether the conditions for obtaining ownership were fulfilled by regular usucapio. Conditions are: possession, the quality of possession and the passage of time, that are cumulatively set, and the effect is direct, automatic, ex lege. By fulfilling all three conditions, legal effect of usucapio directly is in effect: usucapio holder is no longer considered just a holder but also an owner of rights which factual content i.e. possession has performed so far, retroactively, since the day when he established possession, since which day it is considered that ownership rights ceased. The effect is not caused by any formal act, and if such act has been made, it has a declaratory effect.

However, regardless there are reasons justifying the usucapio, a necessary condition to justify any kind of usucapio is that legislation provide to owner ample opportunities that by interrupting the deadline term he should prevent loss of rights.

Key words: *usucapio, ownership, possession, deadline, Republic of Serbia*

О ОДНОСУ ТЕОРИЈСКИХ И ЗАКОНОДАВНИХ РЈЕШЕЊА СИСТЕМА НОРМИ И ИНСТИТУТА КРИВИЦЕ У ОБЛИГАЦИОНОМ ПРАВУ

Проф. др Бранко Мораит*

***Апстракт:** У чланку се излаже питање односа грађанскоправне теорије и законодавне праксе на подручју грађанског права. Два кључна питања су предмет излагања: систематизовање правила и прописа облигационог права и могућност дефинисања кривице у новом грађанском законодавству.*

***Кључне ријечи:** систем облигационог права, систематика закона, грађанскоправна теорија, кривица.*

Увод

У овом раду желимо испитати утицај законодавних промјена и актуелног процеса прилагођавања домаћег законодавства праву ЕУ. Питање које се намеће јесте: да ли правну теорију и у којој мјери, за нова истраживања подстичу законодавне промјене, или законодавне промјене проистичу из резултата теоријских истраживања? Уколико су законодавне промјене резултат успјешних резултата теоријских истраживања, тада можемо очекивати да имамо уравнотежен и хармонизован правни систем. Уколико су законодавне промјене исхитрене и условљене политичким процесима, оне не могу бити промишљене и прилагођене нашим условима. На први поглед, можемо истаћи хипотезу да у овом аспекту нашег правног живота ситуација није идеална. Однос идеје и праксе би требао бити узајаман и реципрочан, с несумњивим вођством теорије. Такав циљ готово никада није постигнут у нашој друштвено-политичкој и правној стварности и историји. Најгора варијација тог односа је када свијет идеја и теорије буде *ancilla politicae*. Да ли је однос научника-теоретичара однос „слуге и господара“? Постоје свијетли примјери који демантују општу праксу, какви су резултати рада Копаоничке школе природног права, која твори одлучан став правне науке (*scientia iuris civilis*) да се њена ријеч чује, слуша и поштује у редовима одговорних друштвених фактора и да се

* Проф. др Бранко Мораит, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци

развије свијест да игноранција њене дјелатности и ставова шкоди пракси. Када посматрамо теорију грађанског права, несумњиво су покретачи теоријских истраживања били грађански законици или процеси кодификације грађанског права европских земаља и утицај који су најважније европске кодификације вршиле и на наше право. У непосредној прошлости, и још увијек, Скица за законик о облигацијама и уговорима професора Константиновића врши трајан утицај на теоријска истраживања. За потребе овог рада и с обзиром на простор који имамо за излагање, осврнућемо се на два питања: систем излагања норми грађанског права и питање вануговорне грађанскоправне одговорности.

1. О систему правила и прописа облигационог права

Закон о облигационим односима из 1978. године материју облигационих односа садржава у два дијела. Први дио је општи дио и садржи: начела (Глава I); општа правила за све изворе облигационих односа, тј. облигационе односе који настају из основа уговора, проузроковање штете, стицања без основа, пословодства без налога и једностраних изјава воље (Глава II); дејства обавеза (Глава III); престанак обавеза (Глава IV), разне врсте обавеза (Глава V) и промјене субјеката у облигацији (Глава VI). Други дио Закона о облигационим односима, насловљен „Уговори“, садржи именоване грађанскоправне и привредноправне трговачке уговоре. Трећи дио Закона уређује сукоб закона, а четврти прелазне и завршне одредбе.

Проф. др Слободан Перовић је бираним ријечима у „Скици за један портрет“, указујући на лик и дјело творца научне кодификације облигација и уговора, професора Михаила Константиновића, који је од Скице за законик о облигацијама и уговорима створио залиху „општих правних правила“, којима су судови годинама попуњавали правне празнине и прије доношења Закона о облигационим односима, али и након тога. У наведеном тексту професор Перовић истиче да је од 1969. до 1978. године, Скица професора Константиновића, као права постојбина спасоносних „општих правних правила“, играла улогу изворишта права у домену облигација у ондашњој судској пракси. Али, у условима законодавног вакуума, судови као одговорна тијела за примјену и дистрибуцију права, морали су се довијати због инсуфицијенције правних прописа за рјешавање облигационоправних спорова. Правна правила су била спасоносно помагало, које је омогућавало да се право остварује и без постојања одговарајуће законске норме. Како свједочи професор Перовић, у судским пресудама, из разумљивих разлога није стајало да је спорна ствар пресуђена на основу одговарајуће одредбе Скице професора Константиновића, већ је стајало да се она пресуђује на основу одговарајућег „правног правила“, што је ствар технике и форме изражавања (као што је и данас случај када суд нема прописа), али не и суштине ствари. Овај однос и међузависност правила и прописа играо је значајну улогу кроз историју нашег грађанског права.

Скица за законик о облигацијама и уговорима професора Константиновића, као зборник правила, има једноставну систематику и састоји се од двије књиге: у првој су облигације, а у другој уговори. Књига прва садржи сљедеће дијелове: дио први, настанак обавеза, зборно је мјесто за све облигације из свих признатих извора облигација (уговора, проузроковања штете, неоснованог обогаћења, незваног вршења туђих послова, пословодства без налога и једностраних изјава воље). Дио други садржи дејство обавеза, трећи, престанак обавеза, четврти, разне врсте обавеза и пети, промјену повјериоца или дужника. Књига друга садржи именоване уговоре.

Упуштајући се у рјешавање проблема система излагања правила облигационог права за потребе уџбеника¹, систематизовао сам излагање тако што сам цјелокупну уџбеничку грађу подијелио у двије књиге. Прва књига је подијељена на општи и посебни дио. Општи дио садржи општа питања облигација и општа питања уговора. Посебни дио прве књиге садржи само поједине именоване уговоре. Друга књига садржи, такођер, општи и посебни дио. Сви вануговорни извори облигација у тој другој књизи добили су свој и општи и посебни дио. Материја је излагана другачије него у Закону о облигационим односима/78, чији посебни дио обухвата само именоване уговоре. Сматрао сам да за потребе уџбеничке литературе и подробнијег увида у све институте, сви извори облигација имају могућности да се изложе као општи и посебни дио. Тиме би се избјегао законски дебаланс општих и посебних правила, која закон не издваја на такав начин, али оставља могућност да се поступи на наш начин.

Пратећи процесе реформисања југословенског Закона о облигационим односима, запазили смо да су описана рјешења у погледу систематике правила облигационог права, примијењена приликом доношења новог Закона о обвезним односима Републике Хрватске. Систематику аутори називају архитектуром законског текста² и она дијели законски текст на Дио први – опћи дио, који садржи, као посебне главе: основна начела, судионици обвезних односа, настанак обвеза, врсте обвеза, учинци обвеза, промјене у обвезном односу и престанак обвеза. Дио други - посебни дио подијељен је у двије главе: уговорни обвезни односи и извануговорни обвезни односи. Глава која обухвата уговорне обвезне односе садржи: опће одредбе и уговоре. Опће одредбе садрже општа правила о уговору уопште, а уговори садрже правила о именованим уговорима. Сљедећа глава садржи пописе за извануговорне обвезне односе (узроковање штете, стјечање без основе, пословодство без налога, јавно обећање награде и вриједносни папири). Дио трећи садржи прелазне и завршне одредбе. Оваква систематика се, унеколико, приближава уџбеничкој систематици излагања какву смо примијенили у нашем приказаном приступу. Међутим, Закон о

¹ Проф. др Бранко Мораит, Облигационо право - књига прва, Бања Лука, 1997.г.

² Проф. др. сц. Хрвоје Качер, Нови ЗОО-почетак или наставак, крај или...?, у Закон о обвезним односима, Инжењерски биро д.д., Загреб, липањ 2005. стр.11.

обвезним односима РХ/05 само је правила о облигацији, од начела, преко субјеката, врсти, дејства, промјена и престанка облигација, означио као општи дио. За ову систематику, оно што се уџбенички излаже код нас као општа правила уговора или о уговору уопште, као и поједине именоване уговоре и правила о свим законом признатим ваговорним изворима облигација, сврстава у посебни дио закона. Оправдање за ове промјене структуре (архитектуре) ЗОО аутори налазе у уставном уређењу СФРЈ, које је условило да савезни законодавац уреди само општи дио грађанског права, док је уређење посебног дијела остављено у надлежност федералних јединица савезне државе. Пошто се тада (1978) сматрало да одговорност за штету треба јединствено уредити, то је она смјештена у општи дио закона, иако је она, традиционално, дио посебног облигационоправног уређења. Аутор истиче да, пошто уставног ограничења више нису имали, премјестили су све вануговорне облигационе односе у посебни дио, у складу са традицијом и правном теоријом.³ Несумњиво да, по нашем мишљењу, ова систематика има оправдања, изузев сврставања правила о уговору уопште у посебни дио, односно не издвајања именованих уговора у посебни дио. И овдје постоји извјесни дебаланс систематике излагања, јер би, по нашем мишљењу, дио други могао да садржи и опште и посебне одредбе о уговорима, како је већ скицирано: Глава VIII, Уговорни обвезни односи, Одјељак 1. Опће одредбе, Одјељак 2. Уговори.

Структура Скице за законик о облигацијама и уговорима и данас изгледа најпрегнантнија. Скица се састоји од двије књиге: Књига прва - Облигације и Књига друга - Уговори. Књига прва - Облигације обухвата пет дијелова: дио први -настанак обавеза, и обрађује сваки признати извор облигација (уговор, проузроковање штете, неосновано обогаћење, незвано вршење туђих послова /пословодство без налога/ и једнострана изјава воље. Део други - дејство обавеза; део трећи - престанак обавеза; део четврти - разне врсте обавеза и део пети -промјена повјериоца или дужника. Књига друга - Уговори, садржи двадесет девет одјељака у којима су обрађени именовани уговори.

Преднацрт Грађанског законика Републике Србије (Преднацрт), друга књига, Облигациони односи, Београд 2009. године, преузима систематику Скице за законик о облигацијама и уговорима, уз извјесне измјене и допуне. Друга књига Преднацрта носи наслов: Облигациони односи (облигације). Ријеч је о једној књижи која садржи основна начела и седам дијелова. Дио први - настанак обавеза, разрађује све изворе облигација: уговор (општа правила), проузроковање штете, стицање без основа, пословодство без налога, једнострана изјава воље и хартије од вриједности. Дио други - дејства обавеза, трећи - престанак обавеза, четврти - разне врсте обавеза, пети - промјена повјериоца или дужника, шести - уговори (у педесет и двије главе) и седми - банкарски послови.

Уочава се терминолошко одступање од основних термина из Скице.

³ Ibid., str. 24.

Умјесто термина „обвеза“ који користи Скица, Преднацрт се определијелио за термин „обавеза“ за облигацију. Мада је цијела књига Преднацрта насловљена термином „облигациони односи (облигације)“, у садржају се термини облигациони однос и облигације више не употребљавају, а ни обвеза, него само обавеза. У литератури је давно запажено да обавеза није прикладан термин да означи облигацију или облигациони однос. Обавеза је општи правни термин који се користи у свим гранама права, као антипод праву, кроз симбиозу права и обавеза. Облигација или облигациони однос је нешто друго. Облигација или облигациони однос је термин за јединство права и обавеза. Не видимо оправдане разлоге зашто се један општеприхваћен термин као што је „облигација“ не може одомаћити у модерном законодавству. Да ли је разлог што се сматра да је то хрватски термин? Тачно је да Закон о обвезним односима користи термин „обвезни односи“. Међутим, и у ЗОО/05 није досљедно кориштен термин „обвеза“, јер се користи, нпр. термин факултативне обвезе и факултативне тражбине. Ако је обвеза синоним за облигацију, онда је умјесто факултативне обвезе требало стајати факултативна дуговања или дугови. Тражбина и дуг су антиподи. Обавеза или дуг су синоними. Али, обвеза је термин за облигацију, како је правилно поставио професор Константиновић.

Извори Аустријског грађанског законика (АГЗ) 1811. године су римско право, учење природног права и идеје просвјетитељства, али је Нацрт припремио Franz von Zeiller, судија и професор природног права на Универзитету у Бечу. АГЗ слиједи институциони систем. Први дио Законика уређује лица, правну способност, женидбено право, родитељско право и туторство; други дио ствари (реална права на стварима) - посјед, својину, залогу и служност, а у персонална права уврштава уговоре и право на накнаду штете.

Србијански грађански законик, једини цјеловити зборник грађанског права у правној историји Србије донесен је 1844. године, на почетку процеса националног ослобађања, уједињавања и еманципације Србије. Био је међу првима у тадашњој Европи (Француски ГЗ 1804, Аустријски ГЗ 1811, Холандски ГЗ 1838). Србијански ГЗ је еклектички трансплант претежно преузимањем одредби Аустријског ГЗ, уз присутан утицај Француског ГЗ, римског и обичајног права.

Француски грађански законик из 1804. године, који је, такођер, утицао на Србијански ГЗ, подијељен је у 4 дијела: увод, Књига прва - о лицима, књига друга - о имовини и књига трећа - о стицању имовине. Извори Француског ГЗ су били: римско право о одговорности, законском насљеђивању и имовинском праву, канонско право о браку, а канонско право о личним и имовинским односима брачних супружника, краљевске уредне о регистарским књигама рођења, вјенчања и смрти и поклонима, револуционарно право за брачно и заложно право, као и учења правних теоретичара, Puffendorfa, Wolffa, Ferrigera i Bourçjona.

У основи систематике АГЗ и С.с. је институциони систем који води

поријекло из римског права (Гајеве институције) који грађанско право дијели на: 1) лица, 2) ствари (имовину) и 3) тужбе. Пандектни систем примијењен у Њемачком ГЗ (1896), израстао је из учења њемачких правних теоретичара оног времена и дијели грађанско право на: 1) општи дио, 2) облигационо право, 3) стварно право, 4) породично право и 5) насљедно право. У нас се теорија грађанског права дијели и излаже кроз: 1) општи дио, 2) стварно право, 3) облигационо право и 4) насљедно право. Породично право је изван система излагања теорије грађанског права.

Занимљиву систематику имао је Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору из 1888. године (ОИЗ). У трећи дио ОИЗ сврстано је оно што се у модерном праву назива правила о именованим уговорима („о куповини и другим главнијим врстама уговора“ разврстано у двадесет раздјелака. Дио четврти ОИЗ носи наслов: „О уговору уопште, као и о другим пословима, дјелима, приликама од којих дугови потјечу“. Ријеч је о изворима облигација, тј. општим правилима за поједине изворе, почев од уговора (о постојању уговора, о вршењу уговора, о посљедицама неизвршења или неисправном извршењу уговора, о особитим одредбама или углавцима који могу бити у уговору), затим о дуговима који долазе од недопуштених дјела, а уговора се не тичу, о дуговима који потјечу од различитих послова, дјела и прилика (обећању које се огласом чини и о незваном вршењу туђих послова, о дуговима од неоправданог користовања туђим). Потом се излажу правила о преношењу дугова и о престајању дугова. Систематика ОИЗ је занимљива, јер почиње уводним правилима, након којих долази стварно право, па облигационо право, а затим статусни дио о субјектима имовинског права. Ово је супротно систематици која се промовише у модерној теорији грађанског права, и која излаже правила од општег према посебном, док је ОИЗ од посебних према општим правилима. Како истичу коментатори⁴, „општим имовинским закоником први пут у историји модерне кодификације биле су из појма грађанског права, не рачунајући неке екстерне одредбе, искључене области брака, старатељства, диобе и насљеђивања, а садржај грађанског законика сведен на општи дио, одредбе о лицима, стварна права и уговоре“.

Интеракција између теорије и праксе у домену теоријске и законске систематике облигација није окончана.

2. О уређењу битних питања материје проузроковања штете

И у овом појединачном примјеру интересује нас трансфер из теорије у законодавну праксу и обратно, од праксе према развијању савршенијих теоријских модела. Ради се о интеракцији теорије и праксе које је са

⁴ Томица Никчевић: Општи имовински законик у историји кодификације права у Црној Гори, у књизи: Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору, на Цетињу у државној штампарији 1888., фототипско издање, „Обод“, Цетиње, 1980., стр. 12.

кодификаторским замахом постјугословенских правних система добило на још већем значају. Деконструкција једног правног система наставља се конструкцијом више правних система насљедника, који различито приступају свом историјском задатку креирања норми и правила, њиховој модификацији или рецепцији, хармонизацији и унификацији, а све кроз конфликт правног партикуларизма, насупротив јединству и унификацији, односно проналажењу универзалних модела и рјешења.

Како је пророчански наговијестио професор Слободан Перовић у „Скици за један портрет“⁵, „у материји проузроковања штете, многа решења Скице, могу се окупити око два битна питања: основ одговорности и накнада материјалне и нематеријалне штете. Скица је, следећи историјски пут развоја дефиниције кривице, од субјективног критеријума, по којем оштећени доказује кривицу штетника до свођења кривице на одговарајући стандард, објективну категорију“. Појам кривице као „друштвеног стандарда“ предвидјела је и Скица у члану 127, прописујући да је „крив ко се није понашао како је требало да се понаша или ко се понашао онако како није требало да се понаша у односу на разумног и пажљивог човека, у датим околностима водећи рачуна о редовном току ствари.“

Настојања теоријског доказивања дефиниције кривице као објективне категорије, заправо законске афирмације дефинисања кривице према рјешењу из Скице, траје и данас. У општим дјелима наших правних теоретичара не постоји једнодушно прихватање чистог објективног концепта кривице, као правног, односно друштвеног стандарда. Тако, нпр. стоји исказ да „криво поступа онај који допушта понашање које је требало да избегне, и које је могао избећи.“⁶ Код других аутора израженији је субјективни приступ субјективне одговорности, као односа између личности штетника и штете, а дијеле га на намјеру и непажњу, према подјели у ЗОО.⁷ Према трећима, кривица је стање психе и воље лица које је способно за расуђивање према конкретном поступку којим је причињена штета и штети као конкретној посљедици тог поступка.⁸ Ови аутори полазе од пажљивог човјека као стандарда, траже већи или мањи стандард, односно степен пажљивости тако да кривицу подводе под неизвршавање неке правне обавезе, било да је она прописана објективним правом или је произашла из неке преузете (уговором) обавезе, тако да чим неко не изврши своју обавезу, усљед чега је другоме настала штета, тај је крив, а такво схватање они подводе под „теорију јединства кривице“. Кривицу, у

⁵ Предговор за Облигације и уговори/Скица за законик о облигацијама и уговорима Михаила Константиновића, Београд, 1996. године, НИУ Службени лист СФРЈ, стр. 25.

⁶ Проф. др Јаков Радишић, Облигационо право/општи део, 1998, „Савремена администрација“, Београд, стр. 212.

⁷ Проф. др Абедин Бикић, Облигационо право/општи део, „Универзитетска књига“, Сарајево, 2004., стр. 215.

⁸ Др Живомир С. Ђорђевић и др Владан С. Станковић, Облигационо право/општи део, „Научна књига“ Београд, 1986., стр. 364, 365.

ужем смислу, они схватају, као ситуацију када се штетник није понашао ни умишљајно ни као пажљив човјек одређеног стандарда, него се понашао небрижљиво, немарно (нахатно), непажљиво, а што одговора латинском термину *culpa*. Четврти виде кривицу, ослањајући се на законски текст, као случај када је штетник проузроковао другоме штету намјерно или усљед непажње.⁹

Пошто се намјера и непажња стално јављају као нужни пратиоци или саставни дијелови појма кривице, то је потребно њихово квалификовање са значењима која им даје матична област, кривично право. Намјера и непажња не могу се изједначавати са умишљајем и нехатом. И за умишљај и за намјеру тражи се субјективни критериј квалификације. Умишљај је присуство свијести и воље за чињење или саглашавање с тим, док је нехат поступање код којег не постоји вољна компонента, тј. не постоји ни хтијење ни пристајање на дјело и наступање забрањене посљедице. Свјесни нехат карактерише постојање свијести учиниоца да својом радњом може учинити кривично дјело, али олако вјерује да до тога неће доћи или да ће га моћи отклонити. Несвјесни нехат (*negligentio*, немар, непажња) карактерише одсуство свијести починиоца да својом радњом може проузроковати забрањену посљедицу, али је свијест о томе био дужан имати и могао је имати. Несвјесни нехат не садржи ни интелектуалну ни вољну компоненту; не садржи ни један психолошки елемент, ради чега се не уклапа у психолошке облике виности.¹⁰ Ако ћемо сада прећи у грађанско право, можемо констатовати да закључак наведених теоретичара кривичног права помаже разумијевању и одбрани објективног концепта кривице у грађанском праву, јер грађанско право користи управо несвјесни нехат као основни, базични, објективизирани облик кривице. Намјера у грађанском праву, ако још треба да се користи, представља или остаје и даље субјективни елемент компонован од умишљаја, који садржи елемент и свијести и воље и свјесног нехата који садржи само елемент свијести. Код евентуалног умишљаја починилац пристаје на посљедицу, а код свјесног нехата не пристаје на посљедицу, али олако сматра да ће ју моћи спријечити (лакомислено самопоуздање) или да лакомислено држи да она неће ни наступити.

Слично је резоновало и римско право по којем је *culpa lata* (тешки нехат) када се неко не понаша ни као иоле пажљив човјек, те је то изједначавало са долусом, намјерним проузроковањем штете, амалгамом свијести (знао је шта ради) и воље (желио је наступање посљедице за коју је знао да ће наступити).¹¹

Данашње потребе примјене субјективне одговорности посредством објективизираних кривица задовољава лаки нехат и то не у облику *culpa levis in concreto* (понашање дужника пажљиво као у сопственим стварима) него

⁹ Проф. др Оливер Антић: Облигационо право, „Службени гласник“, Београд, 2008., стр. 456.

¹⁰ Проф. др Милош Бабић, проф. др Иванка Марковић, Кривично право/општи дио, Бања Лука, 2008., стр. 302.

¹¹ Проф. др Обрад Станојевић, Римско право, Београд, 1998., стр. 265.

culpa levis in abstracto (да се дужник понаша с повећаном пажњом), не као у својим стварима, већ као добар домаћин (дужник коме је повећана пажња, натпросјечно пажљив домаћин).

На крају, умјесто изведене дефиниције кривице као амалгама субјективно-објективних елемената, субјективног елемента намјере и објективног елемента непажње, професор Константиновић дао је методолошко практично упутство за утврђивање кривице као правног феномена који се утврђује, а не дефинише. Тиме је досљедно законодавству препустио свој метод, од праксе за праксу.

Према одредби члана 127. Скице, која носи наслов „Када постоји кривица“, професор Константиновић одговара: „При просуђивању да ли је лице које је штету проузроковало криво или не, то јест да ли се понашало како је требало, суд води рачуна о редовном току ствари и о томе шта се од разумног и пажљивог човека могло основано очекивати у датим околностима.“ Ово служи као примјер законодавног метода који је професор Константиновић примијенио у Скици, према ријечима самог аутора у „Претходним напоменама“ уз Скицу, који се може означити геслом „од праксе и за праксу“, тј. практичном животу. Практични живот и правичност двије су окоснице те методе. Главни дио материјала за грађење Скице узет је из правног живота, поглавито наше тадашње судске праксе. Узето је у обзир и упоредно законодавство и ново законодавство, али само оно које више одговара потребама практичног живота него бивша, тзв. стара правна правила грађанских законика. Рад на Скици је започињао студијом цијеле материје, да би се, када би сазрело рјешење, формулисала правила која би најбоље одговарала нашим приликама. Тадашња међународно усвојена правила Хашких конвенција узета су у обзир код уређења уговора о продаји и других уговора. Као што је узето у обзир упоредно законодавство и Хашке конвенције, узете су у обзир разне правне теорије и правна наука уопште, тј. њихова рјешења су преузимана и обликована у рјешења Скице, када је год изгледало да одговарају потребама нашег промета. Интерес да се задовоље домаће потребе је циљ изабране методе професора Константиновића, према његовом властитом свједочењу, а без икаквих предрасуда или унапријед изабране догме, тако да се материјал за Скицу није механички преузимао из разних извора, него је пролазио кроз прераду којој је циљ био да се прилагоди домаћим потребама.

О актуелности овога метода свједочи професор Константиновић својим закључком, да сваки закон временом почиње да заостаје за потребама друштва. Због тога, добар еволуционистички метод, који је предвидио правац еволуције, одлаже накнадне законодавне интервенције, исправке и поправке, измјене и допуне, што је дуже могуће. То се постиже и тако што одредбе закона добију облик гибких директива, општих стандарда, што је у Скици значајно заступљено.

Оно што је произашло из метода обликовања Скице као посебна врлина, а што наша судска пракса није довољно увидјела, јесте приступ по

којем је судији Скицом дат само општи правац, а остављено му је да сам процијени конкретан смисао одредбе у вријеме када суди, које вријеме може бити хронолошки веома далеко од времена када је закон донесен. Тиме је, по ријечима самог аутора Скице, остављено широко поље креативној улози суда и омогућено да сваки случај буде ријешен с обзиром на све околности и према вриједности елемената које садржи. „На тај начин омогућено је да еволуција потреба живота прати еволуцију права, без интервенције законодавца“, дословне су ријечи професора Константиновића, које објављују циљ његовог метода стварања права.

Наша судска пракса се ослањала на Закон о облигационим односима који јесте произашао из Скице, али није, очигледно, сачувао у цијелости ни дух ни слово Скице. Законодавац који је доносио ЗОО, како је професор Слободан Перовић духовито примјетио, када год је одступао од рјешења из Скице - неминовно би погријешо. Отуда се креативна улога суда није развила, нити се о њој говорило у правничким круговима када су судови судили по рјешењима из ЗОО, као што се то говорило и истицало у вријеме примјене тзв. старих правних правила грађанских законика прије доношења ЗОО.

Закон о облигационим односима из 1978. године дочекан је као збирка коначних рјешења за све ситуације из праксе и судови су, што из сопственог увјерења, што због спољњег притиска тадашњег друштвено-политичког уређења, постали мање креативни и активни на изналажењу практичних рјешења, јер су позитивно право које уређује облигационе односе сматрали великим успјехом и достигнућем које се само треба примијенити, пошто садржи рјешења за којима се прије трагало и изналазило. Скица није понудила само гипка рјешења и стандарде, него и за многе животне ситуације, јасна и прецизна рјешења, како се учесници у промету не би требали стално обраћати суду и тражити у судским одлукама рјешења за правна питања из њихових односа. Прецизна и јасна рјешења се могу дати за многа питања око којих нема колебања. Садржина и природа односа, према професору Константиновићу, условљава одговор на то да ли закон треба да садржи прецизно рјешење (дефиницију) или је боље да се ограничи на општу директиву.

Жеља за синтетичком дефиницијом кривице превазилази практичне потребе. Ако би се ипак жељело постићи приближно успјешно дефинисање, онда би се постојећа законска дефиниција кривице могла довршити дефинисањем намјере и непажње као два субјективно-објективна елемента појма кривице. То не би донијело ништа ново, нити би помогло пракси у толикој мјери колико је могуће оперативном одредбом о томе када постоји кривица која се сваки пут изнова испуњава конкретним садржајем.

Prof. dr. Branko Morait

***OF RELATION BETWEEN THEORETICAL AND LEGISLATIVE
SOLUTIONS OF SYSTEM OF LEGAL NORMS AND THE GUILT
INSTITUTE IN CONTRACTUAL LAW***

Summary

Countries created by the dissolution of Yugoslavia have been in the so-called process of transition for a long time. Transition, in the field of Civil law, is marked with reformation and codification intentions. The article examines the relation between theory and practice, the influence theory has on creation of legislative solutions. The basic question which is being tackled today is whether to persist on creating a civil legal code or a codex or keep the existing partial standardization of branches or disciplines of Civil law, respectively. The sub-question includes the system of presentation of Contractual law, in fact how to divide or group the rules of Contractual law, entirely for itself or as a part of Civil Codex.

It is an entirely separate issue whether guilt could and should be legally defined.

NEIMOVINSKA ŠTETA U ZAKONU O OBVEZNYM ODNOSIMA REPUBLIKE HRVATSKE

Prof. dr sc. Silvija Petrić*

***Apstrakt:** Rad je posvećen analizi odgovornosti za neimovinsku štetu u Zakonu o obveznim odnosima Hrvatske i usporedbi s rješenjima Zakona o obveznim odnosima iz 1978. Novo rješenje temelji se na objektivnom pojmu neimovinske štete, definirane kao povreda prava osobnosti. Prihvaćanje objektivne koncepcije dovelo je do priznavanja prava osobnosti i prava na popravljavanje neimovinske štete pravnim osobama, te do proširenja odgovornosti za neimovinsku štetu kod ugovorne i predugovorne odgovornosti. U radu su analizirane i druge izmjene instituta, kao proširenje kruga osoba koje imaju pravo na naknadu štete u slučaju smrti i teškog invaliditeta bliske osobe, određivanje dospelosti naknade štete, itd.*

***Ključne riječi:** neimovinska šteta; prava osobnosti; odgovornost za štetu.*

1. Uvodne napomene

U materiji odštetnog prava, jedno od teorijski i za praksu značajnih pitanja, jest i pitanje definiranja kruga šteta za koje se odgovora. U tom segmentu pravni sustavi nerijetko se razlikuju, a riječ je o elementu odgovornosti koji bitno određuje položaj stranaka. Raznolikost rješenja posljedica je različitih pravnih tradicija, ali i razlika u temeljnim pravno-političkim ciljevima koje zakonodavac želi ostvariti. Tako različita rješenja postoje u pogledu tretmana, npr. čiste ekonomske štete, izgubljene dobiti, predvidive i nepredvidive štete, itd. No, vjerovatno su najveće razlike u definiranju pojma nematerijalne štete. To stoga što građansko pravo prvenstveno uređuje imovinske odnose i štiti imovinska prava i interese, dok je zaštita neimovinske sfere dugo bila u najvećoj mjeri prepuštena javnom pravu. Stoga se odgovornost za neimovinsku štetu kao opći institut javlja dosta kasno i još se uvijek razvija. Osim toga, u nekim je zemljama ona nastala djelovanjem sudske prakse, dok je u drugima sustav odgovornosti za neimovinsku štetu djelo zakonodavca. No, za suvremene europsko-kontinentalne sustave karakteristično je napuštanje subjektivne i prihvaćanje objektivne koncepcije neimovinske štete. Donošenjem novog Zakona o obveznim

* Проф. др сц. Силвија Петрић, редовни професор Правног факултета Свеучилишта у Сплиту.

odnosima (dalje: ZOO), koji je stupio na snagu 1. 1. 2006.¹, Republika Hrvatska pridružuje se takvim rješenjima. Naime, izmijenjena je definicija neimovinske štete u odnosu na onu iz do tada važećeg Zakona o obveznim odnosima.² Prihvatanje nove definicije neimovinske³ štete znači suštinsku konceptualnu promjenu, koja je za sobom povukla i druge značajne izmjene instituta odgovornosti za neimovinsku štetu. Ovaj rad analizira karakteristike novih rješenja, uspoređujući ih s pravilima koja su važila do 2006, odnosno s pravilima ZOO 1978

2. Pojam neimovinske štete

2.1. Pojam neimovinske (nematerijalne) štete po ZOO 1978

Pravna litaratura najčešće razliku između imovinske i neimovinske štete određuje s obzirom na prirodu dobra koje je povrijeđeno štetnom radnjom, pa je tako imovinska šteta ona koja je nastala „*kao posljedica štetne radnje poduzete izravno na imovinskoj masi oštećenika*“, a neimovinska „*povreda subjektivnih neimovinskih prava i interesa koji su prvenstveno vezani uz osobu*“,⁴ ili je imovinska ona „*koja predstavlja povredu imovinskih subjektivnih prava i pravno zaštićenih interesa imovinske prirode*“, a neimovinska „*povredu ličnih građanskih subjektivnih prava*“.⁵ No, za razliku od ovakvih definicija neimovinske štete, koje je apostrofiraju kao povredu bilo kojih osobnih dobara i interesa, ZOO 1978, u čl. 155. neimovinsku štetu definira kao „*nanošenje drugome fizičkog ili psihičkog bola ili straha*“.⁶ Time na nivou opće definicije polazi od tzv. subjektivnog shvaćanja neimovinske štete, koja naglasak stavlja na fiziološke i psihološke posljedice (bol i strah) koje oštećenik mora doživjeti da bi nastala neimovinska šteta. Dakle, za nastanak neimovinske štete nije dovoljno da je povrijeđeno subjektivno neimovinsko dobro ili interes, već je nuž-

¹ Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine (dalje: NN), br. 35/05; 41/08.

² 1.1.2006. prestao je važiti stari Zakon o obveznim odnosima (Sl. l. SFRJ br. 29/78, 39/85, 45/89. i 57/89; NN, br 53/91, 73/91, 111/93, 3/94, 7/96, 91/96, 112/99. i 88/01; dalje: ZOO 1978). Hrvatski ZOO 1978. bio je nekadašnji jugoslavenski savezni Zakon o obveznim odnosima iz 1978, preuzet 1991. g.

³ Treba naglasiti i promjenu u nazivu. Naime, ZOO 1978. koristi naziv „*nematerijalna*“, dok novi ZOO koristi naziv „*neimovinska*“ šteta. Riječ je o dobrodošloj promjeni, jer novi naziv bolje odražava razlikovanje štete koja pogađa imovinu oštećenika od one koja pogađa njegova osobna, moralna, odnosno nematerijalna dobra.

⁴ Tako **Vedriš, M. - Klarić, P.**, Građansko pravo, NN, Zagreb, 2003, str. 553. (dalje: **Vedriš – Klarić**).

⁵ **Pop-Georgijev, D.**, u.; Komentar Zakona o obligacionim odnosima, (red.: **Perović, S. – Stojanović, D.**), Knjiga prva, Kragujevac, 1980, str. 489-490 (dalje: **Pop-Georgijev**).

⁶ U literaturi (**Vedriš – Klarić**, str. 553) opravdano se ovakvoj definiciji štete prigovara da ne razlikuje objekt štetne radnje, od objekta štete, koji ne moraju uvijek biti isti. Primjerice, objekt štetne radnje je tijelo oštećenika (ozljeda ruke), a objekt štete je psihički integritet oštećenika (poremećaj duševne ravnoteže zbog naruženosti).

no da je povreda rezultirala fizičkim ili psihičkim bolovima ili strahom.⁷ Štaviše, u odredbama o popravljaju neimovinske štete, isplatom novčane naknade ZOO 1978 određuje da se neće naknađivati svaka duševna bol, već samo ona koja je posljedica u zakonu taksativno navedenih uzroka. No, u literaturi se naglašava kako je ZOO 1978 prihvatio opći pojam neimovinske štete, odnosno da pravila o odgovornosti za neimovinsku štetu obuhvaćaju sve oblike povreda prava ličnosti.⁸ Takav je stav razumljiv s obzirom na sudsku praksu koja se razvija u pravcu širokog priznavanja prava na popravljaju neimovinske štete⁹, ali je ujedno utemeljen na tekstu zakona koji, promatran u cjelini, prihvaća subjektivno-objektivnu definiciju neimovinske štete.¹⁰ Riječ je o čl. 157. koji oštećeniku daje negatorni zahtjev, tj. ovlašćuje ga da od nadležnog tijela zahtijeva „da naredi prestanak radnje kojom se povređuje pravo njegove ličnosti.“ St. 2. ovlašćuje nadležno tijelo da „naredi prestanak radnje pod prijetnjom plaćanja stanovite novčane svote, određene ukupno ili po jedinici vremena, u korist povrijeđenog“. Ovo se pravo ne ograničava na neimovinsku štetu iz čl. 155, već se odnosi na sve povrede „prava ličnosti“.¹¹ Dakle, zakon je odustao od pravnog pozitivizma iz čl. 155. i odredaba o pravu na novčanu naknadu, te dao zaštitu „pravima ličnosti“ kao općem pojmu.¹² Osim toga, zaštitu uživaju i fizičke i pravne osobe. Štaviše, smatra se da je ova zaštita šira i zato što po pravnoj prirodi nije odgovornost za štetu, pa se na nju ne odnose ni opća pravila o odgovornosti koja u načelu zahtijevaju i postojanje krivnje štetnika.¹³ Isto tako, čl. 199. koji uređuje pravo na nenovčano popravljaju neimovinske štete ne ograničava ovo pravo samo na situacije kada su pretrpljeni bolovi i strah, već se ova sankcija može tražiti za po-

⁷ Tako vidi: **Dorđević, Ž.** – **Stanković, V.** Obligaciono pravo, Naučna knjiga, Beograd, 1987, str. 354. (dalje: **Dorđević – Stanković**); **Grbin I.**, Oblici nematerijalne štete i kriteriji za određivanje naknade, u: Naknada nematerijalne štete po Zakonu o obveznim odnosima, Pravni i medicinski aspekti (ur.: **Crnić, I.**), Organizator, Zagreb, 2003, str. 25. sq. (dalje: **Grbin, Oblici**).

⁸ Tako vidi: **Vizner, B.**, Komentar Zakona o obveznim odnosima, Knjiga I., Zagreb, 1978. (dalje: **Vizner, I.**) str. 655; **Cigoj, S.**, u: Komentar Zakona o obligacionim odnosima (red.: **Blagojević, B.** – **Krulj, V.**), I. knjiga, Savremena Administracija, Beograd, 1983, str. 518. sq. (dalje: **Cigoj**).

⁹ Više o sudskoj praksi vidi: **Cigoj**, str. 518-540; **Crnić, I.**, Zakon o obveznim odnosima, Organizator, Zagreb, 2001, str. 364-296. (dalje: **Crnić, Zakon**); **Krsmanović, T.** – **Marković, N.**, Naknada štete, Poslovni biro, Beograd, 2000, str. 232-260.

¹⁰ Tako: **Klarić, P.**, Neimovinska šteta - pojam, oblici, popravljaju, u: Naknada neimovinske štete, Pravno medicinski okvir (ur.: **Čurković – Hercigonja – Kuzmić**), Inženjerski biro, Zagreb, 2009, str. 5-6. (dalje: **Klarić, Naknada**). Takav je stav potvrđen i od Ustavnog suda RH (U-III 1558/2000 od 19. 2. 2004. godine; NN, 27/04).

¹¹ Tako: **Cigoj**, str. 532.

¹² Istina, zaštita je specifična, jer ne daje pravo na novčanu naknadu zbog već pretrpljene štete, već samo ishođenje zabrane daljnjeg vrijeđanja prava ličnosti, pod prijetnjom novčane kazne koja ima karakter sudskog penala. Tako i: **Cigoj**, str. 555-556.

¹³ Vidi: **Cigoj**, str. 554.

vredu bilo kojeg prava ličnosti.¹⁴ I ovo pravo pripada i fizičkim i pravnim osobama.¹⁵ Dakle, ZOO 1978 i povrede prava ličnosti i boli i strah smatra neimovinskom štetom. Razlika je u tome što je sankcija koja se može tražiti za povrede prava ličnosti koje nisu praćene bolima i strahom, isključivo nenovčana satisfakcija i prestanak povrede, a ako je oštećenik pretrpio bolove i strah, moguće je tražiti još i novčanu naknadu.¹⁶ To znači da ZOO 1978 prihvaća subjektivno-objektivnu koncepciju neimovinske štete.

No, tom se rješenju ipak mogu uputiti kritike. Naime, čl. 155. definira neimovinsku štetu kao „*pretrpljeni fizički i duševni bol i strah*“. Ako bi se držali toga da je samo navedeno neimovinska šteta, otvorili bi vrata drukčijem tumačenju čl. 157. i 199, tj. i ova bi se pravila mogla tumačiti tako da obuhvaćaju samo neimovinske štete iz čl. 155. Takvo je tumačenje neprihvatljivo i očito je namjera zakonodavca bila drukčija. U prilog tome da se i povreda prava ličnosti koja nije praćena bolovima i/ili strahom mora smatrati nematerijalnom štetom, govori i to što je čl. 199. smješten u odjeljak pod naslovom „*Naknada nematerijalne štete*“, što znači da se „*povreda prava ličnosti*“ smatra nematerijalnom štetom. Nedostatak rješenja ZOO 1978 je i što je glavnu i najefikasniju sankciju, novčanu naknadu, rezervirao isključivo za pretrpljene bolove i strah. Ako je pravo ličnosti povrijeđeno, ali oštećenik ne može dokazati postojanje (i intenzitet i trajanje) bolova i/ili straha, nema ni prava na pravičnu novčanu naknadu. Istina, po čl. 157. sud mu može dosuditi penale, ali to se pravo ne može usporediti s efikasnošću novčane naknade.¹⁷ Ograničenje je i u tome što priroda bolova i straha isključuje mogućnost da ovom sankcijom budu zaštićene i pravne osobe.¹⁸ Zatim, uvjetovanje prava na novčanu naknadu osjećanjem bola i straha isključuje mogućnost da se novčana naknada dosudi oštećeniku koji nije u stanju osjećati bolove ili strah (npr. fizičke bolove ne osjeća oštećenik u stanju nesvijesti ili kome; duševne boli ili strah ne osjeća oštećenik koji nema dovoljno razvijenu sposobnost vrasuđivanja da shvati posljedice povrede, i sl.).¹⁹

¹⁴ Takav se stav zastupa i u pravnoj literaturi. Vidi: **Vizner, B.**, Komentar Zakona o obveznim odnosima, Knjiga II, Zagreb, 1978, str. 908, (dalje: **Vizner II.**); **Stojanović, D.**, u: Komentar Zakona o obligacionim odnosima, (red.: **Perović, S.** – **Stojanović, D.**), Knjiga prava, Kragujevac, 1980, str. 597-599, (dalje: **Stojanović**).

¹⁵ Takvo vidi i: **Vizner II**, str. 911 i 913.

¹⁶ Takav stav brani se i u pravnoj literaturi. Vidi: **Klarić**, Naknada, str. 6.

¹⁷ Naime, pravna priroda penala je drukčija od pravne prirode naknade štete. Svrha penala je prisiliti tuženoga da se ponaša u skladu s odlukom suda, a ne popravljanje povrede. Stoga ova mogućnost postoji samo ako povreda prava još traje. Osim toga, sud po slobodnoj ocjeni dosuđuje penale. I konačno, iznos penala biti toliki da potakne štetnika da se suzdrži od daljnje povrede prava, što ne mora odgovarati iznosu koji bi sud odredio ako bi zakon davao pravo oštećeniku na pravičnu novčanu naknadu pretrpljene štete.

¹⁸ Takav je stav redovito zauzimala i sudska praksa. Više vidi: **Klarić, P.**, Nematerijalna šteta pravne osobe, u: Odštetno pravo, Narodne novine, Zagreb, 1996, str. 291. sq.

¹⁹ Više: **Cigoj**, str. 534-537; **Baretić, M.**, Pojam i funkcije neimovinske štete prema novom Zakonu o obveznim odnosima, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 56, (2006), str. 461-500 (dalje: **Baretić**).

U teoriji²⁰ se rješenje ZOO 1978 smatra ograničenim i time što se (za razliku od fizičkih boli i straha) duševni bolovi ne priznaju uvijek, već je zakonom taksativno određena lista razloga koji dovode do pravno priznatih duševnih boli. Činjenica je da ZOO 1978 na ovaj način ograničava krug reparabilnih šteta, te da je u sudskoj praksi bilo slučajeva kada se zahtjev za naknadu štete odbijao, stoga što po mišljenju suda duševni bol nema izvor ni u jednoj u zakonu navedenoj okolnosti.²¹ No, čl. 200, ako ga pravilno tumačimo, daje široke mogućnosti naknade ovog oblika štete. Naime, izričito je određeno da se naknađuju i duševne boli koje izvor imaju u „*povredi prava ličnosti*“²². Prema tome, zakon je ostavljao mogućnost da se naknadi svaka duševna bol koja je nastala kao posljedica povrede bilo kojeg prava ličnosti i samo je na sudovima bilo da interpretacijom te norme odrede što se smatra „*pravima ličnosti*“.²² Koliko je to u praksi široko funkcioniralo drugo je pitanje. No, nesumnjivo je da je zakon davao takve mogućnosti i stoga temeljna zamjerka rješenju ZOO 1978 ostaje to što je pravo na novčanu satisfakciju ograničavao na subjektivno definiranu neimovinsku štetu. Ostala ovdje navedena ograničenja samo su nužne posljedice prihvaćanja takvog koncepta.

2.2. Pojam neimovinske štete po ZO

2.2.1. Objektivna koncepcija neimovinske štete

U vrijeme važenja ZOO 1978 u teoriji i praksi sve se češće kritizira subjektivno shvaćanje pojama neimovinske štete.²³ Redaktori novog ZOO stoga se odlučuju na radikalnu promjenu u shvaćanju neimovinske štete. Sa subjektivno-objektivne prelazi se na čisto objektivnu koncepciju i neimovinska se šteta u čl. 1046. definiše kao „*povreda prava osobnosti*“²⁴. To znači da je svaka povreda bilo kojeg prava osobnosti neimovinska šteta, bez obzira je li izazvala bolove ili strah. Boli i strah prestaju biti oblici neimovinske štete, ona je definirana objektivno kao povreda prava osobnosti, i kao pravni pojam neovisna je o subjektivnim manifestacijama u osobi oštećenika. Iz takve definicije proizlazi da oštećenik ima pravo na sve zakonom predviđene sankcije, tj. i novčanu i nenovčanu, te pravo zahtijevati prestanak povrede. A po ZOO 1978 boli i strah su jedini oblici neimovinske štete koji daju pravo na sve sankcije, dok povrede prava ličnosti daju samo pravo na preventivni zahtjev i pravo na nenovčanu satisfakciju. Ovim je, dakle, otklonjena dihotomija koja je po ZOO 1978 postojala između psihičkih i fizičkih boli i straha, s jedne, i povrede

²⁰ Tako: Baretić, str. 475.

²¹ Vidi: Crnić, Zakon, str. 265. sq.

²² Isto tako, široke je mogućnosti davala i o dredba o duševnim bolovima koji proizlaze iz „smanjenja životne aktivnosti“²⁵. Dio sudske prakse ispravno je tumačio ovu odredbu i bio spreman različite vrste duševnih boli podvesti pod ovaj široki pojam. Više vidi: Grbin, Oblici, str. 28. sq.

²³ Više vidi: Radolović, A., Moguće i pravno poželjne promjene koncepta neimovinske štete u novom pravnom sustavu Hrvatske, Godišnjak 1. Društva za građanskopravne znanosti i praksu Hrvatske, Zagreb, 1994.

prava osobnosti, s druge strane, kao oblika neimovinskih šteta koje nisu uživale isti stupanj zaštite. To znači da je na razini pojma neimovinske štete prošireno polje zaštite neimovinskih dobara, poboljšana je položaj oštećenika kojemu je dovoljno dokazati povredu prava osobnosti da bi dokazao postojanje štete. No, iako je pojam neimovinske štete tako određen, za svaku se štetu neće odgovarati, odnosno pravo na pravičnu novčanu naknadu uvjetovano je određenim svojstvima štetnog događaja (čl. 1100.). To je vjerovatno glavni razlog zašto pravila o odgovornosti za neimovinsku štetu u primjeni još uvijek nilaze na prijepore i različita tumačenja.²⁴ U literaturi se javljaju i mišljenja koja osporavaju opravdanost ove definicije neimovinske štete, ističući da ona ne „odražava u potpunosti duh odštetnog prava“. Smatra se da je svrha popravljivanja svake, pa i neimovinske štete otklanjanje ili barem umanjeње posljedica štetne radnje, pa da bi stoga neimovinska šteta morala biti definirana kao „šteta nastala povredom, propisima zaštićenih subjektivnih prava čovjeka koja se očituje kao tjelesna (fizička) i/ili duševna (psihička) bol (patnja)“. Smatra se da će ovakvo čisto objektivno definiranje neimovinske štete i potpuno isključivanje boli i straha iz samog pojma štete biti „veliki izazov za praksu“.²⁵

2.2.2. O pravima osobnosti

Pojam prava osobnosti: Po novoj definiciji neimovinske štete ključno postaje pitanje određivanja pojma i sadržaja prava osobnosti. Zaštita osobnih neimovinskih dobara dugo je bila prepuštena javnom pravu, a građansko je pravo bilo uglavnom zaokupljeno zaštitom imovinskih dobara. Stoga i velike građanske kodifikacije (s izuzetkom švicarske) iz XIX. i s početka XX. stoljeća jedva dotiču zaštitu osobnih prava. No, u XX. stoljeću, a posebno nakon II. svjetskog rata, to se mijenja i suvremeno građansko pravi sve šire priznaje zaštitu osobnih prava.²⁶ Iako se u početku ljudska prava i slobode uglavnom štite od zadiranja državne vlasti i stoga im se odricao karakter privatnih subjektivnih prava, s vremenom sazrijeva ideja da država mora nositelju takvog prava pružiti zaštitu i od zadiranja privatnopravnih osoba. Time se otvaraju, na teorijskoj razini, vrata da se osobna prava štite i sankcijama

²⁴ U teoriji se smatra da pojam prava osobnosti pravnici odgojeni u duhu tradicionalnog shvaćanja građanskog prava kao pretežito imovinskog prava, teško pravilno razumiju. Vidi: **Radolović, A.**, Pravo osobnosti u novom Zakonu o obveznim odnosima, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1991), vol. 27, br. 1, (2006), str. 132. (dalje: **Radolović**, Pravo).

²⁵ Tako vidi: **Crnić, I.**, Odštetno pravo, Zgombić&Partneri, Zagreb, 2008, str. 556. (dalje: **Crnić**, Odštetno).

²⁶ Takav je razvoj uvjetovan sve širim priznavanjem temeljnih sloboda i prava čovjeka i građanina. Vidi: **Gavella, N.**, Osobna prava, I. dio, Zagreb, 2000, str. 14. sq., (dalje: **Gavella**). Strahote II svjetskog rata utjecale su na prihvaćanja međunarodnih konvencija kojima se štite ljudska prava. Tako: **Baretić**, str. 465.

građanskog prava.²⁷

Osobna prava u objektivnim smislu su sve pravne norme koje uređuju građansko-pravni aspekt pripadanja i zaštite neimovinskih dobara koja se privatnopravnim subjektima priznaju u nekom pravnom poretku. Osobna prava u subjektivnom smislu²⁸ su subjektivna prava privatnopravne prirode koja pripadaju subjektu glede onih osobnih neimovinskih dobara čiju zaštitu jamči objektivno pravo.²⁹ Specifičnost ovih subjektivnih prava je u njihovom objektu, tj. objekt prava su neimovinska osobna dobra kao život, tjelesni, i duhovni integritet, čast, ugled, sloboda, privatnost, i sl.³⁰

Izvori pravila o pravima osobnosti u Republici Hrvatskoj: Pravna pravila kojima se priznaje postojanje i jamči zaštita osobnih prava nalazimo u nizu normativnih akata. U prvom redu to je Ustav³¹, koji u čl. 3. „poštivanje prava čovjeka“ proglašava jednom od „najviših vrednota ustavnog poretka Republike Hrvatske i temeljem za tumačenje Ustava.“ Osim toga, u Glavi III (Zaštita ljudskih prava i temeljnih sloboda) jamči zaštitu niza ljudskih prava i sloboda, a za prava osobnosti najznačajnije su odredbe čl. 21-47. kojima se uređuju *Osobne i političke slobode i prava*. Za određenje prava osobnosti u smislu ZOO značajan je st. 1. čl. 22. Ustava, po kojemu je „čovjekova osobnost nepovrediva“. Iz toga proizlazi da ni Ustav prava osobnosti ne određuje zatvoreno, već omogućava da se, u skladu s razvojem kulture i pravne svijesti, priznaju i osobna prava koja nisu taksativno nabrojana ni u jednom normativnom aktu. Pravni izvor su i međunarodne konvencije koje su dio pozitivnopravnog poretka države, po pravnoj snazi iznad zakona.³² Posebno treba navesti Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.³³ Osim u ZOO, prava osobnosti štite se i drugim posebnim zakonima, npr. Kaznenim zakonom,³⁴ Za-

²⁷ Više o povijesnom razvoju priznavanja i zaštite prava osobnosti vidi: **Radolović**, Pravo, str. 136-142.

²⁸ Definiciju po kriteriju objekta daje **Gavella**, str. 13: „Subjektivna prava koja pravni poredak priznaje nekoj osobi glede njezinih osobnih, neimovinskih dobara, njezina su osobna, neimovinska prava.“

²⁹ U mnoštvu definicija subjektivnih prava koje se nude u pravnoj, političkoj, sociološkoj i dr. literaturi, čini se da ova najbolje odgovara duhu građanskog prava. Više o različitim definicijama, vidi: **Radolović, A.**, Pravo ličnosti kao kategorija građanskog prava, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Zagrebu, 1985.

³⁰ Objekt prava nije sama osoba, ona je titular prava, a objekt mora biti različit od nositelja. U literaturi se ističe da je objekt osobnih prava *osobnost* subjekta kao skup različitih osobnih dobara i vrijednosti. Tako: **Gavella**, str. 17. **Radolović**, Pravo, str. 133: “*Osobnost* čovjeka nije samo psihološka kategorija nego je i pravni pojam. To je zapravo moralna (neimovinska) imovina čovjeka koji ima dvije imovine: jednu imovinsku imovinu (kao skup imovinskih prava na stvarima i pravima) i, drugu, *neimovinsku imovinu* koja je njegov personalitet.“

³¹ NN, br. 56/90, 135/97, 8/98 – pročišćeni tekst, 113/2000;124/2000 – pročišćeni tekst; 28/2001; 76/2010.

³² Čl. 141. Ustava RH.

³³ NN, Međunarodni ugovori, br. 6/99; 8/99.

³⁴ NN, 110/97; 27/98; 50/00; 129/00; 51/01; 11/03; 190/03; 105/04; 84/05; 71/06; 110/07; 152/08; 57/11.

konom o kaznenom postupku,³⁵ Zakonom o prekršajima,³⁶ Obiteljskim zakonom,³⁷ Zakonom o medijima,³⁸ Zakonom o elektroničkim medijima,³⁹ Zakonom o autorском o srodним pravima,⁴⁰ Zakonom o zaštiti osoba s duševnim smetnjama,⁴¹ Zakonom o zaštiti prava pacijenata,⁴² Zakonom o zaštiti tajnosti podataka,⁴³ itd.

Subjekti prava osobnosti: Titular prava osobnosti prvenstveno je čovjek. Svaki čovjek rođenjem⁴⁴ postaje, u načelu, nositelj svih prava osobnosti koja se u pravnom poretku priznaju i štite, bez obzira na ostale sposobnosti koje mu pravni poredak priznaje. Prava osobnosti čovjeka prestaju smrću, ako posebnom normom nije drukčije određeno.⁴⁵ Priznavanje prava osobnosti pravnim osobama novijeg je datuma, no karakteristično je za sve suvremene pravne poretke. To stoga što se za pravnu osobu fingira da je osoba kao i fizička osoba. No, priroda pravne osobe ograničava krug prava osobnosti koja joj se mogu priznati. Kako pravna osoba nema biološku bit, ona prava osobnosti koja štite osobna dobra vezana uz biološku bit čovjeka ne mogu pripadati pravnoj osobi. Takav je stav prihvaćen i u st. 3. čl. 19. ZOO: „Pravna osoba ima sva navedena prava osobnosti, osim onih vezanih uz biološku bit fizičke osobe...“

Karakteristike prava osobnosti: Specifičnosti dobara koja su objekti prava osobnosti uvjetuje i specifičnosti tih prava. To su apsolutna subjektivna prava koja titularu omogućavaju da sa osobnim dobrima i koristima od njih čini što ga je volja (pozitivna sastavnica osobnih prava), te da radi ostvarenja sadržaja prava, od svih drugih zahtijeva da se suzdržavaju od ponašanja kojima se neovlašteno dira u njegova osobna dobra (negativna sastavnica osobnih prava). No, zbog specifičnosti zaštićenih dobara, ova u načelu apsolutna vlast, i u pozitivnoj i u negativnoj sastavnici podliježe ograničenjima koja postavlja pravni poredak. Tako često titular prava osobnosti, radi zaštite interesa trećih ili općeg interesa, mora trpjeti zadiranja drugih u osobna prava. Primjerice, zadiranje u tjelesni integritet radi obveznog cijepljenja protiv zaraznih bolesti, ograničenje slobode osobama osuđenim na zatvorske kazne i sl.⁴⁶

³⁵ NN, br. 152/08; 76/09; 80/11.

³⁶ NN, br. 88/02; 122/02; 187/03; 105704; 127/04.

³⁷ NN, 116/03; 17/04; 136/04; 107/07.

³⁸ NN, br. 59/04; 84/11.

³⁹ NN, br. 153/09; 84/11.

⁴⁰ NN, br. 167/03; 79/07; 80/11.

⁴¹ NN, br. 111/97; 128/99; 79/2002.

⁴² NN, br. 169/04.

⁴³ NN, br. 108/96.

⁴⁴ Kao sporno, pojavljuje se pitanje da li pravne norme koje se temelje na načelu „*nasciturus pro iam nato habetur*“ uvode priznavanje prava osobnosti začetom, a nerođenom djetetu. Više vidi: **Gavella**, str. 32.

⁴⁵ Primjerice, osobna autorska prava štite se u svim pravima i određeni broj godina nakon smrti autora.

⁴⁶ Ova ograničenja ne utječu na sadržaj osobnih prava, no utječu na mogućnost njihovog izvršavanja.

Osobna se prava u pravilu izvršavaju osobno, tj. izvršavanje sadržaja osobnog prava ne može se prenijeti na trećega.⁴⁷ Ona su nenasljeđiva i neotuđiva i stoga se postavilo pitanje je li uopće riječ o subjektivnim pravima, ako titular prava ne može slobodno odlučivati o dobrima koja su objekt prava, osim da traži zaštitu od neovlaštenog zadiranja drugih. No, načelna neotuđivost ne znači da titular prava osobnosti nema nikakvu mogućnost raspolaganja osobnim dobrima. Ona je zbog prirode dobara kao strogo osobnih značajno sužena, ali ipak postoji. Npr. pravno valjani pristanak na medicinsku intervenciju znači raspolaganje osobnim pravom na tjelesni integritet,⁴⁸ odnosno ograničavanje tog prava pod uvjetima propisanim zakonom. Ili, prenošenje prava na trećega da se koristi zaštićenim osobnim podacima i sl.⁴⁹ Titular svoje pravo ograničava tako da iz njega izvodi drugo, uže subjektivno pravo u korist trećega, ovlašćujući trećega da vezano za njegovo osobno dobro nešto čini ili propušta.⁵⁰ No, titular prava osobnosti ovih se prava ne može u potpunosti pravno valjano odreći.

Prava osobnosti u ZOO: ZOO u čl. 1047. neimovinsku štetu određuje kao povredu prava osobnosti, no ne definira zatvorenom definicijom, što se smatra pravima osobnosti. To je razumljivo, jer ni u pravnoj teoriji ni u usporednom pravu ne postoji općeprihvaćena definicija prava osobnosti.⁵¹ ZOO u st. 1. čl. 19. određuje da „Svaka fizička i pravna osoba ima pravo na zaštitu svojih prava osobnosti pod pretpostavkama utvrđenim zakonom“, a u st. 2.: „Pod pravima osobnosti u smislu ovoga Zakona razumijevaju se prava na život, tjelesno i duševno zdravlje, ugled, čast, dostojanstvo, ime, privatnost osobnog i obiteljskog života, slobodu i dr.“ Iz odredbe se čini da ZOO prihvaća pluralistički koncept prava osobnosti, tj. da razlikuje više prava osobnosti. U teoriji se raspravlja postoji li samo jedno opće pravo osobnosti iz kojega se kao njegove emanacije izvode pojedina prava, npr. pravo na život, slobodu, zdravlje itd. (tzv. monistički koncept), ili postoji više samostalnih prava osobnosti.⁵² Prednost je monističkog koncepta, što omogućava širenje kruga zaštićenih neimovinskih dobara (i prava osobnosti) u skladu s razvojem društvene svijesti o potrebi zaštite nekih dobara i interesa. Zatvorena lista onemogućila bi ovakav razvoj. No, iako ZOO nabroja određena prava osobnosti i time se čini da prihvaća pluralistički koncept, ovo rješenje zadržava prednosti monističkog shvaćanja, jer lista nije zat-

Tako: **Gavella**, str. 35.-36.

⁴⁷ Iznimka su situacije kada titular osobnog prava nema pravno relevantnu volju pa neke aspekte sadržaja osobnog prava za njega izvršava treći (npr. zakonski zastupnik daje pristanak na medicinsku intervenciju).

⁴⁸ Stoga medicinska intervencija nema karakter protupravne radnje povrede pacijentovog prava osobnosti na nepovredivost tjelesnog integriteta.

⁴⁹ Ova mogućnost titulara osobnog prava da svojom voljom (pravnim poslom) izvodi iz svoga prava po sadržaju i po obujmu uže pravo za drugoga, ograničena je ovlaštenjima koja čine sadržaj njegovog prava, ali isto tako i zakonskim ograničenjima i pravima trećih osoba.

⁵⁰ Tako: **Gavella**, str. 17; **Baretić**, str. 465.

⁵¹ O pokušajima pravne teorije da definira pojam pravne osobnosti više vidi: **Crnić**, *Odštetno*, str. 562.

⁵² Više vidi: **Gavella**, str. 18-19.

vorena već primjerična. Time se sudskoj praksi ostavlja da listu dopunjuje novim, u zakonu neimenovanim pravima osobnosti, u skladu sa shvaćanjima i potrebama društva. To neće biti lak zadatak, pogotovo za sudsku praksu koja je navikla da rješenja ZOO 1978 tretira kao zatvorenu listu neimovinskih šteta. Moraće odrediti ne samo vrste prava osobnosti, nego i sadržaj tih prava. U tome ne kreće od nule, jer su se kroz dugogodišnje priznavanje prava na popravlanje neimovinske štete profilirali stavovi o pojmu i elementima sadržaja nekih prava osobnosti. No, ograničenja subjektivno-objektivne koncepcije neimovinske štete vodila su tome da sudovi nisu ni bili u prilici raspravljati o pojmu nekih prava osobnosti, a naročito ne o nekim elementima sadržaja određenih prava osobnosti.

3. Ugovorna i predugovorna odgovornost za neimovinsku štetu

Jedna od značajnih novosti koje donosi ZOO jest i izričito priznavanje prava na popravlanje neimovinske štete kod **ugovorne odgovornosti**, tj. odgovornosti za neispunjenje ili neuredno ispunjenje ugovorne obveze.⁵³ Po čl. 346. st. 1, vjerovnik ima pravo na naknadu obične štete i izmakle koristi, te *pravičnu naknadu neimovinske štete* koje je dužnik u vrijeme sklapanja ugovora morao predvidjeti kao moguće posljedice povrede ugovora, a s obzirom na činjenice koje su mu tada bile poznate ili morale biti poznate. Time je zakon prihvatio rješenje karakteristično za većinu pravnih sustava,⁵⁴ ali i stav koji je zagovaran u pravnoj teoriji.^{55 56}

Po ZOO 1978 ovo je pitanje bilo sporno. Naime, po st. 1. čl. 266. vjerovnik ima pravo na naknadu *obične štete i izmakle koristi koje je dužnik u vrijeme sklapanja ugovora morao predvidjeti kao moguće posljedice povrede ugovora*. Ako je ugovor povrijeđen težim oblicima krivnje, ima pravo na *cjelokupnu štetu*, tj. i na nepredvidivu (st. 2. čl. 266.). Ovakva je odredba otvarala mogućnost dvojakog tumačenja. Mogao se braniti stav da i kod ugovorne odgovornosti postoji mogućnost naknađivanja neimovinske štete, i to pozivanjem na čl. 262. koji govori o pravu vjerovnika *na naknadu štete koju je pretrpio*, ne precizirajući o kojim se oblicima štete radi. Osim toga, čl. 269. određuje da će se na naknadu ove štete, ako nije

⁵³ Pravila o ugovornoj odgovornosti za štetu primjenjuju se ne samo u slučaju povrede obveze koja potječe iz ugovora, nego i na slučajeve povrede obveze koja proizlazi iz nekog drugog izvora (st. 5. čl. 346. ZOO).

⁵⁴ Više vidi: **Klarić, P.**, Ugovorna odgovornost za nematerijalnu štetu, u: *Odštetno pravo* (**Klarić, P.**), Narodne novine, Zagreb, 1996, str. 207, (dalje: **Klarić**, Ugovorna); **Radolović**, Pravo, str. 136-137; **Radolović, A.**, Naknada neimovinske štete zbog povrede ugovora, u: *Naknada štete u primjeni novog Zakona o obveznim odnosima* (redakcija: **Klarić, P.**), Narodne novine, Zagreb, 2005, str. 89-105. (dalje: **Radolović**, Naknada).

⁵⁵ Tako vidi: **Klarić**, Ugovorna, str. 228-231; **Vizner II**, str. 1084; **Đorđević, Ž.**, Komentar Zakona o obligacionim odnosima, (redaktori: **Perović, S.** – **Stojanović, D.**), Knjiga prva, Kragujevac, 1980, str. 757. i 770, (dalje: **Đorđević**); **Slakoper, Z.**, Odgovornost dužnika za štetu zbog povrede ugovora, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 23, br. 1, 2002, str. 113-143.

⁵⁶ Osim ove opće odredbe kojom se priznaje pravo na popravlanje neimovinske štete za sve ugovore obveznog prava, ZOO u čl. 697, uređujući ugovor o prijevozu putnika, posebnom normom predviđa odgovornost i za neimovinsku štetu „...koja nastane oštećenjem zdravlja, ozljedom ili smrću putnika..“.

drukčije propisano, primjenjivati odredbe o naknadi izvanugovorne štete. Iz toga se zaključivalo da se i kod ugovorne odgovornosti naknađuje neimovinska šteta, jer odredbe o deliktnoj odgovornosti štetu definiraju kao imovinsku i neimovinsku (čl. 155).⁵⁷

No, bez obzira koliko je opravdano priznati i kod ugovorne odgovornosti pravo na neimovinsku štetu, zaključak da su ova pravila pravna osnova za to teško je braniti. Naime, st. 1. čl. 266. koji uređuje *opseg naknade štete* izričito govori o *običnoj šteti* i *izgubljenoj dobiti*, a to su, po čl. 155. vrste *imovinske štete*. Ova je odredba jasna i zatvorena i teško je drukčije tumačiti. Ni st. 2. ne daje osnov za ovakvo tumačenje iako govori o pravu na *cjelokupnu štetu*. Razlika u opsegu naknade štete po st. 1. i st. 2. čl. 266. je u tome naknađuje li se samo predvidiva ili i nepredvidiva šteta, a ne može se st. 2., odnosno formulacija *cjelokupna šteta* tumačiti tako da za razliku od st. 1. obuhvaća i neimovinsku štetu.

I sudska je praksa u vrijeme važenja ZOO 1978 u pravilu odbijala zahtjeve za naknadu ugovorne neimovinske štete.⁵⁸ Takav je stav bio posljedica ne samo tumačenja čl. 262. i 266, nego još više duboko ukorijenjenog tradicionalnog shvaćanja da je imovinski interes nužna pretpostavka postojanja i valjanosti ugovorne obveze. No, u usporednom se pravu sve više priznaje da ugovor ne mora imati samo funkciju instrumenta razmjene i stjecanja imovinskih dobara/koristi, već da se njime mogu ostvarivati i neimovinski interesi. Osim toga, nesporno je da povredom ugovora vjerovnik može pretrpjeti i neimovinsku štetu, bez obzira je li predmet činidbe imovinsko ili neimovinsko dobro. Isto tako, temeljna načela obveznog prava, posebno načelo zabrane uzrokovanja štete, kao temelj i deliktne i ugovorne odgovornosti, zahtijevaju da pojam štete bude jedinstven za sve obvezne odnose. Povreda ugovora je protupravna radnja koja se suštinski ne razlikuje od protupravne radnje kao pretpostavke za nastanak civilnog delikta i nema opravdanja da dužnik koji je vrijeđajući ugovor, postupio protupravno ne odgovara za sve štete koje se priznaju u odštetnom pravu.

Stoga treba pozdraviti rješenje st. 1. čl. 346. ZOO koje je otklonilo nepotrebno i zastarjelo ograničenje rješenja ZOO 1978. Uključivanje neimovinske štete u krug šteta i kod ugovorne odgovornosti posljedica je primjene objektivne koncepcije neimovinske štete.⁵⁹ No, pravo na pravičnu naknadu neimovinske štete kod ugovorne odgovornosti ipak nije po opsegu isto kao kod deliktne, jer se u pravilu odgovara samo za predvidivu štetu. Što se tiče načina popravljanja neimovinske štete nastale povredom ugovora, ZOO ne sadrži posebna pravila, te se analogno primjenjuju odredbe o popravljanju neimovinske štete kod delikata (čl. 1099.-1106.).⁶⁰ Dakle moguća je nenovčana satisfakcija i pravična novčana naknada.⁶¹ No, nažalost formu-

⁵⁷ Klarić, Ugovorna, str. 228-231, i Vizner II, str. 1084; Đorđević, str. 757-758.

⁵⁸ Više vidi: Klarić, Ugovorna, str. 231.

⁵⁹ Tako vidi i Radolović, Pravo, str. 163.

⁶⁰ To proizlazi iz odredbe čl. 349. ZOO koja upućuje na primjenu pravila o deliktnoj odgovornosti.

⁶¹ Tako vidi i Radolović, Naknada, str. 112-113.

lacija st. 1. čl. 346. može izazvati i drukčija tumačenja. Naime, govori se o pravu na *pravičnu naknadu neimovinske štete*, što omogućava zaključak da je zakonodavac imao na umu samo pravičnu novčanu naknadu. No, za takvo ograničenje nema razloga, već i ovdje treba dopustiti mogućnost odvojene ili kombinirane uporabe obje sankcije.

U pogledu *predugovorne odgovornosti (culpa in contrahendo)* ni ZOO 1978 ni ZOO ne određuju izričito krug reparabilnih šteta. Čl. 30. ZOO 1978 određuje da strana koja je vodila pregovore bez namjere da sklopi ugovor ili je odustala od pregovora bez osnovanog razloga odgovara drugoj strani za time uzrokovanu štetu. Ni u literaturi ni u sudskoj praksi, nema naznaka da se propis tumačio na način da odgovornost obuhvaća i neimovinsku štetu.

ZOO predugovornu odgovornost definira mnogo šire, tj. ovakva odgovornost postoji za svaku štetu koja je posljedica vođenja ili prekida pregovora *protivno načelu savjesnosti i poštenja*. Osim toga, kao oblik *culpe in cotrahendo* određuje tzv. povredu odnosa povjerenja (čl. 251). Za razliku od pravila o ugovornoj odgovornosti, ovdje ZOO posebno ne navodi da se odgovara i za neimovinsku štetu. No, u literaturi se ističe da se, s obzirom na definiranje *culpe in contrahendo* kao povrede savjesnosti i poštenja, te na izričito prihvaćanje ugovorne odgovornosti za neimovinsku štetu, ova odgovornost podrazumijeva.⁶² Takav je zaključak u svjetlu ostalih odredbi ZOO koje uređuju odgovornost za štetu, jedini mogući. Naime, ako je zakon izričito i kod deliktne i kod ugovorne odgovornosti u krug reparabilnih šteta uključio i neimovinsku štetu, onda se i pojam štete iz čl. 251. mora tako tumačiti. Predugovorna odgovornost je po temeljnim obilježjima bliska deliktnoj odgovornosti,⁶³ i stoga nema razloga da se opseg štete ovdje shvaća drukčije. A čak ako se smatra da se ovdje ne radi o „pravom“ deliktu, već o specifičnoj odgovornosti povezanoj s ugovornim pravom, izričito prihvaćanje odgovornosti za neimovinske štete kod ugovorne odgovornosti upućuje na isti zaključak.

⁶² Tako: **Klarić, P.**, Neimovinska šteta pravne osobe, u: Naknada štete u primjeni novog Zakona o obveznim odnosima (red: **Klarić, P.**), NN, Zagreb, 2005, str. 66. (dalje: **Klarić**, Neimovinska). Isto i **Baretić**, str. 469.

⁶³ Neki drže da je riječ o deliktnoj odgovornosti (**Perović, S.**, u: Komentar Zakona o obligacionim odnosima, (red.: **Perović, S. – Stojanović, D.**), Knjiga prva, Kragujevac, 1980, str. 196.), a drugi da se radi o specifičnoj odgovornosti koja je „*povreda očekivanog ispravnog ponašanja pregovarača*“ (**Vizner, I.**, str. 168-169).

4. Popravljanje neimovinske štete

4.1. Popravljanje neimovinske štete po ZOO 1978

ZOO 1978 osim prava na preventivnu zaštitu od budućih povreda prava osobnosti, predviđa dva načina popravljanja neimovinske štete. Po čl. 199, u slučaju povrede prava osobnosti sud može narediti, na trošak štetnika, objavljivanje presude, odnosno ispravka, ili narediti da štetnik povuče izjavu kojom je povreda učinjena, ili što drugo čime se može ostvariti svrha koja se postiže naknadom. Drugi način je novčana naknada (čl. 200-202) za fizičke i duševne boli i strah. Pravo na pravičnu novčanu naknadu postoji samo ako sud nađe da „*okolnosti slučaja, a osobito jačina bolova i straha i njihovo trajanje to opravdavaju*“.⁶⁴ Sud će pri odlučivanju o zahtjevu za naknadu i o njenoj visini voditi računa o značenju povrijeđenog dobra i cilju kome služi naknada, ali i o tome da se njome ne pogoduje težnjama koje nisu spojive s njezinom prirodom i društvenom svrhom (st. 2. čl. 200.). Čl. 201. određuje krug osoba koje imaju pravo na naknadu za duševne boli zbog smrti i teškog invaliditeta bliske osobe. Novčana i nenovčana satisfakcija mogu se kumulirati, a mogu se naknađivati i buduće neimovinske štete, ako je izvjesno da će neimovinska šteta trajati i u budućnosti.

4.2. Popravljanje neimovinske štete po ZOO

Iako se na prvi pogled čini da odredbe ZOO o popravljanju neimovinske štete u odnosu na odredbe ZOO 1978 nisu mnogo izmijenjene, usvajanje objektivne koncepcije neimovinske štete dovelo je do velikih promjena. Osim toga, zakonodavac je iskoristio priliku da neka pravila dopuni i izmjeni u skladu sa stavovima sudske prakse.

Popravljanje neimovinske štete uređeno je u čl. 1099-1106. i izmijenjen je naziv odjeljka. ZOO 1978 odjeljak naziva *Naknada neimovinske štete*, a ZOO *Popravljanje neimovinske štete*, što je dobrodošla izmjena, iako samo terminološka, a ne suštinska.⁶⁵ ZOO zadržava i mogućnost zabrane buduće povrede prava osobnosti (čl. 1048), te nenovčano (čl. 1099) i novčano (čl. 1100-1106) popravljanje štete. Kao i po ZOO 1978, svi oblici sankcija mogu se kombinirati, a naknađuje se i buduća šteta (čl. 1104).

⁶⁴ Više o tumačenju ovih kriterija u sudskoj praksi, vidi: **Grbin I.**, Orijentacijski kriteriji Vrhovnog suda RH za utvrđivanje visine pravične novčane naknade neimovinske štete, u: *Naknada neimovinske štete, Pravno medicinski okvir, Inženjerski biro, Zagreb, 2009, str. 26-55.* (dalje: Grbin, Orijentacijski).

⁶⁵ Termin *naknada* nije pogodan za neimovinske štete, jer se one nikada ne „naknađuju“ kao imovinske štete kod kojih novčana naknada u pravilu odgovara vrijednosti povrijeđenog dobra. Kada se neimovinske štete popravljaju nenovčanom satisfakcijom, to nije naknada, nego uspostavljanje prijašnjeg stanja, a kada se daje novčana satisfakcija ona opet nije „naknada“, jer osobna dobra nemaju cijenu.

Osim ZOO, i drugi propisi predviđaju neke načine popravljjanja neimovinske štete u posebnim oblastima. Primjerice, po čl. 22. Zakona o medijima, neimovinska šteta popravlja se nenovčano (objavljivanjem ispravka i isprikom) i novčano (u skladu s ZOO); po čl. 28. st. 1. Zakona o sudovima⁶⁶ stranka kojoj je povrijeđeno pravo na suđenje u razumnom roku ima pravo na primjerenu novčanu naknadu neimovinske štete,⁶⁷ itd.

Treba napomenuti da se, za razliku od imovinske, neimovinska šteta zbog prirode povrijeđenog dobra nikada ne može u potpunosti popraviti uspostavljanjem prijašnjeg stanja. Naime, ni oni načini popravljjanja neimovinske štete, kao što su objavljivanje ispravka, isprika, povlačenje izjave i sl., kojima se ide za naturalnim otklanjanjem štetnih posljedica povrede, nikada tu povredu ne otklanjaju u potpunosti, odnosno ne uspostavljaju stanje koje je bilo prije povrede, već eventualno ublažavaju posljedice povrede.

4.2.1. Zahtjev da se prestane s povredom prava osobnosti

Prema čl. 1048. „*svatko ima pravo zahtijevati od suda ili drugoga nadležnog tijela da naredi prestanak radnje kojom se povređuje pravo njegove osobnosti i uklanjanje njome izazvanih posljedica*“. Izmjena u odnosu na čl. 157. ZOO 1978 jest izostavljanje st. 2. čl. 157. koji je davao ovlast sudu da odredi penale u korist povrijeđenog. Smatra se da ova odredba zbog svog penalnog karaktera ne spada u materijalno nego u ovršno pravo.⁶⁸

No, mnogo značajnija je što se može zahtijevati ne samo prestanak budućih povreda prava osobnosti (zahtjev na propuštanje), nego i uklanjanje posljedica dosadašnjih povreda. Iako se u literaturi ističe⁶⁹ da je time otklonjen nedostatak čl. 157. ZOO 1978 koji je „...ograničavajuće uređivao ovlasti suda prema zahtjevu“, ova izmjena otvara neka pitanja. Naime, po ZOO 1978 radilo se samo o preventivnom zahtjevu, jer pravo na penale nije imalo funkciju popravljjanja štete, nego funkciju sredstva prisile prema štetniku da se suzdrži od smetanja. Sada tužitelj ima pravo zahtijevati i otklanjanje već nastalih posljedica povrede. Što to znači, zakon ne precizira, ali jezično i logično tumačenje upućuje da je „*uklanjanje posljedica*“ popravljjanje već nastale štete.⁷⁰ Postavlja se pitanje svrishodnosti te odredbe, jer

⁶⁶ NN, br. 150/05; 16/07; 113/08; 153/09; 116/10; 27/11.

⁶⁷ U pravnoj teoriji se smatra da je ovdje riječ o pravu na pravičnu novčanu naknadu zbog povrede prava na duševno zdravlje (poremećaj duševnog mira u razdoblju neizvjesnosti). Vidi: **Crnić**, *Odštetno*, str. 639.

⁶⁸ Tako vidi: **Klarić**, *Naknada*, str. 15.

⁶⁹ Vidi: **Gorenc**, V., *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, RRiF, Zagreb, 2005, str. 1622. (dalje: **Gorenc**).

⁷⁰ Popravljjanje štete (i imovinske i neimovinske) definira se u pravnoj teoriji kao: „...**uklanjanje, nadživanje ili ublažavanje štetnih posljedica koje su nastale zbog neke štetne radnje**.“ Vidi: **Crnić**, **I.**, *Pravo fizičke osobe na popravljjanje neimovinske štete*, u: *Naknada štete u primjeni novog Zakona o obveznim odnosima* (redakcija: **Klarić**, **P.**), *Narodne novine*, Zagreb, 2005., str. 9. (dalje: **Crnić**, *Pravo*).

zakon već sadrži pravila o popravljaju neimovinske štete (čl. 1099-1106). Štoviše, kada zakon uređuje pravičnu novčanu naknadu kao način *popravljanja štete*, ne daje oštećeniku to pravo bezuvjetno, već samo ako se ispune kvalifikatorne okolnosti⁷¹, a pravo na *uklanjanje posljedica* iz čl. 1048. je bezuvjetno, što bi značilo da oštećenik ima ovo pravo uvijek, bez obzira na okolnosti slučaja i težinu povrede. Ili je možda zakonodavac pod *uklanjanjem posljedica* imao na umu samo nenovčano popravljavanje štete? Ali, u velikom broju slučajeva neimovinska se šteta ne može uopće popravljati nenovčanim načinima, a i onda kada je takva sankcija moguća ona nikada u potpunosti ne popravља штету. Naravno, ni pravična novčana naknada ne može „popraviti“ oštećena neimovinska dobra. Ali, to je uz, nenovčanu naknadu, jedini način „popravljanja“, odnosno „uklanjanja štetnih posljedica“ koji postoji.

No, bez obzira što je zakonodavac imao na umu, problematično je udvostručavanje sankcija. To posebno i stoga što je po objektivnoj koncepciji neimovinske štete već povreda prava osobnosti neimovinska šteta, pa se ovo pravo na *uklanjanje posljedica* povrede iz čl. 1048. ne može razumjeti drukčije, nego kao popravljavanje te štete. Bilo bi logičnije da je čl. 1048. ostao na razini preventivskog zahtjeva, a popravljavanje štete da je isključivo regulirano čl. 1099-1106. To je posebno nužno i stoga što je pravo na preventivski zahtjev specifična zaštita koju treba strogo razlikovati od odgovornosti za štetu. To je zahtjev koji ima za cilj spriječavanje daljeg vrijeđanja. Hoće li onaj tko vrijeđa pravo osobnosti ujedno i odgovarati za uzrokovanu štetu, ovisi od toga jesu li ispunjene pretpostavke za nastanak deliktne ili ugovorne odgovornosti. U pravilu će to značiti da se zahtijeva i krivnja štetnika (osim za slučajeve objektivne odgovornosti). Suprotno, preventivski zahtjev iz čl. 1048. trebao bi biti uspješan i protiv osoba koje mogu dokazati svoju nekrivnju. Dovoljno bi trebalo biti da je povreda prava osobnosti nedopuštena. A ako osoba koja ima preventivski zahtjev ujedno ima i pravo na *uklanjanje posljedica* to znači da joj se daje pravo na sankciju iz delikta, iako možda u konkretnom slučaju ne postoje pretpostavke za nastanak deliktne odgovornosti. Dakle, riječ je o dva različita sredstva zaštite osobnih prava i ona po logici stvari moraju ostati odvojena.

4.2.2. Objavlјivanje presude ili ispravka

Što se tiče nenovčanog načina popravljanja neimovinske štete, rješenje ZOO u potpunosti je identično rješenju ZOO 1978. Čl. 1099. ZOO određuje da „U slučaju povrede prava osobnosti oštećenik može zahtijevati, na trošak štetnika, objavljivanje presude, odnosno ispravka, povlačenje izjave kojom je povreda učinjena, ili što drugo čime se može ostvariti svrha koja se postiže pravičnom novčanom naknadom.“

⁷¹ „...ako nađe da to težina povrede i okolnosti slučaja opravdavaju...“.

4.2.3. Pravična novčana naknada

U uređenju prava na novčano popravljjanje neimovinske štete došlo je do velikih promjena, što je uglavnom posljedica prihvaćanja objektivne koncepcije neimovinske štete. Naime, pravo na pravičnu novčanu naknadu više ne daju pretrpljeni bolovi i strah, nego objektivna povreda prava osobnosti. Isto tako, ZOO posebno regulira pravo pravne osobe na pravičnu novčanu naknadu. Na terminološkoj razini ZOO inzistira na sintagmi *pravična novčana naknada*, dok se u ZOO 1978 ponekad koristi taj naziv, a ponakad naziv „*novčana naknada*“. Time su redaktori ZOO željeli naglasiti da je riječ o načinu popravljjanja štete koji se razlikuje od novčane naknade imovinske štete. Naime, neimovinska se šteta nikada ne može naknaditi u novcu, jer se sastoji u povredi dobara koja nemaju „cijenu“.

4.2.3.1. Pravo fizičke osobe na pravičnu novčanu naknadu

Najznačajnija izmjena pravila o novčanom popravljjanju neimovinske štete u odnosu na ZOO 1978, proizlazi iz činjenice što fizičke i duševne boli i strah nisu vrste šteta, nego je to već sama povreda prava osobnosti. Stoga st. 1. čl. 1100. određuje: „*U slučaju povrede prava osobnosti sud će, ako nađe da to težina povrede i okolnosti slučaja opravdavaju, dosuditi pravičnu novčanu naknadu, nezavisno od naknade imovinske štete, a i kad nje nema.*“ Dakle, da bi dokazao postojanje neimovinske štete oštećenik više ne mora dokazati postojanje boli i straha, već je dovoljno dokazati objektivnu povredu prava osobnosti.

Kriteriji za utvrđivanje prava na pravičnu novčanu naknadu: Postojanje neimovinske štete nije dovoljno da se dobije pravična novčana naknada, već je potrebno da se ispune dvije pretpostavke čije postojanje „*opravdava*“ dosuđenje naknade: - težina povrede; - okolnosti slučaja. Dakle, ZOO je zadržao kriterije iz ZOO 1978, samo što se oni više ne primjenjuju na bolove i strah, nego na bilo koju povredu bilo kojeg prava osobnosti. U prvoj fazi postupka sud mora utvrditi postojanje ovih pretpostavki za dosuđenje naknade.

Kriterij „*težine povrede*“ u zakonu nije definiran, pa se ostavlja veliki prostor sudskoj diskreciji. Zahtijeva da se utvrdi minimalna težina ispod koje nema opravdanja za dosuđenje pravične novčane naknade. U praksi to znači da su sudovi upućeni na stavove vještaka, te da se moraju utvrditi tabele (stupnjevi) težine povreda svih prava osobnosti. Kako težina povrede mora utjecati i na visinu pravične novčane naknade, tabele moraju biti višestupanjske, a unutar svakog stupnja ostavljati prostora za individualizaciju po okolnostima slučaja.⁷² No, kako je težina povrede bila pretpostavka za utvrđivanje prava na pravičnu novčanu naknadu i po ZOO 1978, takve su tabele postojale i prije donošenja ZOO. U Hrvatskoj takvu je skalu izradio (temeljem mišljenja vještaka i prakse županijskih sudova) i primjenjivao Vrhovni sud. Riječ je o *Orijentacijskim kriterijima i iznosima za utvrđivanje visine pravične*

⁷² Tako vidi: Klarić, Naknada, str. 16. sq.

*novčane naknade nematerijalne štete.*⁷³ Svrha utvrđivanja Orijentacijskih kriterija bila je ujednačavanje sudske prakse radi zaštite načela jednakosti pred sudom.⁷⁴ No, kako su utvrđeni u vrijeme važenja ZOO 1978, njima se utvrđuju stupnjevi jačine i trajanja boli i straha.⁷⁵ Po ZOO boli i strah više nisu pojmovno neimovinska šteta, već je to svaka povreda prava osobnosti, što znači da treba utvrditi tabele težine povrede svakog prava osobnosti.

Druga pretpostavka priznavanja prava na pravičnu novčanu naknadu su „*okolnosti slučaja*“ koje je opravdavaju. To su npr. stupanj krivnje štetnika, ponašanje štetnika prema oštećeniku, odnos prema učinjenoj povredi, imovinske prilike oštećenika i štetnika, i sl.

Kriteriji za utvrđivanje visine pravične novčane naknade: U drugoj fazi odlučivanja, tj. nakon utvrđenja da zbog *težine povrede i okolnosti slučaja* postoji pravo na pravičnu novčanu naknadu, sud mora utvrditi **visinu naknade**. Za utvrđivanje visine naknade st. 2. čl. 1100. ZOO određuje: *Pri odlučivanju o visini pravične novčane naknade sud će voditi računa o jačini i trajanju povredom izazvanih fizičkih boli, duševnih boli i straha, cilju kojemu služi ta naknada, ali i o tome da se njome ne pogoduje težnjama koje nisu spojive sa njezinom naravi i društvenom svrhom.* Dakle, fizičke i duševne boli i strah nisu više samostalni oblici neimovinske štete, već su neke od kvalifikatornih okolnosti o kojima sud vodi računa pri utvrđivanju visine naknade. Zakonska odredba je jasna i moguć je samo takav zaključak. Boli i strah sami za sebe nisu neimovinska šteta, niti je njihovo nastupanje preduvjet nastanka te štete. Neimovinska šteta može nastati i kada nema boli i/ili straha.⁷⁶ Uvjeti da bi se za takvu štetu mogla dosuditi pravična novčana naknada (ne i neimovinska sankcija) su određeni stupanj težine povrede i ostale okolnosti. A trajanje i jačina boli i straha, ako su pretrpljeni, samo su jedno od zakonom predviđenih mjerila za određivanje visine te naknade. Prema tome, uloga kategorija „boli“ i „straha“ potpuno je promijenjena u odnosu na ZOO 1978. Ni njihovo postojanje ni njihov intenzitet i trajanje nisu više pretpostavke za naknadu štete.

No, njihova uloga u okviru instituta pravične novčane naknade i dalje ostaje značajna, i to ne samo kao mjerila pri utvrđivanju visine naknade. Naime, u najvećem broju slučajeva povrede prava osobnosti kao posljedice povrede kod oštećenika nastupaju subjektivne senzacije u obliku boli i straha. To znači da su boli i strah, u

⁷³ Prihvaćeni na sjednici Građanskog odjela VS RH 29. 11. 2002. Tekst vidi u: Naknada nematerijalne štete po ZOO - Pravni i medicinski aspekti (ur.: **Crnić, I.**), Organizator, Zagreb, 2003, str. 155-160.

⁷⁴ Slični kriteriji (tabele) postoje i u drugim pravima. Više vidi: **Klarić**, Naknada, str. 18.-21; **Ćurković, M.**, Oblici nematerijalne štete i kriteriji za određivanje naknade, u: Naknada nematerijalne štete po Zakonu o obveznim odnosima - Pravni i medicinski aspekti, (urednik: **Crnić, I.**), Organizator, Zagreb, 2003, str. 53-90.

⁷⁵ Više o primjeni Orijentacijskih kriterija prema ZOO 1978, vidi: **Grbin**, Orijentacijski, str. 26-50.

⁷⁶ Npr., ako je riječ o oštećeniku koji nije u stanju osjećati fizičku bol (komatozno ili nesvjesno stanje, neosjetljivost na bol i sl.), ili zbog ograničenih psihičkih sposobnosti ne shvaća posljedice povrede, pa ne osjeća duševnu bol, ili se radi o povredi takvog prava osobnosti kod koje svaka osoba ne mora osjećati duševne boli.

velikom broju slučajeva pravno relevantna činjenična podloga u utvrđivanju težine povrede, kao pretpostavke prava na pravičnu novčanu naknadu.⁷⁷ Npr., u određivanju je li tjelesna povreda (kao povreda prava na fizičko zdravlje) takva da njena težina opravdava pravičnu novčanu naknadu relevantno će biti i to koliko trajne i intenzivne fizičke boli izaziva povreda i to kod konkretnog oštećenika. Stoga i sudska praksa po ZOO 1978, a naročito Orijentacijski kriteriji, ne gube značenje ni po ZOO. No, nemaju više isti značaj. Ranije su u svakom slučaju određivali činjenicu postojanja neimovinske štete za koju se može dati pravična novčana naknada (bili su relevantni i za utvrđivanje visine naknade), a sada služe za procjenu postojanja, trajanja i intenziteta bola i straha, kao jedne od činjenica koja će, u određenim slučajevima, biti relevantna za utvrđivanje težine povrede i visine naknade.

Druga kvalifikatorna okolnost za utvrđivanje visine pravične novčane naknade po st. 2. čl. 1100. jest „cilj kojem služi naknada, te da se njome ne pogoduje težnjama koje nisu spojive s njezinom naravi i društvenom svrhom.“ Formulacija je preuzeta iz čl. 200. ZOO 1978, no razlika je u tome što je po ZOO 1978 to bio kriterij i za utvrđivanje prava na naknadu i za utvrđivanje visine naknade. Iako na prvi pogled može izgledati da zakon ovom formulacijom postavlja dva odvojena kriterija, riječ je o jedinstvenom zahtjevu da se prilikom utvrđivanja visine naknade vodi računa o pravno-politički i društveno prihvatljivom cilju naknade. Jer cilj (društvena svrha) naknade određuje i njenu pravnu narav, pa i visina mora odgovarati postizanju tog cilja, inače je nespojiva s pravnom naravi i može pogodovati ostvarenju drugih težnji.⁷⁸ Zakon ne definira cilj naknade već to ostavlja sudskoj praksi i teoriji. One se kod nas najčešće opredjeljuju za tzv. satisfakcijsku funkciju, smatrajući da je cilj naknade pribaviti oštećeniku neka druga dobra i zadovoljstva kako bi ublažio posljedice povrede, tj. povratio poljuljanu duhovnu ravnotežu.⁷⁹ Ne ulazeći u teorijske i praktične probleme vezane uz moguće funkcije pravične novčane naknade, napominjemo da moderna pravna teorija osnovano ukazuje na ograničenja, loše strane, pa i pravne nelogičnosti svođenja mogućih funkcija ove naknade na satisfakcijsku. Posebno se ističe važnost kompenzacijske, ali i preventivne funkcije pravične novčane naknade.⁸⁰

ZOO 1978 kao kriterij pri odlučivanju o postojanju prava na naknadu i o njenoj visini navodi i „značenja povrijeđenog dobra“ (st. 2. čl. 200.). U ZOO taj se kriterij ne navodi, no smatramo da je bitan već pri utvrđivanju težine povrede, a mora utjecati i na visinu naknade. Naime, sva neimovinska dobra kao objekti prava

⁷⁷ Tako vidi: **Crnić**, Odštetno, str. 641-642; **Klarić**, Naknada, str. 16. sq.

⁷⁸ Odredba po kojoj visina naknade mora biti takva da „ne pogoduje težnjama koje nisu spojive sa njezinom naravi i društvenom svrhom“ koristi se u sudskoj praksi i po starom i po novom ZOO kao korektiv, tj. „prepreka prodiru lukativnosti i komercijalizacije u to pravno područje.“ (tako: **Crnić**, Odštetno, str. 644.).

⁷⁹ Tako vidi: **Toroman, M.**, u: Komentar Zakona o obligacionim odnosima (redaktori: **Blagojević, B.** – **Krulj, V.**), I. knjiga, drugo izdanje, Savremena Administracija, Beograd, 1983, str. 739-742; **Crnić**, Odštetno, str. 642; **Vizner, II**, str. 918-919; **Grbin**, Orijentacijski, str. 27.; **Stojanović**, str. 599.-603.

⁸⁰ Više o funkcijama pravične novčane naknade vidi: **Baretić**, str. 188-495.

osobnosti nemaju isti značaj i stoga bi i ovaj čimbenik trebao utjecati na odluku suda. Pri tome bi sud morao utvrđivati ne samo društveno shvaćanje o vrijednosti pojedinog dobra, već uzimati u obzir i značenje koje dobro ima za konkretnog oštećenika. Tako je postupala dosadašnja sudska praksa, a implicite su shvaćanja o značaju povrijeđenog dobra inkorporirana i u Orijentacijske kriterije VS RH.

Krug osoba koje imaju pravo na pravičnu novčanu naknadu u slučaju smrti i osobito teškog invaliditeta: Značajna izmjena jest i intervencija u određivanje kruga osoba koje imaju pravo na pravičnu novčanu naknadu zbog smrti ili teškog invaliditeta bliske osobe. Po čl. 201. ZOO 1978 u slučaju smrti pravo na naknadu za pretrpljene duševne boli imali su bračni drug, djeca i roditelji, a braća i sestre ako je između njih i umrloga postojala trajnija zajednica života. U slučaju naročito teškog invaliditeta to pravo su imali bračni drug, djeca i roditelji. U obje situacije pravo na naknadu imao je i vanbračni drug ako je postojala trajnija zajednica života. Iako po čl. 201. osobe izvan ovog kruga nisu imale pravo na naknadu, sudska je praksa pokazala sklonost ka širem tumačenju, posebno u slučaju smrti. Tako se često priznaje ovo pravo očuhu i maćehi u slučaju smrti pastorka i obrnuto, te bakama i djedovima u slučaju smrti unuka i obrnuto.⁸¹

ZOO dijelom prihvaća ovu sudsku praksu, a dijelom ide i dalje. Po st. 1. i 2. čl. 1101. *u slučaju smrti ili osobito teškog invaliditeta neke osobe pravo na pravičnu novčanu naknadu neimovinske štete imaju članovi njezine uže obitelji (bračni drug, djeca i roditelji), a takva se naknada može dosuditi i braći i sestrama, djedovima i bakama, unučadi, te izvanbračnom drugu, ako je između njih i umrlog, odnosno ozlijeđenog postojala trajnija zajednica života.*

ZOO je dakle otklonio razlikovanje kruga posrednih oštećenika ovisno o vrsti povrede (smrt ili teški invaliditet). Zatim, izričito je priznato pravo na naknadu **djedovima i bakama i unučadi** međusobno, u slučaju postojanja trajnije zajednice života. U tom segmentu otišao je dalje od sudske prakse po ZOO 1978, koja je zahtijevala da je između djedova i baka i unučadi postojao odnos jednak odnosu roditelji-dijete. To znači da su naknadu mogli dobiti samo ili roditelji ili djedovi i bake. Sada je dovoljna trajnija zajednica života između unučadi i djedova i baka, što znači da naknadu mogu dobiti u istom slučaju i roditelji i djedovi i bake.

Pravila o pravu **izvanbračnog druga** na naknadu ostala su ista, tj. zahtijeva se *trajnija zajednica života*. No, ovo pravilo otvara neka pitanja. Naime, propisivanja uvjeta trajnije zajednice života izvanbračnih drugova u ZOO 1978 bilo je opravdano, jer nije postojala zakonska definicija izvanbračne zajednice. Kako je sada Obiteljski zakon definira,⁸² ovo se pravilo ZOO može različito tumačiti. Može se smatrati da

⁸¹ Više o sudskoj praksi po ZOO 1978, vidi: Crnić, Zakon, str. 288.-294.; Bukovac Puvača, M., Trend proširenja kruga osoba s pravom na novčanu naknadu u poredbenom i našem pravu kao oblik popravljivanja neimovinske štete u slučaju smrti bliske osobe, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, (1991) vol. 28, br. 1, (2007), (dalje: Bukovac Puvača), str. 528-531.

⁸² Čl. 3. Obiteljskog zakona: „Životna zajednica neudane žene i neoženjenog muškarca koji ne žive u drugoj izvanbračnoj zajednici, koja traje najmanje tri godine ili kraće ako je u njoj rođeno zajedničko dijete.“

je uvjet trajnije zajednice života suvišan, jer Obiteljski zakon za postojanje te zajednice zahtijeva, između ostaloga, i najmanje 3 godine zajedničkog života. No, s druge strane Obiteljski zakon ne traži 3 godine zajedničkog života ako je u zajednici rođeno zajedničko dijete. Znači li to da izvanbračni drug u ovakvoj situaciji (zajedničko dijete, kratkotrajna zajednica života) nema pravo na pravičnu novčanu naknadu? Osim toga, Obiteljski zakon za postojanje izvanbračne zajednice zahtijeva i druge pretpostavke, tj. da su žena i muškarac neudani/neoženjeni i da ne žive u drugoj izvanbračnoj zajednici. To znači, ako je za primjenu odredbe st. 2. čl. 1101. relevantna definicija iz čl. 3. Obiteljskog zakona, da postojanje braka barem jednog od partnera isključuje mogućnost da budu u pravno priznatoj izvanbračnoj zajednici, bez obzira na trajanje. Prema tome, ako je za tumačenje pojma izvanbračnog druga u čl. 1101. ZOO relevantna definicija Obiteljskog zakona, onda je propisivanje dodatne pretpostavke *trajnije zajednice života* suvišno u situaciji kada u zajednici nije rođeno zajedničko dijete, a čak pravno-politički štetno za situacije kada je dijete rođeno. Dakle, ako je zakonodavac pod izvanbračnom zajednicom imao na umu pojam te zajednice iz Obiteljskog zakona, bilo bi bolje da ovaj uvjet nije uopće odredio. Drugo moguće tumačenje je da definicija Obiteljskog zakona nije relevantna, već da je za postojanje izvanbračne zajednice u smislu st. 2. čl. 1101. dovoljna emocionalna, seksualna i egzistencijalna povezanost i *trajnja zajednica života*. Tada bi naknadu bilo moguće dosuditi i partnerima koji ostvaruju ove uvjete, iako npr. brak jednoga od njih nije prestao. U teoriji se smatra da vjerovatno naša sudska praksa neće biti sklona ovom tumačenju, tj. da će se držati formalnopravnih kriterija Obiteljskog zakona.⁸³

Čl. 1101. st. 3. pravo na pravičnu novčanu naknadu daje i roditeljima u slučaju gubitka *začetog, a nerođenog djeteta*, prihvaćajući stav ranije sudske prakse.⁸⁴

Iako nije navedeno u ZOO, pravo na naknadu između posvojenika, s jedne, i očuha i maćehe, s druge strane, također priznato u ranijoj sudskoj praksi, sada je nespor, no jer tako proizlazi iz čl. 143. Obiteljskog zakona.^{85 86}

4.2.3.2. Pravo pravne osobe na pravičnu novčanu naknadu

U skladu s objektivnom koncepcijom neimovinske štete, ZOO izričito priznaje i pravnoj osobi pravo na zaštitu prava osobnosti, tj. daje joj pravo na popravlj-

⁸³ Tako vidi: **Bukovac Puvača**, str. 534.

⁸⁴ Vidi: VSRH, Rev-1446/1998-2, od 26. ožujka 2003., <http://sudskapraksa.vsrh.hr>.

⁸⁵ „*Posvojenjem nastaje između posvojitelja i njegovih srodnika s jedne strane, te posvojenika i njegovih potomaka, s druge strane, neraskidiv odnos srodstva i sva prava i dužnosti koja iz toga proizlaze.*“

⁸⁶ No, u teoriji se čuju kritike koncepta taksativnog određivanja osoba koje imaju pravo naknadu. Smatra se da bi čl. 1101. trebalo dodati novi stavak kojim bi se odredilo da se pravična novčana naknada može dosuditi i „*drugim osobama koje su bile u izuzetno bliskom odnosu s umrlom osobom i koje zbog njezine smrti trpe intenzivne i trajne duševne boli.*“ Time bi se omogućilo da naknada pripada, npr., braći i sestrama i djedovima i bakama iako nije postojala trajnija zajednica života, zetovima i snahama i sl. Tako: **Bukovac Puvača**, str. 534.

janje neimovinske štete i na preventivski zahtjev. Prava osobnosti koja se priznaju pravnoj osobi primjerično su navedena u čl. 19, a sudskoj praksi se prepušta da tu listu dopunjuje drugim pravima koja po prirodi stvari mogu pripadati pravnoj osobi, te da pobliže utvrđuje njihov sadržaj. Uređujući u čl. 1099. pravo na nenovčano popravlanje neimovinske štete, ZOO posebno ne spominje pravne osobe, jer se sankcija primjenjuje jednako na pravne i fizičke osobe. No, kod pravične novčane naknade, zbog specifične prirode pravne osoba, zakonodavac je napravio distinkciju. U st. 3. određuje: „*Za povredu ugleda i drugih prava osobnosti pravne osobe sud će, ako procijeni da to težina povrede i okolnosti slučaja opravdavaju, dosuditi joj pravičnu novčanu naknadu, nezavisno od naknade imovinske štete, a i kad nje nema.*“ Iz odredbe proizlazi da je za konstituiranje prava pravne osobe na pravičnu novčanu naknadu dovoljno da to opravdavaju težina povrede i okolnosti slučaja. Posebnih pravila o kriterijima za utvrđivanje visine naknade nema. Jasno je da je zakonodavac želio isključiti boli i strah kao kriterije za utvrđivanje visine naknade, jer ih pravna osoba ne može trpjeti. No, što je s drugim kriterijem za utvrđivanje visine iz st. 2. čl. 1100., a to je cilj naknade? Ako st. 3. isključivo i potpuno uređuje pravičnu novčanu naknadu za pravnu osobu,⁸⁷ onda kriterij cilja u utvrđivanju visine naknade vrijedi samo ako je oštećenik fizička osoba. Smatramo da nije dobro da visina naknade ne ovisi o ovom pravno-politički opravdanom kriteriju. Naravno, moguće je i tumačenje da se taj dio odredbe st. 2. primjenjuje i na utvrđivanje visine pravnoj osobi.⁸⁸ No, izdvajanjem pravila o pravnoj osobi u poseban stavak, otvaraju se vrata tumačenju da se na pravnu osobu odnosi isključivo st. 3. Stoga bi bilo bolje da je zakon i u st. 3. ponovio kriterij cilja za utvrđivanje visine pravične novčane naknade. Ili još jednostavnije, odredbe o pravičnoj novčanoj naknadi funkcionirale bi i bez st. 3. Naime, postavljanje objektivne koncepcije neimovinske štete u čl. 1046. u vezi s čl. 19. i bez posebne odredbe st. 3. čl. 1100. daje pravo i pravnoj osobi na pravičnu novčanu naknadu. Sve pretpostavke i kriteriji iz st. 1. i 2. čl. 1100. trebali bi biti isti i za fizičke i pravne osobe, s tim da bi po prirodi stvari bilo jasno da se kriterij trajanja i jačine boli i straha odnosi samo na fizičke osobe. Uostalom, ni pri uređivanju nenovčanog popravlanja štete zakon ne apostrofira pravne osobe, ali je jasno da i one imaju pravo na ovu sankciju. Može se razumjeti motiv zakonodavca da posebno naglasi da i pravna osoba ima pravo na pravičnu novčanu naknadu, jer je to novost za naše pravo. No, rješenje je trebalo biti takvo da ne izaziva različita tumačenja u praksi.

⁸⁷ Tako vidi: **Klarić**, *Naknada*, str. 22-23.

⁸⁸ Takav stav zagovara i **Crnić**, *Odštetno*, str. 644. On ističe da su se nejasnoće u utvrđivanju međusobnih odnosa između odredaba pojedinih stavaka čl. 1100. mogle izjeći time da stavci 2. i 3. zamijene redosljed.

4.2.3.3. *Dospjelost obveze pravične novčane naknade*

ZOO 1978 nije odredio trenutak dospjeća obveze plaćanja pravične novčane naknade. Ovaj propust sudska je praksa morala riješiti, posebno zbog određivanja trenutka od kada teku zatezne kamate, te početka roka zastare. Od 1978. primjenjivalo se Načelno mišljenje Vrhovnog suda Jugoslavije, po kojemu je obveza dospijevala u trenutku zahtjeva oštećenika. Početkom 1979. to je mišljenje izmijenjeno i obveza je dospijevala trenutkom uzrokovanja štete, a izmjenom iz 1987, to je bio dan donošenja prvostupanjske presude. Od stupanja na snagu ZOO primjenjuje se čl. 1103.: „Obveza pravične novčane naknade dospijeva danom podnošenja pisanog zahtjeva ili tužbe, osim ako je šteta nastala nakon toga.“ Od tog trenutka teku za dužnika zatezne kamate. Ovim je zakon prihvatio stavove teorije iz razdoblja u kojemu je obveza dospijevala donošenjem prvostupanjske presude. Opravdano se isticalo da se time pogoduje dužniku koji za trajanja prvostupanjskog postupka nije dugovao zatezne kamate. Osim toga, to mu je omogućavalo da bez štetnih posljedica odugovlači postupak.⁸⁹

4.2.3.4. *Nasljeđivanje i ustup tražbine naknade neimovinske štete*

Posljednja promjena u uređenju prava na pravičnu novčanu naknadu izvršena je u pravilima o nasljeđivanju, ustupanju, prijeboju i ovrsi tražbine pravične novčane naknade. Po čl. 204. ZOO 1978, tražbina pravične novčane naknade prelazila je na nasljednike samo ako je u času smrti oštećenika bila priznata pravomoćnom sudskom odlukom ili pisanim sporazumom stranaka. Pod istim uvjetima tražbina je mogla biti predmet ustupanja, prijeboja i ovrhe. Po čl. 1105. ZOO, da bi tražbina pravične novčane naknade prelazila na nasljednike, te mogla biti predmet ustupanja, prijeboja i ovrhe, dovoljno je da je oštećenik podnio pisani zahtjev ili tužbu. Novo je rješenje povoljnije za oštećenikove nasljednike, jer tražbina prestaje biti strogo osobna već podnošenjem sudskog ili izvansudskog zahtjeva. Povoljnije je i za oštećenika, jer je može ranije ustupati i prebijati, a isto tako i za njegove vjerovnike.

⁸⁹ Više o problemu zateznih kamata kod pravične novčane naknade vidi: **Crnić**, Odštetno, str. 716-723.

NON-PROPRIETARY DAMAGE IN CROATIAN OBLIGATIONS ACT**Summary**

The paper analyses liability for non-proprietary damages as regulated by new Croatian Obligations Act (2005) and compares it to provisions of Obligations Act (1978). New solutions are based on the objective concept of non-proprietary damage, and damage is defined as any violation of personal rights. Introduction of the objective concept of non-proprietary damage resulted in recognition of personal rights and right to be indemnified for legal entities. It also led to recognition of liability for non-proprietary damage for breach of contract and in the case of pre-contractual liability. The author analyses other amendments, as the expansion of number of persons entitled to fair monetary compensation of non-pecuniary damage in case of death or disability of a close person, determination of due-date, etc.

Key words: *non-proprietary damage; personal rights; liability for damage.*

NOVA ZAKONSKA PRAVNA VRELA OSIGURANJA U REPUBLICI HRVATSKOJ

Prof. dr sc. Dragan Bolanča

***Apstrakt:** U ovom radu se analiziraju neke značajne promjene koje je hrvatsko pravo osiguranja doživjelo stupanjem na snagu niza novih zakona. Ti zakoni su: Zakon o obveznim odnosima iz 2005. godine, Pomorski zakonik iz 2004. godine, Zakon o obveznim i stvarnopravnim odnosima u zračnom prometu iz 1998. godine, Zakon o obveznim osiguranjima u prometu iz 2005. godine i Zakon o osiguranju iz 2005. godine. Autor zaključuje da se nova zakonska rješenja mogu smatrati uspješnim.*

***Ključne riječi:** Hrvatska, novi zakoni, pravo osiguranja.*

1. UVOD

Osiguranje se tijekom višestoljetnog povijesnog razdoblja pojmovno i sadržajno odredilo kao specifičan obveznopravni posao s vlastitim pravnim obilježjima, koja ga čine bitno različitim od ostalih tipiziranih pravnih poslova.¹ Posebnost poslova osiguranja odrazila se i na njegovo pravno uređenje. Odnosi iz osiguranja uređeni su posebnim pravnim normama, pa za njihovo uređenje tek posredno dolaze do primjene opće norme građanskog prava, odnosno trgovačkog prava, u mjeri u kojoj se ono izdvaja iz građanskog prava. Posebnošću su obuhvaćeni svi elementi gospodarskog sustava osiguranja. To uključuje *inter alia* pravne poslove osiguranja (*ugovorno pravo osiguranja*), statusna pitanja društava za osiguranje (*statusno pravo osiguranja*), organizacijska pitanja nacionalnog i međunarodnog (regionalnog) sustava osiguranja (*organizacijsko pravo osiguranja*), pravo posredovanja i zastupanja u osiguranju (*posredničko osigurateljno pravo*) i kolizijska pravila (*međunarodno privatno pravo osiguranja*). Svi navedeni dijelovi prava osiguranja nisu uređeni

* Проф. др сц. Драган Боланча, редовни професор Правног факултета Свеучилишта у Сплиту.

¹ Poblize **Branko Jakaša**: *Pravo osiguranja*, Zagreb, 1984, str. 37. i dalje, **Predrag Šulejić**: *Pravo osiguranja*, Beograd, 2005, str. 166. i dalje, **Ivica Jankovec – Zoran Miladinović**: *Pravo osiguranja*, Niš, 2006, str. 268. i dalje, **Dragan Mrkšić – Zdravko Petrović – Katarina Ivančević**: *Pravo osiguranja*, Beograd, 2008, str. 149. i dalje.

jedinstvenim zakonskim aktom, već se primjenjuju različita zakonska pravna vrela. U ovom se radu samo ukazuje na osnovne značajke tih vrela.

2. ZAKON O OBVEZNYM ODNOSIMA (dalje – ZOO ‘05.)²

ZOO ‘05. među brojnim drugim ugovornim odnosima, uređuje i obvezno-pravni odnos iz ugovora o osiguranju, pa se te odredbe ubrajaju u ugovorno (imovinsko) pravo osiguranja. Taj je ugovor propisan u Drugom dijelu, Glavi VIII, Odjeljku 2, Odsjeku 27. (čl. 921. – čl. 989.)³ Zakon sva osiguranja dijeli na imovinsko osiguranje i osiguranje od odgovornosti (odštetna osiguranja), te na osiguranje osoba, tj. osiguranje života i osiguranje od nesretnog slučaja (neodštetna osiguranja). Za ta osiguranja zakon sadrži zajedničke i posebne odredbe. Pravne norme ZOO-a ‘05. o osiguranju prisilne su pravne naravi uz ograničenu mogućnost odstupanja od zakonskih odredaba. *Kogentnost je pravilo, a dispozitivnost je predviđena tek iznimno.*⁴ Uređivanjem odnosa iz osiguranja kogentnim odredbama, zakonodavac uspostavlja pravni standard koji vodi računa o interesima jedne i druge strane, općim načelima obveznog prava, te temeljnim načelima pravnog posla osiguranja. Time se omogućava da se pravni poslovi osiguranja odvijaju u pravnim okvirima koje je postavio zakonodavac. Odredbe ZOO-a ‘05. izravno se kao *lex specialis* primjenjuju na sve odnose koji su tim zakonom uređeni. Ipak, odredbama čl. 923.⁵ *isključena* je primjena ZOO-a ‘05. na sljedeća osiguranja:

² Vidi „Narodne novine RH“, br. 35/05. i 41/08. Stupio je na snagu dana 01. siječnja 2006. god., kada je prestao važiti **Zakon o obveznim odnosima** iz 1991. god. („Narodne novine RH“, br. 53/91, 73/91, 111/93, 3/94, 7/96, 91/96, 112/99. i 88/01.) – dalje ZOO ‘91. U čemu se sastoje značajne promjene u materiji ugovora o osiguranju između starog i novog ZOO-a vidi **Dragan Bolanča**: *Ugovor o osiguranju u novom hrvatskom Zakonu o obveznim odnosima*, „Pravna riječ“, Banja Luka, br. 25, 201, str. 105 – 111, **Marijan Ćurković**: *Ugovor o osiguranju*, Zbornik radova „43. susret pravnika“, Opatija, 2005, str. 264 – 275.

³ Vidi **Aldo Radolović**: *Ugovor o osiguranju u svjetlu općeg dijela građanskog prava*, Zbornik radova „Ugovor o osiguranju prema novom Zakonu o obveznim odnosima“, Inženjerski biro, Zagreb, 2005, str. 3 - 21., **Hrvoje Momčinović**: *Oblik (forma) ugovora o osiguranju prema odredbama novog Zakona o obveznim odnosima*, Zbornik radova „Ugovor o osiguranju prema novom Zakonu o obveznim odnosima“, Inženjerski biro, Zagreb, 2005, str. 22 – 28., **Hrvoje Pauković**: *Osiguranje od odgovornosti*, Zbornik radova „Ugovor o osiguranju prema novom Zakonu o obveznim odnosima“, Inženjerski biro, Zagreb, 2005, str. 74 – 91.

⁴ ZOO ‘05. (čl. 924) poznaje tri kategorije prisilnih zakonskih normi od kojih se iznimno može odstupiti: 1. zakonskom je normom odstupanje izričito dopušteno, 2. zakonska norma daje ugovarateljima mogućnost da postupe kako hoće i 3. odstupanje je u nedvojbenom interesu osiguranika i nije zakonski zabranjeno.

⁵ Čl. 923. glasi: „*Odredbe ovoga odsjeka neće se primjenjivati na pomorska osiguranja, a ni na druga osiguranja na koja se primjenjuju pravila o pomorskom osiguranju, kao ni na osiguranja u zračnom prometu, osiguranja tražbina, te na odnose iz reosiguranja*“ (st. 1.). „*Na ugovore o osiguranju stvari u kopnenom prijevozu na odgovarajući se način primjenjuju pravila o pomorskom osiguranju*“ (st. 2.). „*Odredbe ovoga odsjeka neće se primjenjivati niti na ona osiguranja koja su uređena posebnim zakonom*“ (st. 3.).

- a) pomorska osiguranja,⁶
- b) osiguranja na koja se primjenjuju pravila o pomorskom osiguranju,⁷
- c) osiguranja u zračnom prometu,⁸
- d) osiguranja tražbina,⁹
- e) odnose iz reosiguranja,¹⁰
- f) osiguranja stvari u kopnenom prijevozu,¹¹
- g) osiguranja koja su uređena posebnim zakonom.¹²

3. POMORSKI ZAKONIK (dalje – PZ ‘04.)¹³

Odredbe PZ-a ‘04. o ugovoru o pomorskom osiguranju (Dio VII, Glava IV, čl. 684 – 747) suvremeni su sustav zakonskih normi koji objedinjuje domaću tradiciju u tim osiguranjima i najnovije relevantne rezultate pomorske pravne znanosti, judikature i poslovne pravne prakse.¹⁴ Tim se odredbama uređuje pomorsko osiguranje.

⁶ Vidi *supra* 3.

⁷ Vidi *supra* 3f.

⁸ Vidi *supra* 4.

⁹ Osiguranje tražbina specifično je osiguranje i podrazumijeva prije svega osiguranje raznih oblika kreditnih osiguranja, jamstvenih (garancijskih) ili kaucijskih osiguranja. Kod tih je osiguranja rizik pretežno subjektivne naravi, pa ugovori kojima stranke samostalno uređuju svoj ugovorni odnos i ugrađuju instrumentarij za osiguranje naplate tražbina, međusobno se značajno razlikuju i nisu podobni za primjenu zakonskih normi o osiguranju – tako **Drago Pavić**: *Ugovorno pravo osiguranja (komentar zakonskih odredaba)*, Zagreb, 2009, str. 156 – 157.

¹⁰ Odnosi iz reosiguranja redovito su uređeni posebnim ugovorima, ali u dosadašnjoj poslovnoj praksi nije se formirao jedinstveni oblik toga odnosa. Sadržaj i pravna fizionomija ugovora o reosiguranju značajno se razlikuje od ugovora o osiguranju, premda ugovorom o reosiguranju osiguratelj osigurava svoj interes iz ugovora o osiguranju. Za taj odnos vrijede posebna načela, a ne ona koja vrijede za ugovor o osiguranju. Zbog toga ZOO ‘05. isključuje svoju primjenu na odnose iz reosiguranja – *ibid*, str. 157 – 158.

¹¹ Vidi *supra* 3f. Dok se na osiguranje stvari u kopnenom prijevozu primjenjuju pravila o pomorskom osiguranju, kopnena prijevozna sredstva (cestovna i željeznička) osiguravaju se u okviru imovinskog osiguranja ZOO-a ‘05., a osiguranje putnika u kopnenom prometu spada u osobna osiguranja ZOO-a ‘05.

¹² Prema posebnim zakonima, norme Pomorskog zakonika iz 2004. god. o ugovoru o pomorskom osiguranju na odgovarajući se način primjenjuju na osiguranje u zračnoj plovidbi (vidi *supra* 4.), te na osiguranje u unutarnjoj plovidbi. Naime, **Zakon o plovidbi i lukama unutarnjih voda** („Narodne novine RH“, br. 109/07. i 132/07.) proširuje primjenu Pomorskog zakonika i na unutarnju plovidbu. Prema odredbama čl. 1. toga Zakona, na pitanja koja njime nisu posebno uređena, na odgovarajući se način primjenjuje Pomorski zakonik. Budući da tim Zakonom pitanja osiguranja u unutarnjoj plovidbi nije posebno uređeno, na osiguranje u unutarnjoj plovidbi, sukladno odredbi čl. 1., st. 2. toga Zakona, primjenjuju se na odgovarajući način odredbe o ugovoru o pomorskom osiguranju iz Pomorskog zakonika (vidi *supra* 3.).

¹³ Vidi „Narodne novine RH“, br. 181/04, 76/07, 146/08. i 61/11. Stupio je na snagu dana 29. prosinca 2004. god. kada je prestao važiti stari istoimeni **Pomorski zakonik** iz 1994. god. („Narodne novine“ broj 17/94, 74/94 i 43/96), dalje – PZ ‘94.

¹⁴ Oširnije vidi **Drago Pavić**: *Pomorsko imovinsko pravo*, Split, 2006, str. 433 – 525, **Ivo Grabovac**:

Dakle, na pomorsko se osiguranje, prema tome, ne primjenjuju odredbe o osiguranju ZOO-a '05., nego odredbe PZ-a '04. Taj pomorskopравни акт ne određuje pojam ugovora o osiguranju, već samo navodi predmete na na koje se osiguranje odnosi (čl. 684).¹⁵ PZ '04. prvenstveno poznaje tri tipične kategorije predmeta pomorskog osiguranja:

- a) osiguranje broda i robe koja se prevozi brodom,
- b) osiguranje vozarine i drugih interesa u vezi s plovidbom i iskorištavanjem brodova,
- c) osiguranje odgovornosti za štete nanесene trećim osobama u vezi s iskorištavanjem broda, te osiguranje od odgovornosti za štete na brodu primljenom na popravak.¹⁶

Suvremeno hrvatsko pomorsko pravo i Pomorski zakonik, Split, 2005, str. 197 – 210.

¹⁵ Čl. 684. glasi: „*Odredbe ove glave Zakonika primjenjuju se na: 1) osiguranje broda, njegovih strojeva, uređaja, opreme i zaliha te robe i drugih stvari koje se prevoze brodom ili se na njemu nalaze, 2) osiguranje vozarine, prevoznine, troškove osiguranja, troškove opskrbe broda, zajedničke havarije, nagrade za spašavanje, očekivani dobitak, proviziju, osobni dohodak posade, založna i ostala prava i materijalna korist koje postoje ili se opravdano mogu očekivati u vezi s plovidbom ili prijevozom robe brodom, a mogu se procijeniti u novcu, 3) osiguranje odgovornosti za štete nanесene trećim osobama u svezi s iskorištavanjem broda i drugih stvari navedenih u točki 1) ovoga stavka, te na osiguranje od odgovornosti za štete na brodu primljenom na popravak*“ (st. 1.). „*Odredbe ove glave Zakonika primjenjuju se i na osiguranje brodova u gradnji i stvari namijenjenih njihovoj izgradnji, na osiguranje kontejnera, na platforme za istraživanje i eksploataciju podmorja, na osiguranje stvari koje se prije ili poslije prijevoza brodom prevoze drugim prijevoznim sredstvima ili se prije, u tijeku ili poslije takva prijevoza nalaze u skladištima, stovarištima ili drugim mjestima te na druga slična osiguranja ako su sklopljena prema policama ili uvjetima uobičajenim za pomorska osiguranja*“ (st. 2.). „*Odredbe ove glave Zakonika primjenjuju se i na reosiguranja, ako je predmet reosiguranja ugovor o osiguranju naveden u ovom članku*“ (st. 3.). „*Odredbe ove glave Zakonika primjenjuju se i na uzajamna osiguranja pomorskih rizika ako nisu u suprotnosti s naravi odnosa tih osiguranja*“ (st. 4.). „*Odredbe ove glave Zakonika primjenjuju se i na osiguranje jahti i brodica*“ (st. 5.). „*Pod trećim osobama, prema ovoj glavi Zakonika, razumijevaju se osobe koje nisu subjekti ugovora o osiguranju*“ (st. 6.). Napominjemo da je ova odredba u sklopu zajedničkih odredaba (čl. 684 – čl. 725), dok PZ '04. posebno predviđa pravila za osiguranje broda (čl. 726 – čl. 730) i pravila za osiguranje robe (čl. 731 – čl. 738).

¹⁶ PZ '04. kao novinu uvodi osiguranje odgovornosti brodograditelja. S obzirom na to da u PZ-u '94. i u ZOO-u '91. nije postojala izričita odredba o primjeni zakona na osiguranje od odgovornosti za štete na brodu primljenom na popravak, u praksi je bilo sporno koji se od ta dva zakona primjenjuje na to osiguranje. Nije bilo sporno da bi prednost u primjeni trebalo dati pomorskim propisima, ali se zaključak o tome mogao izvesti jedino ako bi se u prethodnom postupku utvrdilo je li osiguranje bilo sklopljeno prema uvjetima uobičajenim za pomorska osiguranja. U tom je pogledu postojala pravna nesigurnost, pa je to pitanje valjalo riješiti. Više je razloga govorilo u prilog rješenju da se izričitom zakonskom odredbom u PZ-u njegova primjena proširi i na to osiguranje. Npr. brod na popravku je najčešće u plutajućem stanju i izložen je rizicima koji su pretežito pomorski, sustav normi PZ-a neusporedivo je primjereniji tom osiguranju od normi ZOO-a, osiguranje se sklapa na sličan način kao i osiguranje broda u gradnji... – tako **Drago Pavić**: *Ugovorno pravo osiguranja (komentar zakonskih odredaba)*, Zagreb, 2009, str. 396.

Nadalje, primjena je PZ-a '04. izrijekom proširena i na:

d) osiguranje brodova u gradnji i stvari namijenjenih njihovoj izgradnji, osiguranje kontejnera i platformi za istraživanje i eksploataciju podmorja,

e) osiguranje stvari koje se prije ili poslije prijevoza brodom prevoze drugim prijevoznim sredstvima ili se prije, u tijeku ili poslije takva prijevoza nalaze u skladištima, stovarištima ili drugim mjestima,¹⁷

f) druga slična osiguranja ako su sklopljena prema policama i uvjetima uobičajenim za pomorska osiguranja,¹⁸

g) osiguranje jahti¹⁹ i brodica,

h) reosiguranje,²⁰

i) osiguranje pomorskih rizika po načelu uzajamnosti.²¹

¹⁷ Proširenjem primjene pomorskog prava i na nepomorske relacije čitav se ugovor o osiguranju podvrgava jedinstvenom pravnom sustavu i to pomorsko pravnom. Životna potreba i razlozi praktične naravi nalagali su takvo rješenje. Tim se rješenjem prije svega imalo u vidu da pomorske police redovito sadržavaju klauzulu *od skladišta do skladišta*, prema kojoj su od početne do završne točke puta osiguranjem obuhvaćeni, osim prijevoza brodom, i prijevozi drugim granama prometa (kopnom ili zrakom ako prethode ili slijede prijevozu brodom), pa je za cijeli odnos trebalo uspostaviti jedinstveni pravni režim – *ibid.*, str. 391.

¹⁸ To praktično znači da će se PZ '04. primijeniti i na osiguranje robe u kopnenom prijevozu ako je ugovorena primjena uvjeta koji su uobičajeni u pomorskom osiguranju. Upravo je u praksi to najčešći slučaj. Primjerice, uvjeti hrvatskih osiguratelja za osiguranje robe u kopnenom prijevozu izrađeni su po uzoru na standardne uvjete pomorskog osiguranja, pa se nesumnjivo ubrajaju u uvjete uobičajene u pomorskom osiguranju. To je pitanje danas izgubilo na značenju, jer je novim ZOO-om '05. izričito predviđeno da se na osiguranje stvari u kopnenom prijevozu na odgovarajući način primjenjuju pravila o pomorskom osiguranju (vidi *infra* 2f).

¹⁹ Osiguranje jahti je također novina PZ-a '04. Razlog za uvrštenje jahti kao predmeta osiguranja na koji se primjenjuje PZ '04. proizlazi iz činjenice što je prema novim pomorsko-upravnim propisima, osim upisnika brodova (čl. 187 – čl. 201) i očevidnika brodica (čl. 202 – čl. 207), ustrojen i poseban upisnik jahti (čl. 187 – čl. 201). Dakle, hrvatski sustav pomorskog osiguranja usvaja podjelu plovniha objekata na brodove, brodice (čamce) i jahte. Za svaku od tih kategorija plovila, postoje posebni uvjeti osiguranja. Koje se vrste plovila ubrajaju u kategoriju jahti i brodica uređuje *Pravilnik o brodicama i jahtama* („Narodne novine RH“, br. 27/05, 57/06, 80/07, 3/08. i 18/09) – vidi **Jasenکو Marin**: *Registri plovniha objekata i zrakoplova*, Zbornik radova sa savjetovanja „Hrvatsko registarsko pravo“, Zagreb, 2006, str. 119 – 135, **Branka Milošević Pujo – Ranka Petrinović**: *Pomorsko pravo za jahte i brodice*, Split, 2008, str. 60 – 94, **Dragan Bolanča – Rajko Naprta**: *More naše plavo – Brodice i jahte (zbirka propisa)*, Zagreb – Split, 2010, str. 11 – 50.

²⁰ Za razliku od ZOO-a '05. (vidi *infra* 2e), PZ '04. proširuje svoju primjenu i na odnose iz reosiguranja, ali samo u slučaju da se ispune sljedeći uvjeti: 1. na ugovor se primjenjuje hrvatsko pravo, 2. reosiguranje se odnosi na ugovor o osiguranju koji podliježe primjeni PZ-a '04., 3. sporno pitanje nije riješeno ugovorom o reosiguranju. Odredbe o ugovoru o osiguranju na odgovarajući način (*mutatis mutandis*) primjenjuju se i na odnos iz reosiguranja, tj. u mjeri u kojoj je to primjereno naravi odnosa iz reosiguranja.

²¹ PZ '04. primjenjuje se i na uzajamna osiguranja pomorskih rizika samo ako nisu u suprotnosti s naravi odnosa iz tih osiguranja. Naime, u praksi je dugo vremena bilo sporno je li odnos člana s društvom za uzajamno osiguranje odnos iz ugovora o osiguranju ili nije. Kako novi Hrvatski **Zakon o osiguranju** iz 2005. god. (vidi *supra* 6) izričito navodi da se članstvo u društvu za uzajamno osiguranje

Norme PZ-a '04. koje se odnose na pomorsko osiguranje pretežno su dispozitivne pravne naravi. Postoji samo nekoliko izuzetaka od toga načela kada se zakonske odredbe ne mogu mijenjati ni izričitim odredbama ugovora o osiguranju (čl. 725).²² Prema tome, obrnuto nego po ZOO-u '05,²³ ovdje je *dispozitivnost zakonskih odredaba pravilo, a kogentnost iznimka*.

Kao što je već rečeno, odredbe PZ-a '04. o ugovoru o pomorskom osiguranju izravno se kao *lex specialis* primjenjuju na sve odnose koji su njima obuhvaćeni. Ako u tom zakonskom aktu za neko pitanje ne postoji specifična pravna norma, primijenit će se opća načela ugovornog prava sadržana u ZOO-u '05. i druga podredna pravna vrela, a ne odredbe ZOO-a '05. kojima su uređeni odnosi iz osiguranja imovine, odgovornosti i osoba.

4. ZAKON O OBVEZNIM I STVARNOPRAVNIM ODNOSIMA U ZRAČNOM PROMETU (dalje – ZOSOZP '98.)²⁴

ZOSOZP '98. (Glava V, čl. 118 – čl. 126) uređuje neka specifična pitanja u vezi sa osiguranjem u zračnom prometu.²⁵ Ni ovaj zakon ne precizira pojam ugovora o osiguranju u zračnom prometu, već područje svoje primjene određuje tako da navodi predmete (interese) na osiguranje kojih se primjenjuje (čl. 118).²⁶ Svi objekti

stječe sklapanjem ugovora o osiguranju, to znači da je odnos člana i društva za uzajamno osiguranje pravni odnos iz osiguranja, na koji se primjenjuju propisi pomorskog osiguranja. To naravno ne vrijedi samo za pomorsko osiguranje, nego i za svaku drugu vrstu osiguranja, s pretpostavkom da se poslovno vodi po načelu uzajamnosti.

²² Prisilne odredbe se odnose na provedbu načela naknade štete kao temeljnog načela odštetnih osiguranja i kvalificiranu krivnju osiguranika. Prisilnim odredbama su uređena samo ova pitanja: tko može biti osiguranik – kriterij osigurljivog interesa (čl. 685), na koju osobu osiguranik može prenijeti svoja prava iz ugovora prije nastanka štete - kriterij osigurljivog interesa (čl. 692, st. 1), dužnost osiguranika u slučaju dvostrukog osiguranja da pri podnošenju odštetnog zahtjeva obavijesti osiguratelja o svim ostalim ugovorima kojima je isti predmet osiguran od istih rizika i za isto vrijeme u njegovu korist (čl. 699, st. 5), isključenje iz osiguranja šteta koje su posredno ili neposredno nastale zbog namjernog postupka osiguranika (čl. 708, st. 1). Sporazumom stranaka ne mogu se mijenjati ni zastarni rokovi (čl. 724). Ugovor sklopljen protivno tim odredbama ništetan je, tj. apsolutno je pravno ništav.

²³ Vidi *infra* 2, bilješku br. 4.

²⁴ Vidi „Narodne novine RH“, br. 132/98., 63/08. i 134/09. Stupio je na snagu dana 17. listopada 1998. god. kada je prestao važiti stari istoimeni **Zakon o obveznim i stvarnopravnim odnosima u zračnom prometu** iz 1991. god. („Narodne novine RH“, br. 53/91).

²⁵ Opširnije vidi **Nikoleta Radionov – Tomislav Novačić: Aktualnosti u sustavu odgovornosti zračnog prijevoznika (stari interesi i nova rješenja)**, „Zbornik radova Pravnog fakulteta Pravnog fakulteta u Splitu“, br. 3-4, 2002, str. 413 - 430.

²⁶ Članak 118. glasi: „Ugovorom o osiguranju u zračnom prometu prema odredbama ovoga Zakona može se osigurati: 1) zrakoplov i njegova oprema te stvari koje se zrakoplovom prevoze ili se na njemu nalaze, 2) prevoznina, troškovi osiguranja, očekivana dobit, založna i ostala prava i koristi koje postoje ili se opravdano mogu očekivati u svezi sa zračnim prometom a mogu se procijeniti u novcu, 3) odgovornost za štetu nanesenu trećim osobama u svezi s iskorištavanjem zrakoplova i drugih stvari navedenih u točki 1. ovoga stavka“ (st. 1.) „Pod izrazom: „treće osobe“ prema ovom članku

osiguranja dijele se na tri kategorije:

a) zrakoplov i njegova oprema, te stvari koje se zrakoplovom prevoze ili se na njemu nalaze,

b) prevoznina, troškovi osiguranja, očekivana dobit, založna i ostala prava i koristi koje postoje ili se opravdano mogu očekivati u vezi sa zračnim prometom, a mogu se procijeniti u novcu,

c) odgovornost za štetu nanесenu trećim osobama u vezi s iskorištavanjem zrakoplova i drugih stvari navedenih u točki a.

Nadalje, u čl. 119.²⁷ navodi se da se odredbe ZOSOZP-a '98. primjenjuju i na:

d) reosiguranje objekata osiguranja iz čl. 118.²⁸

Osiguranje u zračnom prometu predviđeno ZOSOZP-om '98. sklapa se na temelju slobodne dispozicije stranaka, tj. po njihovoj slobodnoj volji. Ne postoji zakonska obveza sklapanja tih osiguranja, niti je osiguratelj obvezan prihvatiti ponudu ugovaratelja osiguranja.

Za pitanja koja nisu posebno uređena ZOSOZP-om '98. na odgovarajući se način primjenjuju odredbe Pomorskog zakonika o ugovoru o pomorskom osiguranju, osim posebnih odredaba o osiguranju brodova (čl. 126.).²⁹ Time je u cijelosti osiguranje u zračnom prometu uređeno posebnim propisima (*lex specialis*), pa je logična odredba ZOO-a '05. da se njegove odredbe o osiguranju ne primjenjuju na osiguranje u zračnoj plovidbi.³⁰ Ako neko pitanje iz osiguranja u zračnom prometu nije uređeno posebnim odredbama iz ZOSOZP-a '98., a odgovarajuće odredbe ne postoje ni u PZ- '04., na ta se pitanja primjenjuju opća pravila obveznog prava sadržana u ZOO-u '05., a ne pravila o imovinskom osiguranju iz istog zakona.

Odredbama čl. 126. ZOSOZP-a '98. isključene su iz primjene odredbe PZ-a '05. koje uređuju osiguranje brodova. Odredbe o osiguranju brodova iz PZ-a '05. odnose se na tzv. pomorsko kasko osiguranje (engl. *marine hull insurance*), što podrazumijeva osiguranje trupa broda, njegovih strojeva i opreme, pa po naravi stvari te odredbe nisu primjenjive na osiguranje zrakoplova. Zbog toga je u ZOSOZP-u '98. posebnim normama uređeno osiguranje trupa i opreme zrakoplova, koje norme kao *lex specialis* imaju prednost pred svim drugim zakonskim odredbama. To praktično

razumijevaju se osobe koje nisu subjekti ugovora o osiguranju“ (st. 2.). „Ako nije ugovoreno drugačije, smatra se da osiguranje zrakoplova obuhvaća i njegovu opremu“ (st. 3.).

²⁷ Članak 119. glasi: „Odredbe ovoga Zakona koje se odnose na osiguranje primjenjuju se i na reosiguranje objekata osiguranja iz članka 118. ovoga Zakona ako je sklopljeno po policama ili uvjetima uobičajenim za osiguranje u zračnom prometu“.

²⁸ Zakonske odredbe koje se odnose na osiguranje primjenjuju se i na reosiguranje objekata osiguranih prema ZOSOZP-u '98. samo ako je sklopljeno po policama ili uvjetima uobičajenim za osiguranje u zračnom prometu.

²⁹ U ZOSOZP-u '98. nalazi se izraz „plovidbeno osiguranje“ umjesto izraza „pomorsko osiguranje“.

³⁰ Vidi *infra* 2., bilješku br. 8.

znači da se norme PZ-a '04. *mutatis mutandis* primjenjuju na sva druga osiguranja u zračnom prometu, osim na osiguranje zrakoplova.³¹

5. ZAKON O OBVEZNYM OSIGURANJIMA U PROMETU (dalje – ZOOP '05.)³²

ZOOP '05. regulira materiju obveznih osiguranja u prometu kao posebnu cjelinu.³³ Taj je kodifikacijski postupak logičan, budući da je riječ o zakonski obveznim osiguranjima, koja uz temeljna obveznopravna obilježja karakteriziraju i brojne posebnosti svojstvene samo tim osiguranjima.³⁴ Predviđena su sljedeća obvezna osiguranja u prometu:³⁵

a) osiguranje putnika u javnom prometu od posljedica nesretnog slučaja (čl. 17 – čl. 21),

b) osiguranje vlasnika vozila od odgovornosti za štete nanese trećim osobama (čl. 22 – čl. 38),

c) osiguranje vlasnika zrakoplova od odgovornosti za štete nanese trećim osobama i putnicima (čl. 39 – čl. 40),

d) osiguranje vlasnika brodice, odnosno jahte, od odgovornosti za štete nanese trećim osobama (čl. 41 – čl. 42).³⁶

³¹ Pavić, *op. cit.*, str. 645.

³² Vidi „Narodne novine RH“, br. 151/05, 36/09. i 75/09. Stupio je na snagu dana 01. siječnja 2006. god. (čl. 72.). Od dana prijema Republike Hrvatske u članstvo Europske unije počeo će se primjenjivati odredbe članka 30. stavka 3, članka 36. stavka 6, članka 37, članka 44. stavka 1. točke 2. i 7, članka 47. do 50, članka 52. stavka 2. točke 6, članka 54. i 55, te članka 57. do 59. ovoga Zakona (čl. 71, st.1). Dakle, ZOOP sadrži dvije vrste odredaba: jednu, koja se primjenjuje od njegova stupanja na snagu, i drugu koja će stupiti na snagu tek danom prijema Republike Hrvatske u Europsku uniju.

³³ Do donošenja ZOOP-a '05., obvezna osiguranja u prometu bila su uređena *Zakonom o osiguranju* iz 1994. god. („Narodne novine RH“, br. 9/94, 46/97. – pročišćeni tekst, 116/99. i 11/02.).

³⁴ Razloga za takvo postupanje je nekoliko. Prije svega, po uzoru na države Europske unije, područje obveznih osiguranja u prometu izdvojeno je u posebnu cjelinu, jer obvezna osiguranja u prometu doista imaju niz specifičnosti u odnosu na ostala osiguranja, pa i u odnosu na opće osiguranje od odgovornosti za štetu. Drugo, upravo u području obveznih osiguranja u prometu, posebno osiguranja od automobilske odgovornosti, znatan je utjecaj međunarodnih sporazuma kojima se nacionalno zakonodavstvo mora prilagodavati ako želi biti integrirani dio europskog osiguranja u prometu. Treće, u okviru jedinstvene cjeline posebnog zakona, zakonodavcu je lakše donositi potrebne izmjene i dopune koje su u ovoj vrlo aktualnoj i živoj materiji često na dnevnom redu - **Marijan Ćurković – Ante Lui: Zakon o obveznim osiguranjima u prometu**, Zagreb, 2006, str. 1 - 4, **Igor Komorski: Izmjene Zakona o obveznim osiguranjima u prometu**, „Osiguranje“, Zagreb, br. 6, 2009, str. 28 – 35.

³⁵ Poblizje vidi **Ante Lui: Obvezna osiguranja prema Zakonu o obveznim osiguranjima u prometu**, Zbornik radova „Novi propisi iz osiguranja“, Inženjerski biro, Zagreb, 2006, str. 131 – 151, **Dražen Jakovina: Položaj oštećenika prema Zakonu o obveznim osiguranjima u prometu**, Zbornik radova „Novi propisi iz osiguranja“, Inženjerski biro, Zagreb, 2006, str. 152 – 171.

³⁶ Ova vrsta obveznog osiguranja uvedena je kao novost zakonskim aktom iz 1994. godine (vidi bilješku br. 33), vidi **Drago Pavić: Osiguranje brodice i jahti**, „Osiguranje“, Zagreb, br. 4, 2007, str. 26. i dalje. Inače, PZ '04. poznaje 5 slučajeva pomorskih obveznih osiguranja, vidi detaljnije **Željka Primorac: Pomorska obvezna osiguranja**, (doktorska disertacija), Split, 2011, str. 123 – 321.

U svim navedenim obveznim osiguranjima od odgovornosti riječ je o *ugovornom obveznom osiguranju*, a ne o zakonskom obveznom osiguranju. Osiguranje u tom sustavu ne nastaje na temelju samog zakona, nego je zakonom samo propisana obveza sklapanja ugovora o osiguranju od odgovornosti i uspostavljen sustav zaštite trećih oštećenih osoba (opći interes) u slučaju propuštanja te dužnosti (čl. 29. ZO-OP-a). Obveznost sklapanja ugovora na strani ugovaratelja osiguranja prati i obveza društva za osiguranje da sklopi ugovor o osiguranju. Društvo za osiguranje ne može odbiti ponudu za osiguranje ako ponuditelj prihvaća važeće uvjete osiguranja i cjenik premije (čl. 8. ZOOP-a). Da bi se osigurao *ratio* propisivanja obveznosti ovih osiguranja, opća je karakteristika pravnih normi za obvezna osiguranja od odgovornosti da su one prisilno pravne naravi. ZOOP '05. sadrži brojne odredbe ugovorno pravne naravi, pa time on uspostavlja poseban sustav pravnih normi za uređenje ugovornih odnosa iz obveznih osiguranja predviđenih tim zakonom.³⁷ Važno je naglasiti da te posebne odredbe imaju prednost u primjeni u odnosu na opće odredbe o osiguranju imovine iz ZOO-a '05.³⁸ Ali, za odnose koji nisu uređeni tim posebnim normama primijenit će se odredbe o ugovoru o osiguranju iz ZOO-a '05. i supsidijarna pravna vrela.

6. ZAKON O OSIGURANJU (dalje – ZOS '05.)³⁹

ZOS je statusno organizacijski propis kojim su postavljene organizacijske osnove gospodarskog sustava osiguranja u Republici Hrvatskoj. Riječ je zapravo o zbirki propisa koji uređuju različite strane sustava osiguranja ili su u vezi s obavljanjem poslova osiguranja. ZOS '05. pruža statusno-organizacijski okvir za obavljanje poslova osiguranja, jer sadrži odredbe statusnog prava osiguranja kojima se uređuje statusni položaj, organizacijski oblici i uvjeti za osnivanje društava za osiguranje.⁴⁰ ZOS-om '05. regulirana su i druga brojna pitanja, kao što su pitanja u vezi s obav-

³⁷ Tim se odredbama uređuje pravni odnos između osiguranika (ugovaratelja osiguranja) i osiguratelja, kao i odnos između oštećene osobe i osiguratelja. Takve su, primjerice, odredbe o ugovoru o obveznom osiguranju i njegovom učinku, pravu na izravnu tužbu, postupku i rokovima za rješavanje odštetnih zahtjeva, obvezama društva za osiguranje, osiguranoj svoti, pravu na naknadu štete, isključenjima iz osiguranja, gubitku prava iz osiguranja, prijenosu prava i obveza iz ugovora u slučaju promjene vlasnika vozila i druge.

³⁸ Vidi *infra* 2.

³⁹ Vidi „Narodne novine RH“, br. 151/05, 87/08. i 82/09. Stupio je na snagu dana 01. siječnja 2006. god. kada je prestao važiti *Zakon o osiguranju* iz 1994. god. („Narodne novine RH“, br. 9/94, 46/97. – pročišćeni tekst, 116/99. i 11/02.) i *Zakon o posredovanju i zastupanju u osiguranju* iz 1999. god. („Narodne novine RH“, br. 27/99).

⁴⁰ Vidi **Ksenija Klasić – Ivo Andrijić**: *Osnove osiguranja (načela i praksa)*, Zagreb, 2007, str. 65 – 94, **Nevenka Marković**: *Osnivanje i prestanak društva za osiguranje*, Zbornik radova „Novi propisi iz osiguranja“, Inženjerski biro, Zagreb, 2006, str. 3 – 22. Za pitanja statusne naravi koja nisu uređena ZOS-om '05., primjenjuju se odredbe *Zakona o trgovačkim društvima* iz 1993. god. („Narodne novine RH“, br. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03. i 107/07).

ljanjem poslova osiguranja (dozvole, odobrenja, aktuarstvo⁴¹), postupak likvidacije i stečaja društava za osiguranje, poslovna tajna, poslovne knjige, pitanje unutarnje i vanjske revizije poslovanja⁴², nadzor nad društvima za osiguranje⁴³, upravljanje rizicima, zaštita potrošača, udruge osiguranja i reosiguranja, udruživanje osiguravatelja, zastupanje i posredovanje u osiguranju⁴⁴.

Unatoč tome što ZOS '05. ne uređuje ugovorni odnos iz osiguranja, neka su njegova rješenja važna i sa stajališta imovinskopravnog odnosa, kao npr. odredbe o informiranju ugovaratelja osiguranja (čl. 89 – čl. 91)⁴⁵, odredbe o prijenosu portfelja osiguranja i prijenosu izdvojenih poslova (čl. 70 – čl. 75)⁴⁶ i odredbe o mjerodavnom pravu za ugovor o osiguranju (čl. 276 – čl. 282).

7. ZAKLJUČAK

U Republici Hrvatskoj na sustavan je način u cijelosti uređeno ugovorno (imovinsko) pravo osiguranja. Kodificiranje ugovornog prava osiguranja provedeno je po metodi odvojenog, a ne jedinstvenog kodificiranja.⁴⁷ Dva su zakonska sustava pravnih normi koji cjelovito uređuju obveznopravni odnos iz osiguranja. Jedan je sadržan u ZOO-u '05., a drugi u PZ-u '04. god. Razgraničenje u njihovoj primjeni obavljeno je tako da se na osiguranje imovine i osiguranje osoba primjenjuju odredbe ZOO-a '05. o ugovoru o osiguranju, a na pomorska osiguranja odredbe PZ-a '04. o ugovoru o pomorskom osiguranju. Ta dva sustava pravnih normi izvorno kao *lex specialis* reguliraju odnosne pravne odnose i međusobno nisu u subordinirajućem odnosu. Naprotiv, opće je načelo da se odredbe ZOO-a '05. koje uređuju ugovor o osiguranju ne primjenjuju na pomorska osiguranja, kao ni na druga osiguranja na koja se primjenjuju pravila o pomorskom osiguranju (prijevoz stvari u kopnenom prijevozu) ili su uređena posebnim zakonom (unutarnja plovidba). ZOSOZP '98. odnosi se na osiguranje zrakoplova i uzgredna osiguranja, a za sva pitanja koja nisu

⁴¹ Više o tome **Irena Severin**: *Položaj i zadaća aktuara prema Zakonu o osiguranju*, Zbornik radova „Novi propisi iz osiguranja“, Inženjerski biro, Zagreb, 2006, str. 23 – 33.

⁴² Poblježi vidi **Ana Krivičić**: *Sustav unutarnje kontrole i revizije u osiguravajućem društvu*, Zbornik radova „Novi propisi iz osiguranja“, Inženjerski biro, Zagreb, 2006, str. 34 – 46.

⁴³ Detaljnije **Branka Klopović**: *Nadzor nad poslovanjem društava za osiguranje*, Zbornik radova „Novi propisi iz osiguranja“, Inženjerski biro, Zagreb, 2006, str. 111 – 130.

⁴⁴ Pravo posredovanja i zastupanja u osiguranju uređuje statusni položaj posrednika (brokera) i zastupnika, uvjete za obavljanje tom djelatnošću, pravni položaj pri sklapanju ugovora o osiguranju i odgovornost posrednika i zastupnika. Ako neko pitanje nije posebno propisano u ZOS-u '05., primijenit će se opća pravila o zastupanju i posredovanju iz ZOO-a '05. – vidi **Marijan Ćurković**: *Zastupanje i posredovanje u osiguranju prema Zakonu o osiguranju*, Zbornik radova „Novi propisi iz osiguranja“, Inženjerski biro, Zagreb, 2006, str. 47 – 62.

⁴⁵ Opširnije **Berislav Matijević**: *Obveza informiranja ugovaratelja osiguranja i zaštita potrošača*, Zbornik radova „Novi propisi iz osiguranja“, Inženjerski biro, Zagreb, 2006, str. 79 – 110.

⁴⁶ Vidi **Hrvoje Pauković**: *Prijenos portfelja osiguranja i prijenos izdvojenih poslova*, Zbornik radova „Novi propisi iz osiguranja“, Inženjerski biro, Zagreb, 2006, str. 63 – 78.

⁴⁷ Zašto ta metoda ima povijesno i pravno normativno opravdanje vidi **Pavić**, *op. cit.*, str. 37 – 45.

posebno uređena tim zakonom, primjenjuju se odredbe PZ-a '04. Novim je propisima iz područja statusnog i organizacijskog prava osiguranja (ZOS '05.), te obveznih osiguranja u prometu (ZOOB '05.) i na tom području uspješno provedena reforma hrvatskog prava osiguranja. Najnovija reforma ugovornog i statusnog prava osiguranja je najznačajnije dosadašnje postignuće u uređenju materije prava osiguranja u Republici Hrvatskoj i vrijedan prilog sveukupnom razvoju i osuvremenjivanju hrvatskog pravnog sustava.

NEW CROATIAN ACTS OF INSURANCE LAW

Summary

This article is concerned with the analysis of some important changes in Croatian insurance law, occurred by enforcement of the some new acts as Obligations Act (2005), Maritime Act (2004), Act on Obligatory and Proprietary Rights in Air Traffic (1998), Act of Compulsory Insurance in Traffic (2005) and Insurance Act (2005). The author concludes that many new solutions can be assessed as successful.

Key words: *Croatia, new acts, insurance law.*

СТАТУС ПОСРЕДНИКА У ОСИГУРАЊУ

Проф. др Владимир Чоловић*

***Апстракт:** Посредовање у осигурању представља делатност којом се могу бавити и појединци и правна лица. Ова делатност је од изузетне важности за осигурање. Посредник у осигурању (појединац или правно лице) настоји да доведе у везу уговарача осигурања или осигураника са осигуравајућим друштвом. Посредник у осигурању има право на накнаду (провизију) за извршено посредовање. Овај рад посвећује пажњу регулисању статуса посредника у осигурању у Републици Српској, Србији, као и у другим земљама. Аутор се критички осврће на поједина решења у законодавству Републике Српске. У раду се дају предлози за будуће регулисање ове материје. У Србији, посредовање у осигурању регулише „статусни“ закон који регулише, уопште, статус осигуравајућих друштава. Са друге стране, у Републици Српској се ова материја регулише посебним законом. Највећа замерка која се може упутити законодавцу Републике Српске се тиче назива закона. Иначе, делатност посредовања у осигурању има много већи значај у другим земљама. То показује и висина премије осигурања коју остваре посредници. У раду се представља и регулисање ове области у законодавству Европске уније.*

***Кључне речи:** посредовање, осигурање, брокер, премија, осигуравајуће друштво, осигураник, провизија.*

1) Уопште о посредовању у осигурању

Регулисање посредовања у осигурању је од изузетног значаја за тржиште осигурања. Услуге посредника у осигурању, без обзира да ли се ради о физичким или правним лицима, користе и осигураници (као и уговарачи осигурања) и осигуравајућа друштва. Но, у земљама у региону посредовање у осигурању није развијено као у другим земљама, пре свега чланицама ЕУ. Законодавац у Републици Српској посредовање у осигурању регулише посебним законом. Истим законом регулише и статус посредника (који се у том закону називају и брокерима) и статус заступника. У другим земљама у

* Проф. др Владимир Чоловић, Институт за упоредно право, Београд.

суседству (нпр. у Србији и Хрватској), ова материја се регулише „статусним“ законом, који регулишу општи положај осигуравајућих друштава. На простору бивше СФРЈ није било познато посредовање у осигурању као професионалне делатности у продаји услуга осигурања, с обзиром да су тадашње заједнице осигурања самостално организовале функционисање осигурања, односно, преко заступника, који су, по правилу, били запослени у оквиру тих заједница осигурања. Положај заступника је био регулисан у Закону о облигационим односима (ЗОО), који је, као тадашњи, савезни закон СФРЈ, дефинисао права, обавезе и дужности заступника у поступку закључења и извршавања уговора у осигурању. Посебних статусних прописа о заступницима осигурања није било. Посредовање у осигурању се појављује касније, настанком нових држава на територији СФРЈ. У почетку, посредници се нису битно разликовали по начину и методама рада од заступника, осим што су радили самостално у своје име и за рачун једног или више осигуравајућих друштава.¹

Да би могли да говоримо о статусу посредника у осигурању, морамо да посветимо пажњу основним елементима уговора о посредовању, као и разлици између посредовања и заступања, односно, између посредника и заступника. За тему овог рада, веома је битна разлика између две, наведене, врсте послова, с обзиром на садржину Закона о посредовању у осигурању Републике Српске (даље: ЗПО)².

Уговор о посредовању је посебно регулисан у ЗОО. То је уговор о обављању привредних услуга којим се једна страна – посредник обавезује да настоји да нађе и доведе у везу са другом уговорном страном – налогодавцем, лице које би с њим преговарало о закључењу одређеног уговора, а налогодавац се обавезује да му исплати одређену накнаду, ако тај уговор буде закључен.³ Уговор о посредовању је именовани уговор. Овај уговор је неформалан уговор, јер је за његово закључење довољна проста сагласност воља.

Посредник је лице које се професионално бави извршавањем туђих налога, па се сматра да је уговор о посредовању закључен, уколико посредник одмах није одбио понуду. Уговор о посредовању најчешће се закључује као уговор по приступу, на основу општих услова пословања. Уговор о посредовању се по правилу закључује као уговор *intuitu personae*, будући да су лична својства посредника од посебног значаја за ову врсту посла. Изузетно, овај уговор може бити закључен и без обзира на лична својства уговорника. Уговор о посредовању је двострано обавезан уговор, с обзиром да ствара узајамне обавезе уговорних страна. Посреднички посао ствара две врсте правних односа: однос између налогодавца и посредника, који настаје закључењем

¹ Ивањко Ш., *Посредници у осигурању у праву Републике Словеније, Хрватске и Босне и Херцеговине* СОРС 2005, стр. 1.

² Закон о посредовању у осигурању Републике Српске („Сл. гласник Р. Српске“, бр. 17/05, 64/06, 106/09).

³ Члан 813. ЗОО.

уговора о посредовању; и однос између налогодавца и трећег лица, који настаје извршењем уговора о посредовању и састоји се у закључењу одређеног уговора између налогодавца и трећег лица кога је посредник пронашао и довео у везу са налогодавцем.

Са друге стране, послови посредовања у осигурању су послови који се односе на довођење у везу осигураника, односно, уговарача осигурања са осигуравајућим друштвом ради преговарања о закључењу уговора о осигурању, на основу налога осигуравајућег друштва основаног у складу са одредбама овог закона или налога осигураника, односно, уговарача осигурања.⁴ Други термини који се користе за посредовање, односно за посреднике, јесу брокеража, тј. брокери. Брокери се као појам везују за англосаксонско право. Они нису везани само за осигурање, иако се посредници у осигурању све чешће називају брокерима и на нашим просторима.⁵

Разлике између послова посредника и заступника

Веома је битно одредити разлику између посредовања и заступања у осигурању. Те разлике произлазе из дефиниција једног и другог правног посла. Основне разлике између посредовања и заступања су следеће: 1) Посредник обавља послове као самосталан привредник, у своје име и за свој рачун, док заступник обавља послове у име и за рачун налогодавца; 2) Посредник штити интересе обе уговорне стране, док заступник штити само интересе свог налогодавца; 3) Посредник, по правилу, обавља само фактичке радње – проналажење пословних партнера за свог налогодавца, док заступник закључује правне послове у име и за рачун свог налогодавца; и 4) Уговор о посредовању је неформалан уговор, док је уговор о заступању формалан уговор. Морамо истаћи да су најбитније прве три наведене разлике. Значи, посредник је самосталан, он мора да штити интересе обе стране и, најзад, његов задатак је да доведе у везу две стране, како би оне закључиле уговор. Значај и посредника и заступника у осигурању је велики. Од њих зависи функционисање тржишта осигурања. Но, положај посредника је на нашим просторима много мање значајан у односу на развијене европске и друге земље.

Основне карактеристике посредника у осигурању

За дефинисање статуса посредника у осигурању и његове делатности, битно је издвојити његове најважније карактеристике, које га разликују од других делатности у вези са осигурањем. То су:

1) Независност. Посредника не контролише ниједно осигуравајуће друштво, иако професионално може сарађивати са свима;

⁴ Шулејић П., Право осигурања, Београд 2005, стр. 163.

⁵ Мркшић Д., Петровић З., Иванчевић К., Право осигурања, Нови Сад 2006, стр. 93.

2) Професионалност. Посредник се, искључиво, бави посредовањем у осигурању; и

3) Специјалност. Посредник детаљно познаје производе осигурања, као и осигураваче на тржишту, односно, све њихове могућности у покривању осигуравајућих ризика. Ту мислимо на кадровску оспособљеност осигуравајућег друштва, затим бонитет, као и добре и лоше стране тог друштва. Исто тако, веома је битан и систем реосигурања.

Посредник треба да пружи комплетну услугу клијентима—осигураницима, а, исто тако, да предлаже нове производе и услуге осигурања у сарадњи са осигуравајућим друштвима.

2) Посредници у осигурању у другим земљама

Постоји велика разлика између рада и улоге брокера, односно, посредника у осигурању у свету и код нас. Као што ћемо касније видети, и законодавац у Републици Српској користи реч брокер, мада, на неадекватан и некомплетан начин. Кад су у питању брокери за осигурање у другим земљама, они развијају производе осигурања, издају документацију, прикупљају премију од осигураника и наплаћују штету од осигуравача, а управљају и комплетним процесом осигурања у име клијента, а осигуравачи се фокусирају на позитивну селекцију ризика, континуитет пословања и бригу о штетном резултату. Брокер, најпре, иступа у име клијента и за његов рачун, а заступник то чини у име одређеног осигуравача. Брокер је независан саветник клијента по чијим налозима делује на тржишту и тражи најбољу понуду за њега. У већини земаља захтева се да брокер у осигурању мора имати лиценцу. Међутим, сматра се да даље усавршавање брокера у осигурању доприноси да он напредује. Такође, од њих се тражи да редовно буду присутни на семинарима из области осигурања.⁶

Иначе, кад је у питању статус посредника у осигурању у земљама у региону, друштва за посредовање у осигурању у Словенији су 2009. године посредовала у склапању послова у вредности од преко 100 милиона евра. Двадесет највећих друштава за посредовање у осигурању је те године остварило укупно 8,2 милиона евра прихода и преко 2,2 милиона евра чисте добити. На словеначком тржишту осигурања се, након пријема те земље у ЕУ, појавило око 400 осигуравајућих друштава. Са друге стране, у Хрватској, осигуравајућа друштва су уговорила 70 процената од укупне премије, сами, без учешћа друштава за посредовање. Ипак, број друштава за посредовање у осигурању у задњих неколико година се повећао на преко 30, а очекиваним уласком Хрватске у ЕУ, као и применом начела „freedom of service“ очекује се даље јачање конкуренције у овој области. Значи, улога брокера ће се мењати, а и везати за сложеније ризике, који се односе на привреду, док ће се лична осигурања закључивати преко заступника и Интернета. Према последњим

⁶ <http://www.wisegeek.com/>

службеним подацима, у 2009. години брокери су у Хрватској уговорили два посто укупне премије, а агенције 27 посто. Ситуација у другим земљама је битно другачија, тако да премија осигурања коју уговоре, односно произведу брокерска друштва, иде и до 75 посто тржишне премије. Привредни и други субјекти који закључују осигурање, уопште не желе директан контакт са осигуравајућим друштвом, већ тај посао обављају преко брокера за осигурање, коме је то и основна делатност.

Но, кад су у питању земље у региону, које још нису чланице ЕУ, ситуација је далеко од идеалне, кад је у питању улога посредника у осигурању. То се односи на чињеницу да би у једном уговору у осигурању, чије извршење координира брокер, морало да учествује (у својству уговорних страна) 10 до 15 осигураваача, како би се дисперзирао ризик који се преузима.⁷ У сваком случају, број посредника у осигурању ће се повећати, имајући у виду да их сада у Словенији има више од 100.

Другачија је ситуација када је у питању улога посредника у осигурању у другим земљама, без обзира да ли су у ЕУ или не. Брокери и заступници у осигурању, према подацима Међународног удружења посредника у осигурању из 2009. године, у Италији заузимају удео у продаји неживотног осигурања 91,5 процената, а у Грчкој је њихов удео на нивоу око 88 процената. Постоје велике разлике и кад је у питању њихов статус и начин обављања делатности. Нпр., у Мађарској, посредник ради само за једног осигураваача, са којим га везује уговор. Он се још зове и „везаним посредником“. У другим земљама, посредници су потпуно независни од осигураваача, они само добијају пуномоћ од друштва за осигурање или реосигурање, да могу да закључују уговоре у тачно одређеној области и са тачно дефинисаним ризицима. У САД се разликују општи заступници (managing general agents) и лица која воде послове и имају пуномоћ за потписивање уговора и доношење послова (managing general underwriters)⁸.

Интересантно је питање улоге посредника код наплате премије, односно, да ли је он одговоран за наведено. Опште је схватање да само осигураник, у оваквим ситуацијама, одговара осигураваачу за плаћање премије. Но, у Немачкој и Италији, питање одговорности за наплату премије се посебно дефинише у уговору између осигураваача и посредника, тако да посредник (у Немачкој) може да добије посебан бонус за наплату премије. Што се тиче плаћања штете, опште је правило да осигураваач плаћа штету осигуранику, односно, оштећенику, али постоје земље у којима осигураваач може да плати штету посреднику, који је дужан да одмах тај износ проследи осигуранику, тј. оштећенику, као што је то на Новом Зеланду. Исто тако, поставља се питање да ли је осигураник испунио своју обавезу, ако је премију платио посреднику,

⁷ www.osiguranje.hr, Приказ чланка „Брокери – мијења се улога посредника у осигурању“, 06.06.2011.

⁸ Мркшић Д., Петровић З., Иванчевић К., нав. дело, стр. 94.

а овај је није уплатио осигуравачу, због платежне неспособности. Наиме, ако је посредника ангажовао осигураник, тада се неће сматрати да је он испунио своју обавезу осигуравачу, у таквој ситуацији. Обрнуто, ако је осигуравач ангажовао посредника, тада ће се сматрати да је осигураник извршио своју обавезу, ако је посреднику уплатио износ премије.⁹

3) Регулисање статуса посредника у осигурању у законодавству Републике Српске

Законодавац у Републици Српској регулише статус посредника у осигурању посебним законом, који регулише и заступање у осигурању. ЗПО дефинише да посредовање у осигурању обављају брокери у осигурању и заступници у осигурању.¹⁰ ЗПО посреднике одређује као брокере. Такође, овим Законом се одређује да посредовање у осигурању могу обављати правно лице и предузетник који имају дозволу Агенције за осигурање Републике Српске и који су уписани у судски регистар, односно у регистар општинског органа управе. Исто тако, ове послове може обављати физичко лице које има овлашћење Агенције за осигурање Републике Српске.¹¹ Посветићемо пажњу дефинисању статуса посредника, односно, брокера у осигурању у ЗПО, као и пословима које они могу обављати. О самом начину регистровања ових лица, затим, могућностима да посредници из Федерације БиХ могу обављати послове посредовања у осигурању на територији Републике Српске, и обрнуто, неће бити речи. Исто тако, нећемо говорити о банци као посреднику у осигурању.

По ЗПО, брокерско друштво у осигурању (друштво за посредовање у осигурању) се може основати или као акционарско друштво или као друштво са ограниченом одговорношћу, у складу, пре свега, са законодавством које уређује привредна друштва, ако одредбама ЗПО није другачије уређена ова материја. Брокер може бити правно или физичко лице, чији је професионални циљ да у доведе у везу лица која желе да покрију одређени ризик осигурања и осигуравајуће друштво. Такође, брокер обавља припремне радове за закључење уговора о осигурању, а, исто тако, помаже при спровођењу истих, као и при реализацији захтева за накнаду штете. Брокер прима провизију од осигуравајућег друштва и слободан је у погледу самог избора тог друштва. Иначе, одредба која регулише наведено је неразумљива, ако се чита ЗПО. Разлог томе је што се није, претерано, водило рачуна о самом уговору о посредовању, односно, о основним елементима тог уговора.

ЗПО одређује и услове које брокерско друштво за осигурање мора да испуни да би могло да обавља своју делатност. Поменућемо само два: - оснивачки улог у новцу у износу од 200.000 конвертибилних марака; и – закључен уговор

⁹ Мркшић Д., Петровић З., Иванчевић К., нав. дело, стр. 95.

¹⁰ Члан 2, ст. 1 ЗПО. Посебно ће бити речи о осигурању од одговорности посредника у осигурању.

¹¹ Члан 2., ст. 2 и 3 ЗПО.

о осигурању од одговорности из делатности и од професионалне одговорности у висини суме осигурања које на сме да буде мања од 400.000 конвертибилних марака по сваком одштетном захтеву, односно 640.000 конвертибилних марака за све одштетне захтеве у једној години.¹² Брокерско друштво за осигурање добија дозволу за рад у трајању од две године. Дозвола за рад ће бити одузета, ако брокер у осигурању не поднесе документацију која је предвиђена у ЗПО, а која се односи на продужење дозволе за рад (која се подноси месец дана пре истека рока од две године) и ако се из тих докумената може видети да брокер не може више да врши делатност посредовања у осигурању.¹³

ЗПО наводи и нека општа правила везана за брокере у осигурању, а која се односе на заштиту интереса уговарача осигурања, осигураника, као и осигуравача. Кад је у питању заштита интереса уговарача осигурања, односно осигураника, брокер у осигурању мора, између осталог, да: изradi анализу ризика; изradi оцену финансијске способности осигуравајућих друштава; достави уговор са условима о осигурању, као и правила за обрачун премије; провери садржај полисе осигурања; пружа помоћ за време трајања уговора о осигурању, као и код наступања осигураног случаја; итд.¹⁴ Брокер у осигурању је дужан да, на посебном рачуну, држи износе које му је, за рачун осигураника, уплатило осигуравајуће друштво. Ти износи се не могу користити за исплату другим повериоцима, а у случају инсолвентности, односно, стечаја, они ће се користити, пре свега, за исплату неизмирених износа које брокер другује својим клијентима, на име неисплаћених захтева за накнаду штете из осигурања.¹⁵ Надзор над пословањем посредника у осигурању обавља Агенција за осигурање Републике Српске.¹⁶ Ова Агенција ће одузети дозволу за рад правном лицу, посреднику у осигурању и предузетнику у случајевима везаним за давање неистинитих података, теже или често кршење правних прописа, као и ако наведена лица не поступају по њеним налозима. Иста правила су одређена и за одузимање дозволе за рад физичком лицу - посреднику у осигурању.¹⁷

Иначе, у Републици Српској је основано Удружење посредника у осигурању. Наиме, развој тржишта осигурања, као и законске промене у области посредовања у осигурању наметнуле су потребу за организовањем посредника у осигурању у удружење које би квалитетније заступало њихове интересе. Основни циљеви Удружења посредника у осигурању Републике Српске су сарадња са надлежним органима везано за унапређење законске регулативе у области посредовања у осигурању, усавршавање услуга у области посредовања у осигурању, пружање стручне помоћи и подршке посредницима

¹² Члан 14. ЗПО.

¹³ Члан 15. ЗПО.

¹⁴ Члан 16. ЗПО.

¹⁵ Члан 18. ЗПО.

¹⁶ Члан 20. ЗПО.

¹⁷ Члан 22. ЗПО.

у осигурању, итд.¹⁸

Најважније примедбе које се могу изнети у вези одредаба ЗПО, односе се на назив овог Закона у односу на његову садржину, затим на коришћење термина брокер, несразмерност сума осигурања које се односе на један захтев за накнаду штете у односу на све захтеве у току једне године, као и на одредбу која регулише одузимање дозволе за рад.

4) Статус посредника у осигурању у Републици Србији

Посредовање и заступање у осигурању у Републици Србији је регулисано Законом о осигурању (даље: ЗО)¹⁹. Послове посредовања у осигурању, као једину делатност, обавља друштво за посредовање у осигурању које је добило дозволу Народне банке Србије за обављање тих послова.²⁰ Уз послове посредовања у осигурању, друштво за посредовање у осигурању може обављати и послове саветовања и помоћи у обради штета и процени ризика и штета. Друштво за посредовање у осигурању не може обављати послове заступања у осигурању. У изузетним случајевима, друштво за посредовање у осигурању може обављати и послове заступања у осигурању за одређену врсту осигурања под условом да испуњава услове који су предвиђени у ЗО за обављање послова заступања, као и да има дозволу Народне банке Србије за обављање тих послова, с тим што у истом правном послу не може бити заступник за једну, а посредник за другу уговорну страну. Фирма друштва за посредовање у осигурању мора садржати и ознаку делатности „посредовање у осигурању“.

Посредник у осигурању мора, на првом месту, да буде способан да направи анализу ризика и концепт осигурања осигуранику, обзиром на ризике од којих је угрожен.²¹ Тачна анализа ризика је оцена могућих опасности, које угрожавају будућег осигураника и служи као претпоставка за израду концепта осигурања, као и основа за доношење одлука о избору осигураваача.²² За посредника је битна улога саветника, коју он има у односу на осигураника, а код избора врсте и обима осигуравајућег покрића и у избору осигураваача.²³

¹⁸ Извор: <http://www.capital.ba/osnovano-udruzenje-posrednika-u-osiguranju-republike-srpske/> (приступ 19.06.2011.).

¹⁹ Закон о осигурању Републике Србије („Сл. гласник Р. Србије“, бр. 55/04, 70/04-исправка, 61/05, 61/05-др. закон, 85/05-др. закон, 101/07, 63/09-УС, 107/09).

²⁰ Посредовање и посреднике у осигурању регулишу чланови 72-86 ЗО.

²¹ Мусић Ф., Искрено улагање у себе – сигуран добитак за све, Свијет осигурања, Загреб, број 1/2004, стр. 61; Мусић Ф., Пасивна продаја полиса осигурања, Свијет осигурања, број 1/2003, стр. 63; Мусић Ф., Квалитетна организација кућног уреда - увјет успјешног рада, Свијет осигурања, број 2/2004, стр. 63.

²² У Немачкој се тражи, да посредник у осигурању мора писмено водити разговоре са својим комитентом, односно, мора водити посебан записник о разговорима са комитентом.

²³ Ивањко Ш., Заваровални посредник ин световалец - поклиц приходности. Агенс, Љубљана 1999, бр.7, стр. 14.

Оснивање друштва за посредовање у осигурању по ЗО

Друштво за посредовање у осигурању оснива се као акционарско друштво или друштво са ограниченом одговорношћу, на основу закона којим се уређује правни положај предузећа, ако у ЗО поједина питања нису друкчије уређена. Ако се друштво за посредовање у осигурању оснива као акционарско друштво, новчани део основног капитала не може бити мањи од 25.000 евра, а ако се друштво за посредовање у осигурању оснива као друштво с ограниченом одговорношћу, новчани део основног капитала не може бити мањи од 12.500 евра. Ако друштво за посредовање у осигурању обавља и послове заступања у осигурању, износ наведеног, основног капитала, увећава се за 30%.

Друштво за посредовање у осигурању дужно је да у свом пословању обезбеди да основни капитал друштва увек буде у висини која није мања од наведених износа, с тим што у новцу, краткорочним хартијама од вредности и краткорочним пласманима, мора имати најмање 50% укупног износа основног капитала. Захтев за издавање дозволе за обављање послова посредовања у осигурању подносе оснивачи друштва за посредовање у осигурању или, у њихово име, лице које они овласте.²⁴ О захтеву за издавање дозволе за обављање послова посредовања у осигурању, Народна банка Србије одлучује решењем, у року од 60 дана од дана пријема захтева.

Одузимање дозволе друштву за посредовање у осигурању

Народна банка Србије ће одузети друштву за посредовање у осигурању дозволу за обављање послова посредовања у осигурању, ако: 1) друштво за посредовање у осигурању престане да испуњава један од услова из ЗО који регулишу садржину захтева за издавање дозволе за обављање послова посредовања и акте који се подносе уз тај захтев; 2) друштво за посредовање у осигурању својим пословањем угрози интерес осигураника или је утврђено непоштовање закона и других прописа; 3) друштво за посредовање у осигурању посредује за друштво за осигурање које нема дозволу за обављање послова осигурања.

²⁴ Уз овај захтев подноси се: 1) оснивачки акт; 2) доказ да је на привремени рачун код банке уплаћен новчани део основног капитала; 3) списак акционара, односно власника удела; 4) пословни план друштва; 5) доказ да физичка лица која су предложена за чланове управе и надзорног одбора друштва испуњавају услове из ЗО који регулишу издавање дозволе за обављање послова осигурања и реосигурања; 6) доказ о кадровској и техничкој оспособљености друштва; 7) преговор или уговор о осигурању од одговорности за штете које настану обављањем делатности или безусловну финансијску гаранцију банке која је прихваћена од Народне банке Србије на суму осигурања, односно на износ од најмање 100.000 евра у динарској противвредности по средњем курсу Народне банке Србије на дан уплате; 8) доказ о повезаности по основу капитала или на други начин са друштвима за осигурање, друштвима за заступање у осигурању или друштвима за посредовање у осигурању.

Овлашћење за обављање послова посредовања у осигурању

Послове посредовања у осигурању у друштву за посредовање у осигурању могу обављати само запослени у том лицу који имају овлашћење Народне банке Србије, које називамо и овлашћени посредници. Народна банка Србије издаје овлашћење за обављање послова посредовања у осигурању лицу које испуњава следеће услове: 1) има пребивалиште на територији Републике; 2) пунолетно је и има потпуну пословну способност; 3) положило је стручни испит за обављање послова посредовања у осигурању; 4) правноснажном судском одлуком није му изречена мера безбедности или заштитна мера забране обављања делатности. Народна банка Србије ближе прописује садржину и начин полагања испита.

*

* *

На крају овог дела, рећи ћемо да је друштво за посредовање у осигурању које обавља послове посредовања у осигурању на основу налога осигураника, дужно да осигуранику пружи објашњења и савете о околностима које су од значаја за закључење уговора о осигурању. ЗО дефинише и наведено, тако да је друштво за посредовање у осигурању дужно да, нарочито: 1) изради одговарајућу анализу опасности и предложи одговарајуће покриће; 2) изради процену солвентности осигуравајућег друштва, на основу података о пословању тог друштва; 3) посредује, ради преговарања о закључењу уговора о осигурању са осигуравајућим друштвом које, у односу на околности појединог случаја, осигуранику нуди најповољнију заштиту; 4) обавести осигуравајуће друштво о осигураниковој намери да закључи уговор о осигурању и да осигуранику понуди услове осигурања и упозна га са правилима за израчунавање премије; 5) провери садржину полисе осигурања; 6) понуди помоћ осигуранику за време трајања уговора о осигурању, пре и после наступања осигураног случаја, а нарочито да води рачуна о томе да осигураник у утврђеним роковима изврши радње које су од значаја за очување, односно, остваривање права из уговора о осигурању; 7) прати извршавање уговора о осигурању који је осигураник закључио уз његово посредовање; 8) изради предлог за измену закљученог уговора о осигурању, ради веће сигурности осигураника.

Друштво за посредовање у осигурању дужно је да упозна осигураника са свим правним и економским односима са осигуравајућим друштвом, који утичу на непристрасност друштва за посредовање у осигурању у испуњавању обавеза према осигуранику, а што се односи на чињеницу да је друштво за посредовање у осигурању дужно посредовати искључиво у закључењу уговора о осигурању са одређеним осигуравајућим друштвом и да је уговорило право на увећану провизију, у односу на уобичајену провизију за посредовање код одређених врста осигурања.

ЗО је ову материју регулисао „статусним“ законом. Иако је и у истом делу регулисао и посредовање и заступање у осигурању, он је, јасно, раздвојио

ове правне послове. Иначе, највеће друштво за посредовање, које ради на територији Србије, је амерички Marsh.

5) Посредовање у осигурању по праву ЕУ

Важност посредника у осигурању у ЕУ показује и чињеница, да су у претходне три деценије донесене две Директиве и једна Препорука о положају, правима и обвезама посредника у осигурању са анексима. Посредник у осигурању има одређену улогу у продаји осигуравајућих и реосигуравајућих производа у ЕУ.²⁵ Први корак ка остваривању права посредника осигурања је био учињен доношењем Директиве ЕЕЗ број 77/92 од 13.12.1976. године о мерама за ефикасно провођење права до оснивања и слободе обављања услуга у области осигурања.²⁶ Ова Директива примењивала се до почетка примене одредаба националног законодавства, у која је ова Директива била имплементирана. С обзиром на промене на тржишту осигурања, у Европској заједници је 18.12.1991. године донесена и Препорука комисије број 92/48 ЕЕЗ о посредницима осигурања²⁷, која је помогла у усклађивању националних законских одредби о условима за обављање послова посредовања. Средином деведесетих година приступило се изради посебне Директиве о посредницима у осигурању, која би обухватила нове промене на тржишту осигурања, а, посебно, дала основу за обављање посредничких послова банака и неких финансијских институција. Циљ ове Директиве је била њена примена на сва лица, чија је делатност обављање услуга посредовања између трећих лица, кад је у питању накнада, која може бити у новцу или у неком другом облику, зависно од ефикасности деловања посредника. Директива је требало да доринесе усклађивању деловања посредника и с осталим Директивама, а, нарочито са онима које се односе на питање услуга информативног друштва и заштите потрошача на финансијском тржишту.²⁸

На основу наведеног, донесена је 09.12.2003. године, Директива 2002/92/ЕЗ Европског парламента и Савета²⁹, док је Директива 77/92/ЕЕЗ укинута, а

²⁵ Краус Х., Седања ин приходња уредитев статуса ин дејавности заваровалних посредников в Европи, Дневи словенског заваровалништва, Зборник, Љубљана, 1999, стр. 25.

²⁶ Council Directive 77/92/EEC of 13 December 1976 on measures to facilitate the effective exercise of freedom of establishment and freedom to provide services in respect of the activities of insurance agents and brokers (ex ISIC Group 630) and, in particular, transitional measures in respect of those activities (Official Journal L 026, 31/01/1977 P. 0014 – 0019).

²⁷ 92/48/EEC: Commission Recommendation of 18 December 1991 on insurance intermediaries (Official Journal L 019, 28/01/1992 P. 0032 – 0033).

²⁸ Furminski A., Das Image der Versicherung, Zeitschrift für die ges. Versicherungs vesseb., 3/1979.

²⁹ Directive 2002/92/EC of the European Parliament and of the Council of 9 December 2002 on insurance mediation (Official Journal L 9, 15.1.2003, p. 3–10).

део одредаба Препоруке Комисије 98/257 ЕЕЗ од 30.03.1998. године је остао на снази, а што се односи на вансудско решавање спорова потрошача и посредника у осигурању. Наведена Директива јасније одређује одређене појмове, као што је посредник у осигурању и разграничава послове посредовања од сличних послова, који се обављају у области осигурања. Директива се не односи на услуге посредовања, ако се ради о закључењу уговора о осигурању, за које је потребно познавати само садржај једног уговора о осигурању, и ако се такав уговор односи на имовинско осигурање, чија годишња премија већа од 500 евра, а трајање није дуже од пет година. Директива детаљније прописује обавезу држава чланица ЕУ, да уреде питање регистрације посредника у осигурању, како физичких лица, која се тиме баве, тако и правних. Према Директиви, сваки посредник у осигурању, а односи се то и на посреднике у реосигурању, морају имати одговарајуће знање и способности, а морају да испуњавају и услове за обављање тог посла, које одређују чланице у свом законодавству. Начин проверавања тог знања је у надлежности појединих држава. Посредници морају бити угледна лица у својој средини. Посредници не смеју да буду кажњени за кривична дела из области заштите својине и кривична дела у вези са финансијским услугама. Обзиром да посредници наступају у своје име и за свој рачун и одговарају за могућу штету насталу, непрофесионалним радом, својим клијентима, Директива одређује, да сваки посредник мора бити осигуран од одговорности, тако да сума осигурања не сме бити мања од 1 милиона евра за сваки појединачни захтев, односно, укупно 1,5 милиона евра годишње за све могуће одштетне захтеве, а ако то није случај, онда посредник мора имати на располагању имовинску вредност, чију висину прописује држава чланица, као јемство. Посебни услов по Директиви је, да посредници морају имати стална финансијска средства у висини 4 % годишње суме примљених премија, од чега је минимум 15.000 евра.

Посредници у осигурању и Директива „Солвентност II“

Једно од основних питања које се поставља код оваквог дефинисања улоге брокера, односи се на повећање цене премија. То се питање поставља и због примене Директиве ЕУ под називом „Solvency II“ („Солвентност II“). Стручњаци тврде да неће доћи до поскупљења, већ управо супротно, доћи ће до снижења цене полиса, обзиром да ће се створити јача конкуренција. Иначе, циљ увођења „Солвентности II“, односно, примене одредаба Директиве ЕУ бр. 2009/138/ЕС³⁰, која ће се примењивати од јануара 2013. године, јесте увођење свеобухватног управљања ризиком у циљу заштите осигураника.³¹ Сама

³⁰ Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II) (OJ L 335/1, 17.12.2009.)

³¹ Background to the Solvency II Project, http://ec.europa.eu/internal_market/insurance/solvency/

„Солвентност II“ даје могућност примене интерних модела, прилагођених сваком осигуравачу, односно, његовој ситуацији³². „Солвентност II“ представља побољшани регулаторни оквир солвентности осигуравајућих друштава путем: увођења система мерења солвентности заснованог на ризику, чиме се афирмише приступ опрезног мерења степена ризика портфеља осигуравача и пропорционалног утврђивања потребног износа капитала. Предметни пројект у анализу укључује следеће категорије ризика: кредитни ризик, тржишни ризик, пословни ризик, ризик ликвидности и ризик осигурања. Кад су у питању земље у региону, утицај „Солвентности II“ ће настати, пре свега, због: а) евентуалног преузимања и примене правила „Солвентност II“; б) припреме за улазак у ЕУ; в) реосигурања; и г) осигуравајућих друштава која су у власништву власника из земаља ЕУ.

б) Осигурање од професионалне одговорности посредника у осигурању

Веома важно питање за рад посредника у осигурању је питање њиховог осигурања од професионалне одговорности. Појам професионалне одговорности није прецизно дефинисан, али се веже за професије у којима постоје кодекси понашања, струковна удружења, итд.³³ Све је већи тренд уговарања осигурања од професионалне одговорности. У регулисању ових института треба поћи од основних појмова, који дефинишу одговорност и осигурање од одговорности. Осим тога, законодавац мора да води рачуна и о основном циљу који се постиже овим осигурањем, а то је накнада материјалне и нематеријалне штете.

Постоје различита схватања о осигурању од одговорности. Та схватања се крећу од оних, која сматрају да је уговор о осигурању од одговорности, уговор у корист трећих лица, до оних која сматрају да је тај уговор *sui generis*. Ако би прихватили чињеницу да је овај уговор *sui generis*, тада би морали прихватити чињеницу да права из овог уговора треће лице стиче, само кад се догоди штета.³⁴ Но, осигураник не закључује уговор о осигурању од одговорности, да би треће лице стекло извесну корист, него да би себе обезбедио од евентуалних истицања одштетних захтева, у случају настанка штете, тј. осигураног случаја.³⁵ У случају настанка штете, трећа лица би добила основ за подношење захтева за накнаду штете осигуравајућем друштву, које би било дужно да исплати накнаду. Код професионалне одговорности, обавеза на накнаду штете настаје, само, када је до настанка штете дошло због професионалне грешке или пропуста осигураника у извршењу обавеза према трећим лицима, а по

background_en.htm

³² www.osiguranje.hr

³³ Одак В., Обвезна осигурања, Дани хрватског осигурања, Опатија 15.-16.11.2004, стр. 20.

³⁴ Шулејић П., нав. дело, 388.

³⁵ Шулејић П., нав. дело, стр. 388-389.

закљученом уговору или донетој одлуци.³⁶

Код осигурања од професионалне одговорности посредника у осигурању ће се примењивати правила о накнади штете код осигурања од одговорности, што значи да ће се примењивати правила која се примењују и код осигурања имовине. Код ове врсте осигурања се мора доказати узрочна веза, односно чињеница да је поступак посредника у осигурању проузроковао штету клијенту. До једне појаве, до једног догађаја доводи, углавном, сплет разноврсних узрока.³⁷ Значи, да би дошло до обавезе осигуравача на исплату штете, мора да постоји адекватна узрочна веза, а утврђивање адекватне узрочне везе између штетниковог понашања и настале штете је питање, о којем одлучује суд. Оштећено лице има право да ступи у директан контакт са осигуравајућим друштвом, која има закључен уговор о осигурању од одговорности са осигураником – посредником, који је одговоран за штету. Оштећено лице има право на накнаду штете до уговорене осигуране суме, као и на законску камату.³⁸

Овим осигурањем покривена је законска грађанска одговорност осигураника за чисто финансијске штете учињене корисницима услуге посредовања у осигурању, које настају као последица пропуста и грешака у обављању професионалне делатности посредовања у осигурању, као и повредом прописа којима је регулисана наведена делатност. Осигуравајуће покриће пружа се само за случајеве из обављања послова посредовања у осигурању за које је посредник у осигурању добио писмено овлашћење од стране трећег лица пре настанка осигураног случаја. Предмет осигурања су и судски трошкови које осигураник може да има у вези са осигураним случајем³⁹. Иначе, код осигурања од одговорности посредника у осигурању, премија осигурања се утврђује на основу следећих елемената: 1) годишњи износ провизије; 2) висина покрића (сума осигурања); 3) обим покрића (франшиза); 4) елементи наведени у Тарифи премија.⁴⁰

У Хрватској је регулисана ова врста осигурања. Минимални износ покрића је утврђен Законом о осигурању Хрватске⁴¹ у коме се одређује да је друштво за посредовање дужно да у року од једне године од дана ступања на снагу овога Закона има закључен уговор о осигурању од одговорности или обезбеђено одговарајуће јемство. Посредник у осигурању мора имати

³⁶ Чоловић В., Обавезно осигурање од одговорности стечајног управника, Традиционално IV саветовање правосуђа „Стечај и приватизација“, Вршац 2007, Зборник радова, стр. 132.

³⁷ Станковић О., Водинелић В., Увод у грађанско право, Београд 1996, стр. 217.

³⁸ Керета Ј., Осигурање од професионалне одговорности, часопис Сигурност, вол. 48, бр. 3 (01.10.2006.), стр. 323.

³⁹ <http://www.dunav.com>

⁴⁰ <http://www.euroherc.hr/osiguranje-odgovornosti-tvrtke/odgovornost-posrednika-u-osiguranju-reosiguranju> (приступ 27.06.2011.)

⁴¹ Закон о осигурању Републике Хрватске (Народне новине бр. 151/05, 87/08, 82/09).

закључено осигурање од одговорности из делатности посредовања у осигурању са сумом осигурања од најмање 7,5 (око милион евра) милиона куна по сваком одштетном захтеву, односно, 11,2 милиона куна (око милион и по евра) за све одштетне захтеве у једној години.

Кад су у питању искључења из ове врсте осигурања, осигуравајућа друштва неће бити у обавези да плате штету у следећим случајевима: а) због намерно и преварно проузрокованих штета од стране уговарача осигурања или осигураника; б) због пропуста или грешака насталих пре закључивања уговора о осигурању од одговорности; в) због штета насталих услед прекорачења овлашћења из пуномоћи за посредовање у осигурању.⁴²

7) Закључак

Основни задатак посредника, односно, брокера у осигурању, је да понуди клијенту оно што је најбоље за њега од онога што се на тржишту осигурања нуди. Посредовање и сам посредник – брокер, у осигурању представљају кључну карику у ланцу између осигуравајућих друштава и корисника неког вида осигурања. Посредници имају главну улогу у односима страна које имају супротстављене интересе, тј. осигуравајућих друштава која имају за циљ да клијенту наплате максималну премију уз минималан ризик да дође до осигураног случаја са једне стране, и клијената који теже да уз плаћање што ниже премије обезбеде максимално покрића предмета осигурања.⁴³ Посредовање у осигурању у земљама у региону није развијено као у земљама чланицама ЕУ. Разлози за незнатно учешће посредника у остваривању премије осигурања су бројни. Они се односе на развој осигурања, статус осигурања, као и на регулисање те области. Закључке, односно примедбе, које ћемо изнети, односе се, пре свега, на законодавца у Републици Српској, односно на ЗПО. Те примедбе су следеће:

1) Назив Закона не одговара садржини истог, обзиром да се у ЗПО регулише и заступање у осигурању. Видели смо, напред, да се делатности посредовања и заступања разликују, односно, да се разликују основне карактеристике уговора који дефинишу ове две делатности;

2) Друга примедба се може односити и на друга законодавства, као што је законодавство Србије. Наиме, није направљена јасна дистинкција између посредника у осигурању, као физичких лица и друштва за посредовање у осигурању. У истој одредби се говори и о брокеру и о брокерском друштву, тако да се не може, увек, схватити, да ли се ради о физичком или правном лицу. Та грешка се може исправити на тај начин, што би се у посебним одредбама регулисала сва питања везана, посебно за брокере, посебно за брокерска

⁴² <http://www.crosig.hr/osiguranja/osiguranje-imovine/osiguranje-odgovornosti/osiguranje-od-odgovornosti-posrednika-u-osiguranju-i-reosiguranju> (приступ 27.06.2011.)

⁴³ Тасић М., Брокери у осигурању, Пословна политика, бр. 6-7, вол. 37, Београд 2008, стр. 44.

друштва за осигурање. У законодавству Србије нису јасније дефинисани овлашћени посредници и њихов статус у односу на друштво за посредовање;

3) Термини „брокер“ и „брокерско друштво“ су, у ЗПО, коришћени на неадекватан начин у односу на коришћење појма „посредник“;

4) Уопште, сам текст ЗПО је несистематичан. Разлог томе је оно што смо рекли напред, а то је да назив закона не одговара садржини. Осим тога, има доста нелогичности, а поменућемо само неке. Нпр., у ЗПО се каже да „Брокерска друштва у осигурању морају поставити овлашћеног заступника, који је регистровани појединац брокер у осигурању.“⁴⁴ Затим, у истој одредби се говори о оснивачком капиталу и о закључењу уговора о осигурању од одговорности⁴⁵. Следеће, у одредби која дефинише давање дозволе за рад, врло је нејасан део који одређује кад дозвола за рад неће остати на снази. То се односи, пре свега, на документа која ту чињеницу морају да докажу⁴⁶.

Велика предузећа би требало да чешће користе услуге посредника у осигурању, односно, све потенцијале које им пружа осигуравајућа заштита. Но, чињеница је да у нашем региону није тако. Таква ситуација би могла да се исправи, тако што би посредници у осигурању сваком поједином клијенту – осигуранику, понудили прилагођен уговор о осигурању, тј. полису, у односу на предмет осигурања. За правно регулисање ових односа битно је да се, на нивоу професионалног удружења брокера осигурања које тек треба да се оснује, израде јединствени општи услови овог уговора по узору на најразвијенији правни систем у овој области - право В. Британије, обзиром да ЕУ још није остварила став Европске комисије да се донесе Закон о брокерима осигурања и да се донесе Кодекс о професионалном понашању брокера осигурања по узору на Кодекс понашања британских регистрованих брокера осигурања. У правном нормирању (општих услова) уговора о брокеражи у пословима осигурања новим брокерским фирмама значајну помоћ могу и треба да пруже осигуравајуће организације, с обзиром на њихову повезаност у пословању на тржишту осигурања и на околност да ће осигурање одговорности посредника у осигурању бити уврштено у услове за добијање лиценце за рад ових фирми, односно у корпус обавезних осигурања.⁴⁷

⁴⁴ Члан 13, ст.1 ЗПО.

⁴⁵ Члан 14, ст.1 ЗПО.

⁴⁶ Члан 15, ст.1 ЗПО.

⁴⁷ Славнић Ј., Уговор о брокеражи у пословима осигурања - нови тип уговора у нашем праву, Правни живот бр. 5-6, вол. 52, Београд 2003, стр. 33.

Prof. Vladimir Čolović, Ph.D
Institute of Comparative Law, Belgrade

STATUS OF INSURANCE BROKER

Summary

Insurance brokerage is activity which perform individuals and legal entities. This activity is very important for insurance. Insurance broker (individual or legal entity) attempts to correlate the policyholders or the insured with the insurance company. Insurance broker is entitled to a commission fee for the insurance brokerage. This paper pays attention to regulating the status of insurance brokers in the Republic of Srpska, in Serbia and in the other countries. The author critically reflects on some decisions in the legislation of the Republic of Srpska. This paper presents some proposals for the future regulation of this topic. In Serbia, the insurance brokerage is regulated by the "status" law, that regulates, in general, the status of insurance companies. On the other hand, in the Republic of Srpska, this topic is regulated by special act. The biggest criticism that can be send to the legislator of the Republic of Srpska refers to the name of the act. Otherwise, the insurance brokerage has much more importance in other countries. In other countries, the amount of premiums earned by the insurance brokers is very large. Also, this paper presents the regulation of this topic in EU legislation.

Key words: *brokerage, insurance, broker, premium, insurance company, insured, fee.*

ПОСТУПАК ЗА НАКНАДУ ШТЕТЕ КОД ОСИГУРАВАЧА У ОБАВЕЗНОМ АУТООСИГУРАЊУ

Мр Слободан Илијић*

Апстракт: Рад обрађује поступак за накнаду штете код осигуравача у обавезном аутоосигурању.

Кључне ријечи: Накнада штете, поступак, осигуравач, обавезно аутоосигурање.

1. Уводне напомене

1.1. Предмет овог рада чине одредбе закона из свих бивших република СФРЈ о поступку за накнаду штете оштећеног пред штетниковим осигуравачем у оквиру обавезног осигурања од аутоодговорности. Са изузетком Словеније, која је већ чланица ЕУ, све остале републике бивше СФРЈ налазе се на путу ка чланству у ЕУ и све су регулисале поступак за накнаду штете оштећеног према штетниковом осигуравачу у обавезном аутоосигурању. Све републике бивше СФРЈ регулисале су овај поступак законом и то по узору на комунитарно право осигурања ЕУ. По редоследу излагања, најпре су изложене одредбе о поступку за накнаду штете оштећеног према штетниковом осигуравачу у обавезном осигурању од аутоодговорности по основу Закона о обавезном осигурању у саобраћају из 2009. године¹ (скраћено: Закон из 2009.) Републике Србије, а затим су изложене одредбе важећих закона из материје обавезног осигурања у саобраћају осталих република бивше СФРЈ о поступку за накнаду штете према штетниковом осигуравачу у оквиру одредаба обавезног осигурања од аутоодговорности. Ради свестранијег сагледавања предмета овог рада, ове законске одредбе доведене су у везу и са правним изворима алтернативних начина решавања спорова у Словенији и Хрватској. На крају, посебно је разматрана усклађеност законских одредаба о поступку за накнаду штете у

* Мр Слободан Илијић, члан Председништва Удружења правника Србије.

¹ „Службени гласник РС“, бр. 51/2009 од 14. јула 2009. године.

обавезном аутоосигурању са њиховим узором у комунитарном правном извору ЕУ, чиме је омогућено извођење одговарајућих закључака.

1.2. У Закону из 2009. године регулисана су четири облика обавезног осигурања у саобраћају. То су: осигурање путника у јавном превозу од последица несрећног случаја, затим осигурање власника моторних возила од одговорности за штету причињену трећим лицима, потом осигурање власника ваздухоплова од одговорности за штету причињену трећим лицима и путницима и најзад, осигурање власника чамаца од одговорности за штете причињене трећим лицима. У вези са поступком за накнаду штете оштећеног пред штетниковим осигуравачем, укратко указано је и на улогу Удружења осигуравача Србије (скраћено: Удружење), као и на улогу Гарантног фонда². Одредбе о поступку за накнаду штете оштећеног пред штетниковим осигуравачем чине једну од најважнијих новина у оквиру одредаба о обавезном осигурању од аутоодговорности у Закону из 2009. године. Законске одредбе о овом поступку лоциране су, пре свега, у глави, у којој је регулисано осигурање власника моторних возила од одговорности за штету причињену трећим лицима. У свим републикама бивше СФРЈ, укључујући Србију, ове одредбе о поступку за накнаду штете оштећеног пред штетниковим осигуравачем регулисане су први пут законом.

1.3. Држава Србија се стратешки определила ка чланству у ЕУ. Уставноправно то стратешко опредељење изражено је већ у члану 1. Устава Републике Србије. Наиме, у члану 1. Устава РС предвиђено је, између осталог, да је Република Србија, као држава, заснована на припадности европским принципима и вредностима. Из тог уставног основа произилази прилагођавање домаћег законодавства праву ЕУ или текућа реформа целокупног законодавства Републике Србије. Тај уставни основ инспирисао је и законодавца да област обавезног осигурања од аутоодговорности прилагоди што више одредбама директива о обавезном осигурању од грађанске одговорности из употребе моторних возила за штете причињене трећим лицима.³ Ноторна је чињеница да Србија није чланица ЕУ, тако да је прилагођавање наведеним директивама ЕУ у Закону из 2009. предвиђено у више временских етапа. Прва група законских одредаба, прилагођена наведеним директивама ЕУ, ступила је на снагу 12. октобра 2009. године, тј. када и Закон из 2009. Неке законске одредбе почеле су да се примењују од 1. јануара 2010. године, друга група одредаба ће почети да се примењују за годину, трећа група одредаба за две, а четврта

² Приказ најважнијих одредаба овог Закона у мр Слободан Илијић: Закон о обавезном осигурању у саобраћају, Стручно-информативни часопис ИП „Интермекс“, Београд, „Правни информатор“ бр. 4/2010, стр. 54-60.

³ Прва Директива 72/166 ЕЕЦ од 24. априла 1972. године; друга Директива 84/5/ЕЕЦ од 30. децембра 1983. године; трећа Директива 90/232/ЕЕЦ од 14. маја 1990. године; трећа Директива 2000/26/ЕС од 16. маја 2000. године; пета Директива 2005/14/ЕЦ од 11. маја 2005. године. Ових свих пет упутстава замењено је Директивом 2009/103/ЕЦ од 16. септембра 2009. године.

група одредаба почеће да се примењује за три године рачунајући од 12. октобра 2009. године. Последња група одредаба почеће да се примењују тек од момента кад Србија приступи ЕУ и СТО⁴. Временски различит почетак примене појединих одредаба Закона, прилагођених наведеним директивама ЕУ, определио је и предмет овог рада. Правном анализом овог рада обухваћене су само оне законске одредбе о поступку за накнаду штете оштећеног пред штетниковим осигуравачем, које су ступиле на снагу 12. октобра 2009. године. При том, из упоредног права осигурања скренута је пажња свим републикама бивше СФРЈ да је европско право осигурања у области обавезног осигурања од аутоосигурања подложно честим променама⁵, па неке од одредаба, за које се данас сматра да су прилагођене директивама ЕУ, можда већ сутра неће више бити прилагођене директивама ЕУ, односно директиве ЕУ могу да буду у међувремену измењене и допуњене.

1.4. У Европи, укључујући све републике бивше СФРЈ, евидентирано је велико учешће моторних возила у саобраћају на путевима, а за овим дошло је до знатног пораста саобраћајних незгода, што је у комунитарном праву ЕУ условило пораст бриге за жртве саобраћајних незгода. Услед тога, порасла је учесталост подношења захтева оштећених саобраћајном незгодом непосредно осигуравачима, како од стране стварно оштећених, тако и од стране „оштећених“⁶ (покушаји преваре и др.). Паралелно и континуирано, ЕУ је већ 50 година усавршавала комунитарне прописе из домена обавезног осигурања од аутоодговорности, тако да се у стручним круговима сматра да је у оквиру комунитарног права ЕУ ово једна од најуређенијих области тог права. Поред тога, у већини република бивше СФРЈ забележен је велики број судских спорова поводом саобраћајних незгода. То је условило да се већина законодаваца држава бивше СФРЈ декларисала да ће путем овог поступка за накнаду штете оштећеног пред штетниковим осигуравачем смањити број судских спорова поводом саобраћајне незгоде и убрзати исплату накнаде из овог осигурања. Такође, један број законодаваца република бивше СФРЈ, регулишући овај поступак, позвао се на циљ из наведених директива да ће у законима из материје обавезног осигурања у саобраћају побољшати правни положај жртава саобраћајних незгода, да убрзају исплату накнаде штете. На овако конципираним циљевима закона, односно одредбама о овом поступку, огледа се значај задате теме.

⁴ Детаљније о структури Закона, Мр Слободан Илијић: Поводом Закона о обавезном осигурању у саобраћају РС, час. за теорију и праксу осигурања Компаније „Дунав осигурање“ а.д.о. „Токови осигурања“ бр. 4/2009, стр. 31-40.

⁵ Доц. др Маријан Ђурковић: Нови сустав обавезног осигурања од аутомобилске одговорности у Републици Хрватској, Зборник радова Удружења за право осигурања СЦГ са саветовања, одржаног априла 2006. на Палићу, на општу тему „Осигурање у сусрет процесу придруживања СЦГ ЕУ“, Палић, 2006, стр.141-154.

⁶ СЕА – Comite Europeenne des Assurances – Press release од 13. фебруара 2008. године.

1.5. У свим републикама бивше СФРЈ поступак за накнаду штете у обавезном осигурању од аутоодговорности регулисан је у законом. У свим републикама бивше СФРЈ називи ових закона су слични. Конкретно, у сваком од закона из материје обавезног осигурања у саобраћају предмет пажње овог рада су одредбе о поступку за накнаду штете оштећеног пред одговорним осигуравачем. Још конкретније, тежиште анализе је на законских одредаба о роковима и условима – стандардима повезаним са тим роковима у поступку за накнаду штете оштећеног пред штетниковим осигуравачем. Из свих ових закона очигледно је да је поступак за накнаду штете оштећеног пред штетниковим осигуравачем могао је да буде завршен, окончан, или задовољством оштећеног или његовим незадовољством. У овом другом случају, пред оштећеним су се отварао два пута. Један пут је водио ка суду, парници, а други пут је водио ка различитим институцијама алтернативног начина решавања спорова. Овај други пут ниједна република бивше СФРЈ није регулисала у одредбама закона из материје обавезног осигурања у саобраћају. У вези са овим другим путем ваља имати у виду да је у свим републикама бивше СФРЈ до „открића“ алтернативног начина решавања спорова долазило под утицајем развоја у чланицама ЕУ. Разуме се, регулатива институција алтернативног начина решавања спорова имала је у виду одредбе поступка за накнаду штете оштећеног пред штетниковим осигуравачем, с обзиром да је обавезно аутоосигурање најпропулзивнија врста послова осигурања у свету. Другим речима, у свим републикама бивше СФРЈ право потрошача почело је да стиче право грађанства, тако да је у једној републици бивше СФРЈ акценат дат на заштитнику осигураника (омбудсман), а у другој републици на мирење, посредовање између сукобљених интереса и сл. Почетне импулсе за развијање институција алтернативног начина решавања спорова давала је држава, а касније је почело да се развија аутономно право, негде више негде мање еманциповано од државног права. На тај начин, ако је оштећени остао незадовољан коначном, завршном, одлуком осигураваача из поступка за накнаду штете пред штетниковим осигуравачем, он је могао да тражи задовољење свог захтева пред наведеним новим институцијама или пак пред судом. У сваком случају, у свим републикама бивше СФРЈ присутна је тенденција да незадовољни оштећени одлуком осигураваача о његовом захтеву поводом саобраћајне незгоде, после завршетка тог поступка, треба да потражи правду у неком од облика алтернативног начина решавања спорова у тој републици. У овом раду било би преурањено да се износи ма каква оцена исхода тенденције у примени алтернативних начина решавања спорова поводом саобраћајне незгоде, после незадовољавајућег завршетка поступка за накнаду штете пред штетниковим осигуравачем.

2. Поступак за накнаду штете у обавезном осигурању од аутоодговорности у Републици Србији

2.1. Припрема за покретање поступка за накнаду штете за оштећеног почиње временски од тренутка када се догодила саобраћајна незгода, а за одговорног осигуравача од тренутка кад буде обавештен о саобраћајној незгоди у којој је учествовао његов осигураник по основу обавезног осигурања од аутоодговорности. Наиме, у Закону из 2009. је предвиђено да је власник моторног возила, односно учесник у саобраћајној незгоди, дужан да одговорног осигуравача обавести о саобраћајној незгоди у року од 15 дана од дана када се саобраћајна незгода догодила (члан 23). Међутим, ако то власник моторног возила не учини, Закон је запретио власнику да може да буде кажњен за привредни преступ (члан 97. став 1. тачка 3). Од доставе обавештења о саобраћајној незгоди на обе стране, тј. на страни оштећеног и на страни одговорног осигуравача, почињу припреме за централну фазу правног односа у настајању. Кад оштећени прикупи оно што сматра да поткрепљује његов захтев, односно кад буде располагао чињеничним и доказним материјалом за који сматра да је довољан за успешан одштетни захтев, тада ће поднети одштетни захтев непосредно штетниковом осигуравачу. Пропуст, штетна радња штетника у саобраћају постаје законски основ за настанак правног односа између оштећеног и штетниковог осигуравача. У вези са овом фазом правног односа за накнаду штете, треба се подсетити да је важећи закон прописао да сваки возач-учесник у саобраћају мора да носи собом полису осигурања, са циљем да је приликом саобраћајне незгоде стави на увид осталим учесницима у саобраћајној незгоди, а затим да попуни на лицу места Европски извештај о саобраћајној незгоди и сл., односно све оно што се у таквим околностима чини по основу Закона из 2009. и важећег Закона о безбедности саобраћаја на друмовима, односно по основу подзаконских општих аката донетих на основи тих закона. Међутим, Законом из 2009. је предвиђено да оштећено лице саобраћајном незгодом може да поднесе одштетни захтев свом осигуравачу, односно осигуравачу са којим је закључио уговор о осигурању од аутоодговорности (члан 24. став 2.). Регулисање накнаде тзв. директне штете већ постоји у низу развијених привреда ЕУ⁷, а предвиђено је да се уведе као могућност и у Закону из 2009.⁸, као и у неким од закона република бивше СФРЈ. Наведено регулисање накнаде тзв. директне штете као облик поступка

⁷ Дипл. правник Ненад Р. Терзић, директор АБУС-а Београд: Директно регулисање штета у осигурању од аутоодговорности, Зборник радова Удружења за право осигурања Југославије са саветовања, одржаног априла 2003. на Палићу, на општу тему „Право осигурања у транзицији“, Палић, 2003, стр.149-155.

⁸ Проф. др Синиша Огњановић: Социјализација грађанске одговорности у српском праву путем обавезних осигурања, Зборник радова Удружења за право осигурања Србије са саветовања, одржаног априла 2009. на Палићу, на општу тему „Интеграција (права) осигурања Србије у европском (ЕУ) систему осигурања“, Палић, 2009, стр. 284-298.

за накнаду штете оштећеног остаће изван предмета овог рада, с обзиром да је тај поступак предвиђен само као једна од законских могућности за појединог осигураваача, а не као законска обавеза за све осигуравааче на територији Србије.

2.2. Правни однос по захтеву за накнаду штете оштећеног саобраћајном незгодом и штетниковог осигураваача прерашће у централну фазу поступка за накнаду штете оштећеног пред штетниковим осигураваачем оног момента када оштећени поднесе документован одштетни захтев непосредно том осигураваачу. Оштећени је подношењем одштетног захтева пријавио непосредно штетниковом осигураваачу да је он треће лице, а да је његов осигураник стварно штетник у саобраћајној незгоди, због које је одштетни захтев поднет. Међутим, комплетирање одштетног захтева или доказивање да се десио осигурни случај не иде лако ни брзо, а од компликованости случаја и с тим у вези прикупљеног чињеничног и доказног материјала првенствено зависи ток поступка за накнаду штете пред штетниковим осигураваачем. Законодавац Србије је правно квалификовао подношење захтева оштећеног код осигураваача као – остваривање потраживања оштећеног лица према одговорном осигураваачу непосредно (члан 24. став 1.). У најкраћем, одговорни осигураваач је обавезан да писменим путем с образложењем одговори на поднети захтев у року од 90 дана (разуме се, може захтев да оцени као неоснован), затим одговорни осигураваач је дужан да утврди основ и висину захтева у року од 45 дана од дана његовог пријема за штету на стварима, а у року од 90 дана од дана пријема захтева за штету на лицима, као и да о томе достави образложену понуду подносиоцу захтева, а да у даљем року од 14 дана и исплати накнаду штете. Најзад, осигураваач је дужан да малу штету, односно документован захтев за накнаду штете у вредности мањој од 500 евра исплати у року од осам дана од дана пријема захтева. Прекорачењем тих рокова од стране осигураваача законодавц је оштећеном признао право да може да поднесе тужбу суду, као и да о томе обавести Народну банку Србије (скраћено: НБС) (члан 24. став 2.). Ова кључна законска решења сходно се примењују и на захтеве за накнаду штете поднете Гарантном фонду (чл. 90. и 95.), а сходно се примењују и на одговорност власника ваздухоплова за штету причињену трећим лицима и путницима, као и на одговорност власника чамаца за штету коју причини трећим лицима. У вези са наведеним роковима може да се постави начелно правно питање – какав став ће заузети судови, ако незадовољни оштећени ипак поднесе тужбу суду против одговорног осигураваача пре истека наведених рокова прописаних Законом из 2009. године? Док судови не буду стандардизовали свој став по том правном питању, ово правно питање ће остати отворено.

2.3. Закон из 2009. год. је прописао велики број рокова и с тим у вези услова – стандарда у поступку за накнаду штете оштећеног код одговорног осигураваача. На те рокове и услове – стандарде мора да пази осигураваач, а доцније и надзорни орган над делатношћу осигурања. Тиме су отворени

нови правни аспекти овог поступка. Наиме, Закон из 2009. год. је обавезао непосредно одговорног осигуравача да мора да формира посебну књигу штета и да устроји трајну евиденцију одштетних захтева (члан 24. став 4. Закона). Разуме се, књига штета најмање мора да садржи податак о дану пријема захтева, затим нужно је да се у књизи захтеви уписују по редоследу пријема, као и низ других података (о подносиоцу захтева, о околностима саобраћајне незгоде и др.). За целовито сагледавање овог аспекта поступка за накнаду штете нужно је одредбе о посебној књизи штета у Закону довести у везу са одредбама о регистру штетних догађаја, потом са одредбама о формирању базе података код сваког осигуравача, као и са одредбама о Информационом центру на нивоу Удружења, па са правом бесплатног приступа и др., што све захтева да се повезано и детаљно подзаконско регулисање. Да евидентирање захтева за накнаду штете није само пуки административни посао, постарала се сама пракса осигурања. Наиме, у осигуравајућој пракси покренуто је питање да ли сваки одштетни захтев поводом једне саобраћајне незгоде треба посебно да се евидентира или због више оштећених у истој саобраћајној незгоди све поднете захтеве за накнаду штете треба повезано евидентирати?⁹ Најзад, кад одговорни осигуравач исплати штету оштећеном, он стиче право регреса од осигуравача код кога је осигуран одговорни за штету причињену оштећеном. Дакле, став по питању како правилно треба да се евидентира захтев за накнаду штете и ажурна евиденција одштетних захтева омогућавају сагледавање судбине сваког појединог поступка за накнаду штете оштећеног код штетниковог осигуравача много година уназад, што чини врло важан аспект обавезног осигурања од аутоодговорности.

2.4. Једна од специфичности Закона из 2009. год., у односу на законе свих република бивше СФРЈ, састојала се у томе што је регулисан кратак рок у поступку мале штете проузроковане саобраћајном незгодом. Још у фази Нацрта овог закона, део струке осигурања¹⁰ је предлагао да се регулише мала штета у колоквијалном смислу те речи, с образложењем да су мале штете најбројније у пракси тог осигуравача. Законодавац је прихватио предлог и регулисао је појам мале штете. По законском појму мала штета је она штета за коју одштетни захтев износи мање од 500 евра у динарској противвредности и за коју су достављени докази на основу којих се може утврдити обавеза штетниковог осигуравача, те се и исплата има да изврши у року од осам дана од дана пријема захтева (члан 106. Закона). Даље, у вези са одштетним захтевом осигуравач је дужан да у року од 14 дана од дана пријема захтева утврди основ и висину одштетног захтева, затим да достави подносиоцу захтева образложену понуду за накнаду штете

⁹ Артур Демек интервјуисао Небојшу Дивљана, председника Управног одбора Удружења осигуравача Србије под насловом: Извучимо се, коначно, из деведесетих, час. Фонда за развој осигурања из Н. Сада, „Свет осигурања и финансија“ бр. 2/2010, стр. 30-35.

¹⁰ Небојша Дивљан, председник Управног одбора Удружења осигуравача Србије: Актуелна питања тржишта осигурања у Србији, час. Удружења за право осигурања Србије „Ревиија за право осигурања“ бр. 1-2/2008, стр. 48.

и најзад, да исплати накнаду штете (члан 25. став 1. Закона). Међутим, ако поднети одштетни захтев не буде потпун, осигураваач је дужан да се писменим путем обрати подносиоцу захтева у року од осам дана од дана пријема захтева и да затражи употпуњење, односно комплетирање документације уз поднети захтев (члан 25. став 2. Закона). У сложенијим одштетним захтевима, по оцени законодавца, одговорни осигураваач није објективно у могућности да у року од 14 дана утврди основ и висину одштетног захтева, па је законодавац прописао дуже рокове и с тим у вези услове – стандарде поводом таквих захтева. Предвиђено је да је осигураваач дужан да утврди основ и висину захтева у року од 45 дана од дана пријема захтева, ако је у оквиру одштетног захтева тражена штета на стварима, а ако је у оквиру одштетног захтева тражена штета на лицима, осигураваач је дужан да утврди основ и висину одштетног захтева у року од 90 дана од дана пријема тог захтева. По протеку рока од 45, односно по протеку рока од 90 дана од дана пријема захтева, прописано је да је осигураваач дужан да исплати накнаду штете у даљем року од 14 дана у оба случаја (члан 25. став 3. Закона). Поред тога, законодавац је предвидео животну ситуацију из осигуравајуће праксе да се могу разликовати висина потраживања и понуђена висина штете од стране осигураваача. У том случају осигураваач је дужан оштећеном да понуди и исплати неспорни део потраживања у наведеним роковима од 45 дана (за штету на стварима), односно 90 дана (за штету на лицима). При томе, ако оштећени прихвати неспорни део одштетног захтева, законодавац је предвидео да то не утиче на право оштећеног на потраживање преосталог, спорног дела одштетног захтева (члан 25. став 4. Закона). Најзад, законодавац је предвидео и животну ситуацију у којој је одштетни захтев неоснован. У том случају обавезан је осигураваач да писменим путем образложи своју оцену да захтев нема основа и да о томе обавести подносиоца захтева у року од осам дана од дана када је утврдио да је захтев неоснован, при чему достава тог образложеног писменог обавештења мора да буде још у оквиру напред одређених рокова од 45 дана, односно 90 дана, као и рока од 14 дана (члан 25. став 5. Закона). Наведени рокови и с тим у вези услови – стандарди поступка за накнаду штете оштећеног пред штетниковим осигураваачем у оквиру обавезног осигурања од аутоодговорности разликују се од рокова и услова – стандарда прописаних законима других република бивше СФРЈ у истом поступку.

3. Осврт на поступак за накнаду штете у обавезном аутоосигурању у републикама бивше СФРЈ

3.1. Поступак за накнаду штете оштећеног код одговорног осигураваача у законима република бивше СФРЈ у оквиру материје обавезног осигурања у саобраћају донео је различита решења. Хрватски Закон о обавезним осигурањима у промету¹¹ регулисао је да је одговорни осигураваач дужан да у

¹¹ „Народне новине“, бр.151/2005, 36/2009 и 75/2009.

случају неимовинске штете најкасније у року од 30 дана, а у случају имовинске штете најкасније у року од 14 дана од дана подношења захтева достави образложену понуду за накнаду штете, ако су одговорност за накнаду штете и висина штете неспорни, односно образложени одговор ако су одговорност за накнаду штете или висина штете спорни (члан 12. став 1.). Даље, у истом члану је предвиђено ако одговорни осигуравач у року из става 1. овог члана не достави оштећеном лицу образложену понуду за накнаду штете, односно образложени одговор, оштећено лице може против њега да поднесе тужбу. Ако је тужба против одговорног осигуравача или одговорног лица поднета пре протекла рокова из става 1. члана 12. тог закона сматраће се да је преурањена (члан 12. став 2.). Ако одговорни осигуравач није у могућности да утврди коначан износ штете, исплатиће неспорни износ накнаде штете као предујам у року прописаном у ставу 1. члана 12 (члан 12. став 3.). Ако одговорни осигуравач не изврши исплату накнаде штете у року из става 1. члана 12, оштећени има право, уз дужни износ накнаде штете, и на исплату камате и то од дана подношења захтева (члан 12. став 4.). Најзад, у случају неимовинске штете у поступку пред одговорним осигуравачем оштећени има право да приложи налаз и мишљење независног вештака кога је лично изабрао (члан 12. став 5.).

Словеначки Закон о обавезним осигурањима у промету¹² предвидео је да осигуравач мора најкасније у року од три месеца од дана када је оштећени поднео одштетни захтев да достави образложену понуду за штету, ако је штета неспорна и у целини обрађена или образложен одговор, ако је одговорност спорна и штета није била тачно утврђена, односно штета није била у целини обрађена¹³ (члан 20а. став 1. алинеја 1 и 2.). Против осигуравача, који у року из алинеје 1. става 1. члана 20а. не достави предлог понуде оштећеном најкасније у року од три месеца од дана када је поднет одштетни захтев, оштећени може да поднесе тужбу суду (члан 20а. став 2.). За разлику од хрватског закона у словеначком закону није превиђена посебна камата због неисплаћивања накнаде штете у прописаном року. Најзад, треба напоменути да у законодавству Хрватске постоји разлика између Закона о обавезном осигурању у саобраћају и Закона о облигационим односима¹⁴ по питању од када тече право на камату, што је изазвало интересантну дискусију која је у току.

¹² „Урадни лист“, бр. 93/2007 од 12. октобра 2007 (службени пречишћени текст).

¹³ Ibidem, члан 20а.

¹⁴ Мр Славен Добрић, члан Управе Allianz Реосигурање д.д.: Тијек и висина затезне камате на накнаду неимовинске штете, Загреб, „Свијет осигурања“ бр. 3/2008, стр. 44-46; Дипл. правник Младенка Грѓић, Еурохерц осигурање д.д.: Затезне камате у обради штета од аутомобилске одговорности, Загреб, „Осигурање“, хрв. час. за теорију и праксу осигурања, бр.10/2008, стр. 20-29; Дипл. правник Ивица Црнић, адв. из Загреба: Затезне камате у случају накнаде штете, Зборник радова Удружења за одштетно право са 12. међународног научног скупа, одржаног септембра 2009. на Златибору, на општу тему „Накнаде штете, безбедност саобраћаја и обавезно осигурање“, стр. 106-127 и др.

3.2. Република Српска је 2005. године донела Закон о осигурању од одговорности за моторна возила и осталим обавезним осигурањима од одговорности¹⁵ (скраћено: Закон РС). Према ставу 1. члана 9. тог закона осигураваач је дужан да, након што подносилац захтева приложи сву потребну документацију, обради одштетни захтев и одлучи о његованој основаности у року од 15 дана, а ако осигураваач утврди да постоји његова законска обавеза за накнаду штете, дужан је да у даљем року од 14 дана исплати износ накнаде претрпљене штете. Према ставу 2. члана 9. Закона РС обавеза осигураваача из става 1. овог члана не искључује и не суспендује право оштећене стране да се непосредно после незгоде обрати Омбудсману за осигурање Агенције РС или надлежном суду. Поред тога, чланом 29. тог закона је прописано да ће одредбе Закона о осигурању имовине и лица („Службени гласник РС“, бр. 14/2000 и 20/2000) остати на снази до доношења прописа који ће регулисати остала обавезна осигурања, која нису осигурање од аутоодговорности. У члану 29. тог закона је прецизирано да међу остала обавезна осигурања по Закону о осигурању имовине и лица спадају обавезно осигурање за путнике у јавном саобраћају од последица несрећног случаја, затим обавезно осигурање власника, односно корисника ваздухоплова од одговорности за штете причињене трећим лицима и најзад, обавезно осигурање власника, односно корисника бродница на моторни погон од одговорности за штете причињене трећим лицима. Дакле, одредбе Закона РС су предвиђале да је регулисано само обавезно осигурање од одговорности за употребу моторних возила, да је у то обавезно осигурање уграђен поступак за накнаду штете оштећеног пред одговорним осигураваачем са прописаним роковима и условима – стандардима за тај поступак. Специфичност Закона РС представљало је право оштећеног да бира да ли ће се обратити омбудсману или ће поднети директну тужбу суду, после окончања поступка за накнаду штете пред одговорним осигураваачем у коме је остао незадовољан. Међутим, доцније законодавац Републике Српске укинуо је право оштећеног да оптира између поступка за накнаду штете пред осигураваачем у обавезном осигурању од аутоодговорности и алтернативног начина решавања спора (пред омбудсманом), односно приклонио се решењима каква садрже закони осталих република бивше СФРЈ у којима такве опције није било. Према закону, који је важио у Федерацији БиХ, кључна одредба се разликовала од наведене одредбе Закона РС. Наиме, кључна одредба из закона Федерације БиХ била је да је осигураваач у обавези да у року од 90 дана од пријема „документованог захтева“ понуди исплату или да објасни зашто није у могућности да исплати накнаду штете.¹⁶

¹⁵ „Службени гласник Републике Српске“, бр.17/2005 од 28. фебруара 2005. године. Посебан закон је донет за Федерацију БиХ.

¹⁶ Златан Филиповић: Строго према друштву, квалитетно према осигуранику, „Свијет осигурања“ бр. 3/2005, стр. 33-36.

3.3. БЈР Македонија донела је Закон о обавезном осигурању у саобраћају¹⁷ (скраћено: Закон БЈРМ). Према ставу 1. члана 5. Закона БЈРМ оштећено лице има право да поднесе захтев на накнаду штете непосредно одговорном осигуравачу, а према ставу 2. истог члана оштећено лице може да поднесе тужбу суду за накнаду штете само ако је претходно поднело захтев за накнаду штете одговорном осигуравачу. Приказујући Закон БЈРМ један македонски аутор је констатовала, и то: „На жалост рокови за обраду предмета код домаћих штета од АО нису утврђени“¹⁸. Исти аутор је наставила¹⁸ да је Законом БЈРМ утврђен рок од три месеца од дана подношења захтева са пратећом документацијом за регулисање потраживања за штете које су изазване употребом иностраног возила. Ако у том року не буде регулисан захтев за накнаду штете са пратећом документацијом, оштећени има право на тужбу против Националног уреда Македоније или осигуравача, члана тог уреда. Што се пак тиче могућности да се домаћи оштећени незадовољан одлуком одговорног осигуравача о накнади штете појави пред неком од институција, које припадају кругу алтернативног начина решавања спорова, наведени македонски аутор је навела да је у току рад на Нацрту закона о интермедијацији.

3.4. Република Црна Гора донела је 2007. године Закон о обавезном осигурању у саобраћају (скраћено: Закон ЦГ)¹⁹. Према ставу 1. члана 7. Закона ЦГ накнаду штете по основу уговора о обавезном осигурању оштећено лице остварује подношењем одштетног захтева осигуравачу који је по основу уговора о осигурању дужан да накнади штету (члан 7. став 1). Ставом 2. тог члана уведена је обавеза осигуравача да се у посебној књизи евидентира захтев из става 1. овог члана. Према члану 7. став 3. у вези са чланом 40. Закона ЦГ захтев за одштету подноси се Удружењу организација за осигурање (скраћено: Удружење), ако је штета проузрокована од стране неосигураног и непознатог возила, односно ако је штета проузрокована од превозног средства које је осигурано код осигуравача коме је одузета дозвола за рад. По Закону ЦГ ако осигуравач или Удружење не одговори на захтев из ст. 1 и 3. овог члана у року од 30 дана од дана подношења захтева, онда оштећено лице може право на накнаду штете да оствари преко надлежног суда. Ако је тужба суду поднета против одговорног осигуравача или одговорног лица пре истека рока из овог става сматраће се преурањеном (члан 7. став 4.). Даље, осигуравач или Удружење дужно је да у случају неимовинске штете, најкасније у року од 30 дана, а у случају имовинске штете, најкасније у року од 14 дана од дана подношења одштетног захтева, оштећеном лицу достави образложену понуду, ако су неспорни одговорност за накнаду штете и висина штете, односно образложен одговор,

¹⁷ „Службен весник на РМ“, бр. 88/2005 и 70/2006.

¹⁸ Мирјана Поп-Талевска, Сектор за међународне штете „Вардар осигурања“: Нови Закон о обавезном осигурању у Македонији, хрв. час. за теорију и праксу осигурања „Осигурање“, бр.12/2005, стр. 44-48.

¹⁹ „Службени лист РЦГ“, бр. 46/2007 од 31. јула 2007. године.

ако су спорни одговорност за накнаду штете или висина штете (члан 7. став 5.). У односу на наведено правило предвиђен је изузетак у погледу дужине рокова прописаних ставом 5. члана 7. (члан 7. став 7.). Изузетак је предвиђен у случају ако је за утврђивање основа и висине накнаде штете по поднетом одштетном захтеву потребно дуже време, онда се рок за одлучивање може продужити до 60 дана од дана пријема одштетног захтева. Најзад, Закон ЦГ је предвидео да ће осигуравач или Удружење бити дужни да затраже од подносиоца захтева, који не садржи све потребне податке за одлучивање, односно коме нису приложена потребна документа, да употпуни захтев траженом документацијом у року од осам дана од дана пријема непотпуног захтева (члан 7. став 6.). Рокови за исплату накнаде штете регулисани су у члану 9. Закона ЦГ. Према том пропису осигуравач или Удружење је дужно да исплати накнаду штете у целости у року од 14 дана од дана закључења споразума о накнади штете, ако споразумом није друкчије одређено, а рок за исплату накнаде штете за одлуке из члана 7. Закона ЦГ износи осам дана од дана одлучивања.

3.5. Републике бивше СФРЈ, које су прве донеле законе из материје обавезног осигурања у саобраћају и у којима је био конституисан поступак за накнаду штете оштећеног пред штетниковим осигуравачем, прве су приступиле развоју – алтернативног начина решавања спорова. Временски прво у Словенији, а потом и у Хрватској, почело се са изградњом нових институција за заштиту незадовољног оштећеног лица по завршетку поступка за накнаду штете оштећеног пред штетниковим осигуравачем. Тиме је започела ера – алтернативног начина решавања спорова – у односу на поступак за накнаду штете оштећеног пред осигуравачем у оквиру обавезног осигурања од аутоодговорности. Најпре су чланови Словеначког удружења осигуравача основали у новембру 2002. године нову институцију под називом – омбудсман осигурања²⁰. Његова надлежност је била предвиђена актом о оснивању и Кодексом осигурања и добрих пословних обичаја, који је донет 1999. године. Процесна предпоставка за заснивање надлежности омбудсмана осигурања била је да је претходно морала да буде донета одлука интерне комисије²¹ одговорног осигуравача са којом оштећени није био задовољан, после чега је оштећени тек могао да поднесе жалбу омбудсману у писменој форми. Жалбу оштећеног стручна служба омбудсмана прослеђивала је осигуравачу на одговор, а када приспе писмени одговор осигуравача примерак тог одговора

²⁰ Тања Коландар: Пракса варуха правци с подручја заваровалништва, час. Словеначког удружења осигуравача „Заваровалнички хоризонти“, април 2006, бр. 2/2006, стр. 33-52: превод овог чланка објављен је под насловом: Пракса заштитника права (омбудсмана) у области осигурања у Словенији, час. за теорију и праксу осигурања Компаније „Дунав осигурање“ а.д.о. „Токови осигурања“ бр. 3-4/2006, стр.46-50.

²¹ Обавеза одговорног осигуравача да формира интерну комисију произашла је из Кодекса осигурања и добрих пословних обичаја – детаљније Проф. др Шиме Ивањко: Осигурање у Словенији након ступања у ЕУ, час. за правну теорију и праксу Удружења правника Србије, Београд, бр. „Правни живот“ 7-8/2005, стр. 55-65.

био би послат оштећеном-жалиоцу. Разуме се, омбудсман није решавао имовински спор (основ и висину штете) из судске надлежности, али кад се прихватио надлежности словеначки омбудсман у осигурању примењивао је Закон о управном поступку, ако актом о његовом оснивању није било што друго предвиђено. У ствари, он је испитивао наводе жалбе и одговора на жалбу у оквиру одредаба Кодекса осигурања и добрих пословних обичаја, а све се то одвијало на основу и у оквиру словеначког Закона о заштити потрошача. Најоштрија санкција у овом поступку могла је да буде предлог за одузимање дозволе за рад осигураваача. У Хрватској је била друкчија правна ситуација. Хрватски уред за осигурање (скраћено: ХУО) образовао је марта 2007. године Центар за мирење. У оквиру тог центра, посебном одлуком изабран је Правобранитељ за подручје осигурања²², а све то на основу овлашћења из хрватског Закона о осигурању. Правобранитељ осигурања спроводио је мирење на основу Правилника о раду центра за мирење и поступка мирења при ХУО, који је донет марта 2007. године. Његова надлежност зависила је од тога да ли је интерна жалбена комисија одговорног осигураваача одлучивала по жалби оштећеног и да ли је од поступка (радњи) осигураваача, на који се оштећени притужује Правобранитељу осигурања, прошло више од шест месеци. Предлог за покретање поступка мирења подношен је у писменој форми Правобранитељу осигурања, а овај га је достављао противној страни на одговор у року од 15 дана, па ако противна страна одговори сматра се да је постигнута сагласност обеју страна о надлежности Правобранитеља осигурања. По основу наведеног правилника важило је правило да је трошкове поступка мирења сносио осигураваач, који је иницирао или пристао на спровођење поступка мирења. Трошкове поступка мирења у односу на хонорар миритеља и друге његове трошкове сносио је осигураваач, а трошкове администрације у вези са мирењем сносио је ХУО. Правобранитељ осигурања одлучивао је о ономе о чему није било одлучено до завршетка поступка за накнаду штете оштећеног код штетниковим осигураваачем. На овај поступак одлучивања Правобранитељ осигурања примењивао је одредбе Закона о парничном поступку²³, ако одлуком о његовом образовању није било друкчије одређено.

3.6. Сумарном приказу прописа и праксе алтернативних начина решавања спорова у Словенији и Хрватској из претходне тачке могли би да се додају у мањој или већој мери исти или слични прописи и пракса о овој теми из осталих република бивше СФРЈ. У основи, ово су правне установе аутономног

²² Берислав Матијевић: Осигуратељна пракса у поступку обраде и рјешавања штета из осигурања од аутомобилске одговорности, Годишњак Хрватског друштва за грађанскоправне знаности и праксу бр. 11/2004, Организатор, Загреб, стр. 349-358; WWW.HUO.HR; Анте Луи, Правобранитељ осигурања: Кодекс пословне осигуратељне и реосигуратељне етике – непоштивање, Зборник радова Хрватског уреда за осигурање са 16. саветовања, одржаног априла 2008. у Опатији, на општу тему „Обрада и ликвидација аутомобилских штета“, стр.143-150.

²³ Ibidem.

права. Како сада стоје ствари, институције алтернативног решавања спорова у републикама бивше СФРЈ нису замена за судски поступак, па ни у случају када се разматра поднесак незадовољног оштећеног после окончања поступка за његову накнаду штете код штетниковог осигураваача, због саобраћајне незгоде. Институције алтернативног начина решавања спорова биле су добровољне за незадовољно оштећено лице после саобраћајне незгоде, али су прихватање сопствене надлежности условљавале тиме да се оштећени претходно обраћао с приговором или жалбом жалбеној инстанци штетниковог осигураваача, па је и даље остајао незадовољан. Правни статус наведене жалбене инстанце у саставу појединог осигураваача није регулисан законом из материје обавезног осигурања у саобраћају. Порекло институција алтернативног начина решавања спорова треба тражити у различитим правним изворима. У Хрватској интерна комисија осигураваача је предвиђена у системском закону из материје осигурања, у Словенији интерна комисија осигураваача је предвиђена у аутономном праву осигурања, а у другим републикама бивше СФРЈ у неким од унутрашњих општинских аката самог осигураваача (Србија). Чини се да су институције алтернативног решавања спорова покушај да се спорни однос између оштећеног и штетниковог осигураваача реши на обострано задовољство, на миран начин, односно без судске парнице. Из приказа алтернативног начина решавања спорова у Словенији и Хрватској произилази да су различите институције примењивале различите процесне законе, што се може поткрепити примерима и из других република бивше СФРЈ. Очигледно је да се ради о новим институцијама и новим поступцима у крилу аутономног права у републикама бивше СФРЈ, а није знатно боља ситуација ни у развијеним чланицама ЕУ.²⁴ Какви ће бити крајњи резултати, односно у којој ће мери незадовољни оштећени моћи да задовољи своје захтеве за накнаду материјалне и нематеријалне штете пред новим институцијама алтернативног решавања спорова после окончања поступка за накнаду штете оштећеног код штетниковог осигураваача, односно у којој ће мери те институције смањити број судских спорова из обавезног осигурања од аутоодговорности, остаје да се види. Најзад, различити процесни закони примењивани пред институцијама алтернативног начина решавања спорова у Словенији и Хрватској после окончаног поступка за накнаду штете оштећеног код штетниковог осигураваача указали су још на једно питање. Они су отворили питање правне природе поступка за накнаду штете оштећеног код штетниковог осигураваача у оквиру закона, којим је регулисана материја обавезног осигурања од аутоодговорности.

²⁴ Др Christa Jessel-Holst, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg: Mediation in Germany under Influence of the Union Law, час. за привредноправну теорију и праксу „Право и привреда“, бр. 7-9/2011, стр. 13-25. Основна теза реферата је била да је медијација у Немачкој још у фази развоја.

4. Упорјеђење законских одредаба о поступку за накнаду штете у обавезном аутоосигурању са важећим комунитарним правним извором

4.1. Према наведеним директивама ЕУ о обавезном осигурању од аутоодговорности, државе чланице ЕУ су биле дужне да пропишу обавезу осигураваача да најкасније у року од три месеца од дана када му је поднет одштетни захтев достави разумну понуду за накнаду штете у случајевима у којим је неспорна одговорност осигураника одговорног осигураваача или да у истом року достави образложен одговор ако се одштетни захтев одбија као неоснован или ако је одштетним захтевом одговорност спорна, односно није тачно утврђена или штета није у потпуности обрачуната. Такође, државе чланице ЕУ су биле дужне да национални пропис подрже одговарајућим, делотворним и систематским финансијским или еквивалентним административним казнама. Другим речима, за случај да у року од три месеца од дана подношења одштетног захтева осигураваач не достави понуду подносиоцу одштетног захтева, наведеним директивама државе чланице ЕУ су обавезане да пропишу одговарајућу административну санкцију или делотворну и системску финансијску санкцију, тј. камату која ће да буде плаћена оштећеном на износ накнаде штете коју понуди осигураваач или камату коју ће суд моћи да досуди оштећеном.²⁵ Тај рок важи и за овлашћеног представника страног осигураваача у иностранству за регулисање штете. У случају да у том року овлашћени представник за регулисање штете не реши захтев оштећеног за накнаду штете, због саобраћајне незгоде у иностранству, ступила би у дејство додатна гаранција – Служба за накнаду штете, која би преузимала решавање таквог захтева оштећеног за накнаду штете.²⁶

4.2. Из наведених одредаба комунитарног правног извора произилази да је у обавезном аутоосигурању ЕУ прописан само један рок и то рок од три месеца за завршетак поступка за накнаду штете оштећеног пред штетниковим осигураваачем. Уз тај рок комунитарни правни извор је предвидео неколико услова – стандарда, али уз те услове – стандарде нису били прописани додатни или друкчији рокови. Међутим, осим словеначког закона, већина република бивше СФРЈ је у својим законима предвидела краће рокове за завршетак вансудског поступка за накнаду штете оштећеног пред штетниковим осигураваачем. Наиме, кључне правне норме из словеначког закона, које се односе на вансудски поступак за накнаду штете оштећеног пред штетниковим осигураваачем, биле су најближе цитираним одредбама комунитарног правног извора. Словеначки закон преузео је рок од три месеца

²⁵ Члан 22. Директиве 2009/103/ЕЦ од 16. септембра 2009. године.

²⁶ Ненад Р. Терзић, директор „Авус интернационал Регулисање штете“ д.о.о.: Примена четврте директиве ЕУ о осигурању од аутоодговорности, Зборник радова Удружења за право осигурања СЦГ са саветовања, одржаног априла 2006. на Палићу, на општу тему „Осигурање у сусрет процесу придруживања СЦГ ЕУ“, Палић, 2006, стр. 93-111.

за одговорног осигураваача, а и правне формулације осталих услова – стандарда не разликују се битно од формулација услова – стандарда из цитираних одредаба комунитарног правног извора.²⁷ Општепозната је чињеница да су наведене директиве из материје обавезног осигурања од аутоодговорности управљене првенствено према државама чланицама ЕУ, њиховој националној регулативи и управној пракси у тим државама. Међутим, из пера једног угледног словеначког правног писца произашло је да су директиве ЕУ управљене непосредно и према привредним субјектима²⁸, овде осигураваачима. Другим речима, по мишљењу тог писца у области права осигурања примена директива ЕУ у државама чланицама ЕУ може да се врши различитим методама, односно није довољно више-мање обезбедити коректан превод одредаба односне директиве кроз национални пропис, већ је нужно одговорити на упит да ли се односна директива може применити без тумачења Европског суда правде у Луксембургу? Своје указивање законодавцима република бивше СФРЈ овај угледни правник заокружио је препоруком да је нужно, прво, искористити време за тзв. „меко приступање“, односно за благовремено преношење правних стандарда ЕУ у национално право и друго, да је потребно превести на матерњи језик најмање 800-900 најзначајнијих пресуда Европског суда правде у Луксембургу и њихове сентенце адекватно уградити у национално право. Разуме се, наведена препорука вреди за национална права осигурања у свим републикама бивше СФРЈ, укључујући законске одредбе о поступку за накнаду штете оштећеног према штетниковом осигураваачу у оквиру обавезног осигурања од аутоодговорности.

4.3. Већина република бивше СФРЈ, осим Словеније, у законима из материје обавезног осигурања у саобраћају скраћивала је комунитарни рок од три месеца за решавање одштетног захтева за накнаду штете оштећеног пред штетниковим осигураваачем. Истини за вољу, рок од три месеца из цитираног комунитарног правног извора јесте у ствари крајњи рок или права временска мера до које се може завршити не само уобичајени, већ и сложенији, поступак за накнаду штете оштећеног пред штетниковим осигураваачем, због саобраћајне незгоде. У том смислу краћи рокови од три месеца, прописани појединим законима република бивше СФРЈ, нису супротни крајњем тромесечном року из цитираног комунитарног правног извора. Међутим, суштина рока из комунитарног правног извора не своди се само на његову дужину. Суштина овог рока из комунитарног правног извора састоји се у томе да се у тромесечном периоду реално може помоћи жртви, односно жртвама саобраћајне незгоде, тиме што се пред осигураваачем могу рашчистити све правне дилеме око тумачења расположиве документације и извршити правична

²⁷ Члан 20а. службеног пречишћеног текста словеначког закона.

²⁸ Проф. др Шиме Ивањко: Година дана након уласка у Европску унију, час. Института за међународну политику и привреду из Београда и Правосудног центра за обуку и стручно усавршавање из Београда, „Европско законодавство“ (април – јун 2005), бр.12/2005, стр. 53-54.

исплата накнаде штете. То је једна страна медаље. Друга страна медаље огледа се у осигуравајућој пракси проузрокованој већим или мањим законским скраћивањем тромесечног рока. У вези са том појавом може да се укаже на типичан пример из хрватске осигуравајуће праксе, а ни код осталих република није друкчија (боља) ситуација. Наиме, како би у пракси осигуравач достигао законски рок, краћи знатно од три месеца, осигуравачи су прибегавали следећем писменом образлагању одговора оштећеном – подносиоцу захтева за накнаду, и то: „из комплетне документације којом располажемо утврдили смо да је ваш захтев неоснован“, а да се уопште не даје детаљније образложење разлога за то²⁹. Дакле, оштећени је добијао образложени писмени одговор, али без стварног образложења одштетног захтева. Отуда, опипљив резултат законског скраћења рокова за завршетак поступка за накнаду штете оштећеног пред осигуравачем приказао је следећи новинарски наслов: „Возачи нису овце, нити су осигуратељи изнад закона“³⁰. Поред тога, препоручивање у републикама бивше СФРЈ да се по завршетку поступка за накнаду штете оштећеног пред штетниковим осигуравачем што више користе алтернативни начини решавања спорова уместо покретања судских парница, крије у себи последице скраћивања комуитарног рока. Стога, поставља се питање да ли се претерало у законима већине република бивше СФРЈ са скраћивањем рокова у којим треба завршити поступак за накнаду штете оштећеног пред штетниковим осигуравачем, па се настојало да се последице тог претеривања санирају или путем формалних писмених образложења осигуравача (без стварног образложења) или путем институција алтернативног начина решавања спорова.

4.4. Из струке осигурања према законодавцима у републикама бивше СФРЈ упућиване су основано критике у погледу рокова прописаних у поступку за накнаду штете оштећеног према штетниковом осигуравачу. Једна од најоштријих критика вели да је „хрватски законодавац желио бити револуционарнији од еуропског“³¹. Нешто блажа критика је гласила „да су хрватским законом можда мало и превише скраћени рокови за обраду“³² одштетног захтева. По мишљењу потписника овог рада, истоветна мишљења могао би да потпише и правни писац који би анализирао одредбе о поступку за накнаду штете оштећеног пред штетниковим осигуравачем у важећем закону из материје обавезног осигурања у саобраћају Републике Србије. У ствари, законодавци оних република бивше СФРЈ, који су скратили рокове знатно

²⁹ Анте Луи, Правобранитељ осигурања: Кодекс пословне и реосигураватељне етике – непоштивање, Зборник радова Хрватског уреда за осигурање са 16. саветовања, одржаног априла 2008. у Опатији, на општу тему „Обрада и ликвидација аутомобилских штета“, стр.146-150.

³⁰ Звонко Гајски интервјуисао Анту Луиу, Правобранитеља осигурања, час. „Свијет осигурања“ бр. 8/2007-1/2008, стр. 38-39.

³¹ Реферат из фусноте бр. 5.

³² Дипл. правник Берислав Матијевић: Закон нови, рокови краћи, а камата затезна, „Свијет осигурања“ бр.1/2006, стр. 21-22.

испод три месеца за решавање одштетног захтева за накнаду штете пред штетниковим осигуравачем, показали су да се пре доношења тих закона нису консултовали са струком осигурања, али ни са судовима. Могао је да се стекне утисак да су поједини законодавци у републикама бивше СФРЈ, скраћујући рокове обраде и ликвидације одштетног захтева знатно испод три месеца, ишли за тим да увере писце комунитарног правног извора ЕУ да се у тим законима више водило рачуна о жртвама саобраћајне незгоде него што је то учињено са тромесечним роком у комунитарном правном извору, односно да је рок од три месеца у комунитарном правном извору предвиђен као нереално дугачак, те да га треба скратити. Чини се да ће законске одредбе са знатно скраћеним роковима за обраду и ликвидацију одштетног захтева пред штетниковим осигуравачем знатно испод три месеца, ипак морати да претрпе промене у законима република бивше СФРЈ, раније или касније, јер нису суштински сагласне са смислом тромесечног рока из комунитарног правног извора, као и са осигуравајућом праксом у овом поступку.

ЗАКЉУЧЦИ

1) Законима из материје обавезног осигурања у саобраћају све републике бивше СФРЈ конституисале су поступак за накнаду штете оштећеног пред штетниковим осигуравачем. До сада тај поступак није био тако детаљно регулисан. На тај начин у законске одредбе о обавезном осигурању од аутоодговорности уграђена је једна крупна процесноправна новина.

2) Законске одредбе о поступку за накнаду штете оштећеног пред штетниковим осигуравачем у свим република бивше СФРЈ инспирисане су директивама ЕУ о осигурању од грађанске одговорности из употребе моторних возила за штете причињене трећим лицима.

3) Конституишући поступак за накнаду штете оштећеног пред штетниковим осигуравачем закони из материје обавезног осигурања у саобраћају у већини република бивше СФРЈ скраћивали су више или мање рок за завршетак тог поступка. Да ли је то скраћивање рокова завршетка овог поступка допринело бољој заштити жртава саобраћајних незгода, убрзању исплате накнаде штете из обавезног осигурања од аутоодговорности и смањењу броја судских спорова, показаће време.

Summary

The paper focuses on the legal provisions regarding procedures for compensation of damages to the injured person from the insurer. This procedure starts and ends out of court and it is called in literature extra legal procedure. In all republics former Yugoslavia these procedures are regulated by law in the matter of compulsory insurance in traffic. Except Slovenia which is an EU member, all the republics of former Yugoslavia intend to enter into the EU. Legal provisions for damage compensations procedure harmonize with Directives of the EU. The EU Directives contain three elements of procedure for damage compensation: procedure deadline, standards (requirements), financial and/or administrative sanctions to insurer if the insurer fails to satisfy standards (requirements). Regulations of some republics former Yugoslavia created their own standards (requirements) regarding deadline more or less within three months term provided for in the EU Directives. Regulations in some republics of former Yugoslavia strictly stick to the deadline and standards issued in the Directives of the EU. It is proposed in the Conclusion to reconsider the provisions of those republics of former Yugoslavia, which exceeded in cutting down standards and terms regarding the procedure completion.

ISPRAVE U OSIGURANJU

Mr sc. Belma Bajrić*

Apstrakt: Posao osiguranja u praksi redovito prati izdavanje neke od isprava, a najčešće je riječ o polici osiguranja. Iako je policia u pravilu obavezni, sastavni dio ovog posla, u praksi može doći i do izdavanja drugih papira kao lista pokrića, certifikata, slipa i različitih potvrda o sklopljenom osiguranju. Autor nastoji na sistematiziran način predstaviti svaku od navedenih isprava, ukazujući na osnovne značajke svake pojedinačno, ali i kroz odnos jedne sa drugima. Kroz rad dat je i osvrt na tumačenje police u slučaju eventualnih sporova.

Ključne riječi: policia osiguranja, list pokrića, certifikat, slip, potvrda o sklopljenom osiguranju.

1. Polica osiguranja

Polica (lat. *policere* – obećavati¹, engl. *insurance policy*, njem. *Police, Polizze, Versicherungsschein*, franc. *police d'assurance*, tal. *polizza d'assicurazione*) je redovita a i najvažnija isprava o osiguranju.²

Prema čl. 901. st. 1. Zakona o obligacionim odnosima³ ugovor o osiguranju zaključen je kad ugovarači potpišu policu osiguranja ili list pokrića. Polica osiguranja je pismeno o ugovoru o osiguranju koje osiguravatelj izdaje ugovaratelju osiguranja.⁴

* Mr sc. Белма Бајрић, асистент Правног факултета Универзитета у Бихаћу.

¹ Riječ policia dolazi od latinske riječi *policere*, što znači obećavati, jer njome osiguravatelj obećava da će ispuniti svoju obavezu. Prema: Jakaša, Branko, *Pravo osiguranja*, PFZ, Zagreb, 1984., str. 68.; Marović, Boris, *Osiguranje i špedicija*, Stylos, Novi Sad, 2001, str. 65; Sultanović, Aziz, *Privredno pravo*, Svjetlost, Sarajevo, 1978, str. 303. i dr.

² To je isprava koja se ispostavlja u određenoj formi prilikom sklapanja osiguranja ili neposredno poslije toga, a sadrži sve bitne odredbe osiguranja kao takvog. Prema: Tomašić, Veljko, *Osiguranje u spoljnoj trgovini*, Beograd, 1967/1968, str. 35. O polici kao najvažnijoj ispravi o osiguranju: Pavić, Drago, *Ugovorno pravo osiguranja-komentar zakonskih odredaba*, Tectus, Zagreb, 2009, str. 167; Radovanović, Marija, *Obligaciono pravo II (građansko-pravna odgovornost, obavezno osiguranje građansko-pravne odgovornosti, ugovor o osiguranju, posloводство bez naloga, ugovor o nalogu, sticanje bez osnova, jednostrane izjave volje)*, Grafosrem, Novi Sad, 1982, str. 97-98.

³ *Zakon o obligacionim odnosima*, Službene novine Federacije BiH, br. 29/03 (u daljem tekstu ZOO).

⁴ Carić, Slavko – Šogorov, Stevan – Vilnus, Jelena – Đurđev, Dušanka, *Međunarodno privredno pravo*, Novi Sad, 1994, str. 382-385; Srđić, Milutin – Tatić, Dušan, *Obligacioni ugovori - praktični primeri sa*

Dakle, jedna od obaveza osiguravatelja jeste i izdavanje police osiguranja. U kopnenom imovinskom osiguranju, kao i kod osiguranja lica obavezno je izdavanje police osiguranja, za razliku od plovidbenog osiguranja, zbog čega je i nastalo shvatanje da su ugovori o tim vrstama osiguranja formalnog karaktera.⁵ Ukoliko nije moguće izdati policu osiguranja (zbog nedostatnih podataka ili drugih razloga), privremeno izdat će se list pokrića.

Polica osiguranja sadrži sve bitne elemente ugovora o osiguranju, što je vidljivo iz čl. 902. st. 1. navedenog zakona, a to su ugovorne strane, osigurana stvar odnosno lice, rizik obuhvaćen osiguranjem, trajanje osiguranja i period pokrića, svota osiguranja ili da je osiguranje neograničeno, premija ili doprinos, datum izdavanja police i potpisi ugovorenih strana.⁶ Slijedeći sadržaj čl. 902. st. 3. ZOO-a u samoj polici mogu se nalaziti opšti i posebni uvjeti osiguranja.⁷ Ta pravna narav police je višestruka.

sudskom praksom, Nova prosveta, Beograd, 1986, str. 373. i dr.

⁵ U plovidbenom osiguranju nije obavezno izdavanje police osiguranja, jer se ona izdaje samo na zahtjev ugovarača osiguranja. Ona se ne izdaje ni kod tzv. automatskih osiguranja (osiguranje putnika u javnom prevozu). Prema: Velimirović, Mihailo, *Poslovno pravo (preduzeća-ugovori-bankarski poslovi-hartije od vrijednosti)*, Univerzitet Crne Gore i Obod, Podgorica, 2000, str. 475-476. i 712. O obaveznosti izdavanja police osiguranja pogledati: Gorenc, Vilim, *Zakon o obveznim odnosima sa komentarom*, RRiF, Zagreb, 1998, str. 1140-1143; Perović, Slobodan, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd, 1995, str. 1470-1472.

⁶ Sastojci police navedeni u stavu 1. ovog člana, prema tekstu norme („moraju biti navedeni“), predstavljaju bitne elemente ugovora o osiguranju. Ova odredba se odnosi na sve vrste osiguranja, međutim, polica osiguranja života, pored navedenih sastojaka, mora da sadrži i neke druge (vidi čl. 943. Zakona). Ukoliko nije postignut sporazum o nekom od bitnih elemenata ugovora, ne može se smatrati da je ugovor o osiguranju zaključen. Tako, na primjer, ako u listi pokrića nisu navedeni rizik, suma osiguranja i premija (lista pokrića se pozivala na uslove osiguranja koji u trenutku potpisivanja liste nisu postojali) ugovor nije zaključen. Kao i kod svakog drugog ugovora bitni sastojci mogu biti i određivi, drugim riječima, smatra se da su ugovoreni i kada se na osnovu drugih elemenata sa sigurnošću mogu odrediti. Tako se osigurano lice ne mora poimenično navesti u polici ako je to iz odredaba ugovora određivo, a to je, smatra jedan sud, i u slučaju kad su ugovorom kolektivno osigurani od nezgode svi radnici u preduzeću prema kadrovskoj evidenciji. Ili, dovoljno je da se u polici, ili uslovima osiguranja, kao sastavnom dijelu police, odredi da će stvar koja je označena u polici biti osigurana na njenu svakovremenu vrijednost (ili na sumu osiguranja koju odredi ugovarač osiguranja, ili na sumu osiguranja utvrđenu zakonom ili drugim propisima). Prema: Perović, S., *op. cit.*, str. 1473-1474. Isto nalazimo i kod: Blagojević, Borislav T. – Krulj, Vrleta, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd, 1983, str. 1932-1934; Ćurković, Marijan, *Ugovori o obveznom osiguranju u cestovnom prometu*, Zajednica osiguranja imovine i osoba Croatia, Zagreb, 1989, str. 41.

⁷ Osiguravatelj je dužan upozoriti ugovaratelja osiguranja da su opšti i posebni uvjeti osiguranja sastavni dio ugovora i predati mu njihov tekst, ako ti uslovi nisu štampani na samoj polici. Navedeno u: Todorović, Ljubo, *Zakon o obligacionim odnosima - kompiliran, prečišćeni tekst - praktični primjeri ugovora*, ZIPS i Narodna štampa, Sarajevo, 1996, str. 195. A šire o općim i posebnim uvjetima, kao i primjerima iz sudske prakse pogledati: Pavić, Drago, *Autonomno pravo osiguranja (Dio I)*, Hrvatska pravna revija, Zagreb, br. 4, 2007, str. 27-38; Šulejić, Predrag, *Pravo osiguranja*, Dosije, Beograd, 2005, str. 52-57; Vilnius, Jelena, *Opšti uslovi formularnih ugovora*, Savremena administracija, Beograd, 1976, str. 33-35.

2. List pokrića

Kako je navedeno, ugovor o osiguranju je zaključen kad ugovarači potpišu policu osiguranja ili list pokrića (čl. 901. st. 1. ZOO-a)⁸, s tim da odmah naredni čl. 902. u st. 1. ZOO-a sadržajno uređuje policu osiguranja, čime se stavlja akcenat da je polica osiguranja redovita i najvažnija isprava o osiguranju, a koja se razlikuje oblikom, sadržajem i pravnom prirodom od ostalih isprava u osiguranju (isto rješenje sadrži i hrvatski ZOO u čl. 926. st. 1.⁹).¹⁰

Već u st. 2. navedenog člana se navodi druga isprava, do čijeg izdavanja može doći, a riječ je o listu pokrića. List pokrića¹¹ je potvrda o sklopljenom osiguranju kojom se može privremeno zamijeniti polica. List pokrića sadrži sve, dotad strankama poznate, bitne dijelove ugovora o osiguranju. Dakle, iz razloga ako je za izdavanje police osiguranja potrebno dulje vrijeme ili ako se osiguranje sklapa bez poznavanja svih relevantnih podataka za ispravan izračun premije osiguravatelj izdaje list pokrića. List pokrića obavezno potpisuje osiguravatelj. Ugovaratelj na temelju lista pokrića plaća dio premije osiguranja i osiguranje počinje važiti s datumom početka osiguranja navedenim u listu pokrića. Jedna ili više polica osiguranja izdaje se naknadno (u pravilu u što kraćem roku od dana izdavanja lista pokrića) kada su poznati svi elementi za kalkulaciju premije i tada list pokrića prestaje važiti.¹²

⁸ Za razliku od bosanskohercegovačkih rješenja sadržanih u ZOO-ima entiteta, u kojima je ugovor o osiguranju strogo formalan pravni posao, ZOO Republike Hrvatske u čl. 925. st. 1. prihvata pravilo da je ugovor o osiguranju konsenzualan i neformalan, te se smatra da je ugovor sklopljen kad je prihvaćena ponuda o osiguranju. Pa tek po sklapanju ugovora, osiguravatelj je obavezan bez odgađanja ugovaratelju osiguranja predati uredno sastavljenu i potpisanu policu osiguranja ili neku drugu ispravu o osiguranju (list pokrića i sl.). Dakako, ovakvo pravilo vrijedi za ugovore o osiguranju imovine i ugovore o osiguranju od odgovornosti, dok je ugovor o osiguranju osoba (osiguranje života i osiguranje od posljedica nesretnog slučaja) strogo formalan ugovor. Navedeno prema: Bolanča, Dragan, *Ugovor o osiguranju u novom hrvatskom Zakonu o obveznim odnosima iz 2005. godine*, Pravna riječ - časopis za pravnu teoriju i praksu, Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka, br. 24, 2010, str. 105-111. i Pavić, Drago, *Ugovorno pravo osiguranja - komentar zakonskih odredaba*, Tektus, Zagreb, 2009, str. 160-166.

⁹ *Zakon o obveznim odnosima*, Narodne novine Republike Hrvatske, br. 35/05. i 41/08.

¹⁰ *Supra*.

¹¹ Engl. *cover note, binder*, njem. *Deckungszusage, verläufige Deckungszusage, Deckungsbestätigung*, franc. *note de couverture*, tal. *lettera di copertura*

¹² Sljedeći autori detaljnije definišu list pokrića: Ćurković, Marijan, *Ugovori o obveznom osiguranju u cestovnom prometu*, Croatia osiguranje, Zagreb, 1989, str. 41; Đurović, Radomir – Dragašević, Momir, *Obligaciono pravo sa poslovnima prometa*, Savremena administracija, Beograd, 1980, str. 315; Jakaša, Branko, *Pravo osiguranja*, PFZ, Zagreb, 1984, str. 67-68; Klasić, Ksenija – Andrižanić, Ivo, *Osnove osiguranja - načela i praksa*, TEB, Zagreb, 2007, str. 107-108; Legradić, Rudolf, *Nauka privrednog prava (II dio - privredno obligaciono pravo)*, Naučna knjiga, Beograd, 1968, str. 295; Marović, Boris – Žarković, Nebojša, *Leksikon osiguranja*, Novi Sad i Budućnost, Novi Sad, 2007, str. 128-129; Pavić, Drago, *Ugovorno pravo osiguranja-komentar zakonskih odredaba*, Tectus, Zagreb, 2009, str. 171-172; Pezo, Vladimir, *Pravni leksikon*, Zagreb, 2007, str. 671; Todorović, Ljubo, *Društva za osiguranje Federacije BiH i Republike Srpske - zbirka propisa i komentari*, Fineks, Sarajevo, 2005, str. 45-46; Todorović, Ljubo – Hadžimusić, Mensur, *Ugovori sa komentarom i sudskom praksom*,

Izdavanje lista pokrića karakteristično je za pomorska osiguranja.¹³

List pokrića jednostavnog je oblika i obično ne sadrži sve podatke koje inače sadrži policu. Sukladno čl. 902. st. 2. ZOO-a u list pokrića unose se bitni sastojci ugovora, kao i u policu. Bitni su sastojci ugovora prema naravi posla osigurani predmet, osigurani rizik, premija osiguranja i obaveza na isplatu osiguranine (nagnade), u slučaju nastanka osiguranog slučaja. Podaci o elementima ugovora zbog privremene naravi te isprave ne moraju biti precizno navedeni, ali moraju biti određivi. To posebice vrijedi za osiguranu svotu, osim u životnim osiguranjima gdje u ispravi mora biti navedena svota na koju je sklopljeno osiguranje.

Značaj lista pokrića ogleda se u tome što je njegovom upotrebom omogućeno brže sklapanje ugovora, pa se ugovor može sklopiti i putem faksa, teleprintera, brzojavom ili e-mailom. List pokrića pisani je dokaz o postojanju i sadržaju ugovora. Potvrđuju ga obje ugovorne stranke, te ih tako i obavezuje. Privremeno zamjenjuje policu, ali nije određen zakonski rok u kojem je potrebno izdati policu osiguranja, pa je to ostavljeno strankama da posebno dogovore.¹⁴ Te sve dok se ne ispostavi policu, za odnose stranaka vrijedi list pokrića. Ispostavljanjem police osiguranja list pokrića gubi valjanost.¹⁵

Dakle, sumarno gledano, uloga lista pokrića u praksi je dvojaka. S jedne strane, on može predstavljati potvrdu definitivno zaključenog ugovora o osiguranju, na osnovu kojeg ugovaratelj osiguranja, prihvatanjem lista pokrića, preuzima obavezu da osiguravatelju plati premiju osiguranja, a osiguravatelj je dužan odmah, ne čekajući izdavanje police osiguraniku pružiti zaštitu iz osiguranja. U drugom slučaju, Fineks, Sarajevo, 2001, str. 124; Navedeni autori se slažu da list pokrića jeste punovažan i supstituira policu osiguranja, ukoliko sadrži bitne elemente ugovora o osiguranju, do njenog konačnog izdavanja. Status i karakter lista pokrića je da je to isprava privremenog karaktera koja sadrži dotad poznate bitne elemente ugovora i kasnije obavezno biva zamijenjen policom, ali je njegovo izdavanje pogodan način da korisnik osiguranja dobije zaštitu, a osiguravatelj pravo na premiju ne čekajući konačni tekst police osiguranja (najčešće se koristi kod osiguranja transporta). Osim kod transportnih koristi se i kod imovinskih osiguranja u užem smislu, recimo, kod osiguranja većih objekata, gdje je potrebno da ih, prije izdavanja police, prethodno pregleda osiguravateljev stručnjak ili kad osiguravatelj, jednostavno, iz tehničkih razloga, nije u mogućnosti da izda policu.

¹³ Pavić, Drago, Pomorsko imovinsko pravo, Književni krug Split, Split, 2006, str. 444; Ristić, Žarko – Radić, Radoja – Srdić, Milutin – Trninić, Miroslav, Međunarodno poslovanje, špedicija, transport i osiguranje, Liber, Beograd, 2008, str. 270.

¹⁴ U Francuskoj, npr., može se u list pokrića unijeti klauzula o krajnjem roku njegovog važenja. Ovakve klauzule bile bi dozvoljene i u našem pravu. Ali, ako se takva klauzula ne nalazi u listu pokrića, može se desiti da za sve vrijeme trajanja određenog odnosa osiguranja list pokrića zamjenjuje policu. Vidjeti šire: Blagojević, Borislav T. – Krulj, Vrleta, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima II*, Savremena administracija, Beograd, 1983, str. 1934. i Sicot, Lucien – Margeat, Henri, *Précis de la Loi sur le contrat d'assurance*, Paris, 1962, str. 69.

¹⁵ U manjem ili većem obimu svi se slažu oko navedenog: Bukljaš, Ivan – Vizner, Boris, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Riječka tiskara, Zagreb, 1979, str. 2589-2590; Gorenc, Vilim, *Zakon o obveznim odnosima s komentarom*, RRiF, Zagreb, 1998, str. 1145; Pavić, Drago, *Ugovorno pravo osiguranja - komentar zakonskih odredaba*, Tektus, Zagreb, 2009, str. 171-172; Perović, Slobodan, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd, 1995, str. 1474.

list pokrića može konstatovati samo privremeni sporazum između ugovornih strana sa ograničenim dejstvom (najčešće između osiguranika i zastupnika osiguravatelja), dok ne stigne konačni odgovor o prihvatanju ponude, i tada izdana polica zamjenjuje list pokrića.¹⁶

3. Ostale isprave (certifikat, slip i potvrda o sklopljenom osiguranju)

Pored lista pokrića, kao privremene isprave u osiguranju mogu se izdati i druge potvrde o sklopljenom osiguranju ili neke isprave o osiguranju drugačijeg naziva (certifikat osiguranja, opća polica, flotantna polica, otvoreno pokriće). Međutim, ni jedna entitetska verzija ZOO-a ne sadrže izričitu odredbu koja omogućuje izdavanje i drugih isprava u osiguranju, kao što je uređeno čl. 926. st. 2. ZOO Republike Hrvatske. Bitno je naglasiti da potvrda o sklopljenom osiguranju nema pravna svojstva police i nije prenosiva. Često se tekst takve potvrde nalazi na samom obrascu ponude ili prijave za osiguranje. Potpisom takve isprave osiguravatelj potvrđuje svoju suglasnost na ponudu, pa je tada ugovor sklopljen. Dakle, (čl. 926. st. 2. ZOO-a Republike Hrvatske), lista mogućih privremenih isprava o osiguranju nije eksciplitno određena, pa ih praksa može umnožiti.¹⁷

Kako bi se naglasile suštinske sličnosti i razlike između lista pokrića i drugih isprava, u radu izložit će se one koje se najčešće susreću u teoriji i praksi.

Certifikat¹⁸ ili uvjerenje služi potvrđivanju zaključenog ugovora o osiguranju. Međutim, u praksi naših osiguravajućih kuća, izdavanje certifikata o osiguranju nije uobičajeno. Certifikat osiguranja sadrži samo glavne podatke o uslovima zaključenog osiguranja, obično kad već postoji opći ugovor o osiguranju. Dakle, certifikat osiguranja je, u biti, skraćeni oblik police osiguranja. Upotrebljava se u transportnim, kao i u pojedinačnim osiguranjima ukoliko nisu poznati svi elementi za izdavanje police, slično kao i list pokrića. Certifikat izdaju osiguravatelji koji su ih i potpisali.¹⁹

¹⁶ Navedeno prema: Blagojević, B. T. – Krulj, V., *op. cit.*, str. 1933-1934; Huseinbegović, Alena, *Osiguranje lica - životno osiguranje i osiguranje od posljedica nezgode*, Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, Mostar, 2008, str. 97; Picard, Maurice – Besson, Andre, *Les assurances terrestres en droit français, t. I, Le contrat d'assurance*, Paris, 1964, str. 91; Šulejić, Predrag, *Pravo osiguranja*, Dosije, Beograd, 2005, str. 202. „Prihvatanjem lista pokrića ugovaratelj osiguranja preuzima obavezu da osiguravatelju plati premiju. Ako premija nije precizno određena u listu pokrića, nego je predviđeno da će se odrediti prema tarifi osiguravatelja, ugovaratelj osiguranja nije dužan da pristane na nesrazmjernu premiju.“ (*Presuda Vrhovnog privrednog suda, Sl. 2649/68 od 25. marta 1969. godine, Zbirka sudskih odluka, knjiga četrnaesta, sveska druga, 1969, odluka pod brojem 223*). Navedeno prema: Blagojević, B. T. – Krulj, V., *op. cit.*, str. 1934.

¹⁷ Bolanča, D., *loc. cit.* i Pavić, Drago, *Ugovorno pravo osiguranja - komentar zakonskih odredaba*, Tectus, Zagreb, 2009, str. 172.

¹⁸ Engl. *cover note*.

¹⁹ Pavić, Drago, *Pomorsko imovinsko pravo*, Književni krug Split, Split, 2006, str. 444; Ristić, Ž. – Radić, R. – Srdić, M. – Trninić, M., *loc. cit.*; Tomašić, Veljko, *Transportno osiguranje*, Savremena administracija, Beograd, 1987, str. 72.

*Slip*²⁰ je kao dokument u osiguranju posebno prisutan u engleskoj praksi osiguranja. To su pismene isprave koje su najbliže našem listu pokrića, odnosno neka vrsta predugovora o osiguranju ili reosiguranju, a koriste ih brokeri (posebno brokeri Lloyd-a u Londonu). Dakle, slip su standardizirani obrasci koji se prema ustaljenoj praksi na londonskom tržištu koriste za sklapanje ugovora o osiguranju ili reosiguranju. Načinjeni su od tvrdog papira i mogu imati jedan ili više listova ovisno o potrebi. Broker unosi u slip potrebne podatke o osiguranom predmetu i najprije odlazi vodećem osiguravatelju, koji određuje premijsku stopu i preuzima dio rizika u pokriće. Tada broker odlazi k drugim osiguravateljima koji na isti način kao i vodeći osiguravatelj preuzimaju dio rizika u pokriće sve dok se ne pokrije svih 100 posto. Svoj prihvata osiguravatelji potvrđuju svojim žigom, odnosno žigom sindikata Lloyd's i potpisom s naznakom postotka preuzetog u osiguranje. Upotrebom slipa sklapa se onoliko ugovora o osiguranju koliko osiguravatelja sudjeluje u snošenju rizika. Obaveza iz slipa je neutuživa (naturalna obaveza). Slip se u prošlosti upotrebljavao kod osiguranja brodova, a danas i kod osiguranja robe. Najčešće se uz slip izdaje i certifikat osiguranja, a na zahtjev osiguranika i polica osiguranja. Dakle, *cover note* ili certifikat jeste potvrda postignutog sadržaja slipa.²¹

Potvrda o sklopljenom osiguranju nerijetko je korištena isprava. U stvari, to je obična pismena potvrda kojom se potvrđuje da je sklopljen ugovor o osiguranju, i koja sadrži neke osnovne ili pak, detaljnije elemente. Ponekad ova potvrda nosi naziv „polica“, iako to nije, jer nema sve dijelove police, odnosno njenu formu, pa prema tome ni funkciju, premda potvrda u potpunosti zamjenjuje policu kao dokaznu ispravu o sklopljenom osiguranju, jer sadrži u skraćenom obliku sve elemente ugovora o osiguranju. Potvrda o sklopljenom osiguranju naročito se koristi kod osiguranja robe u uvozu. U takvim slučajevima na prijavi za osiguranje koja je dostavljena ugovaraču osiguranja, direktno ili preko špeditera, u potrebnom broju primjeraka, osiguravatelj stavlja klauzulu kojom potvrđuje da je osiguranje sklopljeno, po uslovima i premijskoj stopi navedenim na samoj prijavi. Ispostavljanje potvrde o sklopljenom osiguranju u praksi pokazalo se veoma praktično i efikasno zato što, za razliku od ispostavljanja police osiguranja, u znatnoj mjeri smanjuje tehnički posao, iziskuje manje podataka-detalja što nije slučaj kod ispostavljanja police osiguranja.²²

²⁰ Engl. *slip*, njem. *Zettelslip*, *Slip*.

²¹ Andrijašević, Sanja – Račić, Žlibar, Tatjana, *Rječnik osiguranja*, Masmedia, Zagreb, 1997., str. 399. Isto određenje sadržano je i kod: Maksimović, Milorad, *Ugovor o pomorskom osiguranju*, Beograd, 1957, str. 109; Marović, Boris, *Osiguranje i špedicija*, Stylos, Novi Sad, 2001, str. 69.

²² Isto se navodi kod: Jakaša, B., *op. cit.*, str. 67; Marović, B., *op. cit.*, str. 68-69. i Tomašić, V., *loc. cit.*

4. Odnos police osiguranja i lista pokrića kao najčešće korištenih isprava

List pokrića je privremena i relativno potpuna isprava, koja traje do momenta izdavanja police osiguranja. A polica osiguranja je konačna i potpuna isprava u poslu osiguranja i traje do prestanka ugovora o osiguranju. Međutim, ukoliko ne dođe do uspostave police, list pokrića je zamjenjuje za sve vrijeme trajanja odnosa osiguranja.

Polica kao kasnija isprava ima prednost u primjeni pred ranijim dokumentom o osiguranju, jer treba smatrati da su stranke policom promijenile uvjete ranije zaključenog posla, koji su bili sadržani u odnosnim ispravama.²³

5. Tumačenje police osiguranja

Tumačenju police osiguranja pristupa se na jedan specifičan način. Naime, svako tumačenje trebalo bi vršiti prema općim pravilima obligacionog prava o tumačenju ugovora (čl. 99. st. 1. ZOO-a navodi da se odredbe ugovora primjenjuju onako kako glase).²⁴ Međutim, kako se ugovor o osiguranju smatra ugovorom po pristupu, u skladu sa čl. 100. ZOO-a, ako je ugovor zaključen prema unaprijed odštampanom sadržaju ili ako je ugovor bio na drugi način pripremljen i predložen od jedne ugovorne strane, nejasne odredbe tumačit će se u korist druge ugovorne

²³ Navedeno prema: Gorenc, V., *loc. cit.*; Kad ugovaratelj primi naknadno ispostavljenu policu, za koju smatra da po svom sadržaju ne odgovara uvjetima zaključenog posla, ima pravo u određenom roku osiguravatelju prigovoriti u pogledu njena sadržaja. Ako to ne učini, smatra se da je pristao na uvjete sadržane u polici. Nastaje novacija ugovora. Situacija je ista kao kad ugovaratelj smatra da sadržaj police odnosno lista pokrića ne odgovara njegovoj ponudi za sklapanje ugovora o osiguranju. Jakaša, Branko, *Pravo osiguranja*, Informator, Zagreb, 1972, str. 73; Sa navedenim se slaže i: Perović, S., *loc. cit.*

²⁴ „Odredbe ugovora primjenjuju se onako kako glase.“ (*Viši privredni sud Hrvatske, Pž-1430/78 od 27.02.1979.*) Pruzeto iz: Stojanović, Dragoljub D., *Tumačenje ugovora samoupravnih sporazuma i društvenih dogovora*, Knjige, Beograd, 1982, str. 194; Još je Ivo Andrić lijepo izrekao: „Ako ne znamo značenje neke riječi ili nam ono nije jasno, to ne znači da ga ona nema; isto kao što jedna riječ može da znači drugo i da kazuje više od onog što mi o njoj znamo.“ Tumač ne smije da uzme da upotrebljena riječ ili izraz nemaju značenje. Preuzeto iz: Morait, Branko, *Obligaciono pravo*, Pravni fakultet Banja Luka, Banja Luka, 2007, 235; O tumačenju ugovora pogledati: Babić, Ilija, *Obligaciono pravo - opšti dio*, Službeni glasnik i Fakultet za evropske pravno-političke studije Univerziteta Singidunum, Beograd-Sremska Kamenica, 2009, str. 84-85; Bikić, Abedin, *Obligaciono pravo - opći dio*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007, str. 106-108; Clarke, Malcolm, *The Law of Insurance Contracts*, London, 1997, str. 343; Loza, Bogdan, *Obligaciono pravo - opšti dio*, Službeni glasnik, Beograd, 2000, str. 126-128; Morait, Branko: *Legal life and Harmonisation of of the Law on Obligations-Thirty Years of the Law of Obligations-de lege lata and de lege ferenda-Collections of Reports Kragujevac, Septembar 2008*, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke i GTZ, Beograd, 2009, str. 74-85. i *Obligaciono pravo*, Pravni fakultet Banja Luka, Banja Luka, 2007, str. 232-235; Radišić, Jakov, *Obligaciono pravo-opšti dio*, Nomos, Beograd, 2000, str. 119-122; Trnavci, Genc, *Obligaciono pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Bihaću, Bihać, 2002, str. 200-205. i dr. Međutim, u jednoj presudi zauzet je stav da se ugovor nikad ne smije tumačiti apstraktno i doslovno bez promatranja konteksta ili stvarnog domašaja (sudac Mance u predmetu Charter Re vs. Fagan, 1995). Navedeno prema: Pavić, Drago, *Pravna vrela ugovora o osiguranju*, Svijet osiguranja, Zagreb, br. 2, 2003, str. 35-49.

strane. Ovaj propis je u skladu sa općim pravilom koje datira još iz rimskog prava „*in dubio contra stipulatorem, contra preferentem*“, a koje se može prilagoditi i tumačiti kao „*in dubio contra assecuratorem*“, koje znači da nejasnoće i dvosmislenosti (kontradiktornosti) uvjeta osiguranja i police treba tumačiti na štetu osobe koja je te uvjete donijela, što znači osiguravatelja, tj. u korist osiguranika (i Zakon o zaštiti potrošača u BiH, u XVI glavi - Nepravredne odredbe u potrošačkim ugovorima, kroz čl. 93-98. usvaja iste principe).²⁵

U slučaju neslaganja neke odredbe opštih ili posebnih uvjeta i neke odredbe police primijenit će se odredba police, a u slučaju neslaganja neke štampane odredbe police i njene rukopisne odredbe, primijenit će se ova posljednja (čl. 902. st. 5. ZOO-a). A odredbe mogu biti vlastoručno pisane, štampane, daktilografisane i sl., što danas doprinosi mogućnosti spora.²⁶

Značenje pojedinih izraza treba ocjenjivati u kontekstu cijelog ugovora, odnosno police osiguranja, a ne izvan njih. Drugim riječima, valja ih tumačiti u vezi s ostalim upotrijebljenim riječima. Treba promatrati fraze, rečenice, odjeljke, dio

²⁵ Ovdje vrijedi latinska sentenca: *Ambiguitas contra stipulatorem est.* (Nejasne odredbe treba tumačiti na štetu povjerioca.) „Svaka eventualna nejasnost u tekstu ugovora ide na štetu onog koji je ugovor sastavio.“ (*Vrhovni privredni sud, Sl. – 2587/69 od 19.10.1970.* godine) i „Kad je u ugovoru volja stanaka nejasno izražena pa se ne može shvatiti, klauzule ugovora treba tumačiti u korist dužnika, jer se, s obzirom na način nastajanja ugovorne obaveze, pretpostavlja da je dužnik htio preuzeti što manju obavezu.“ (*Vrhovni privredni sud, Sl. – 508/65 od 11.06.1965.*) Navedeno prema: Stojanović, D. D., *op. cit.*, str. 185; Dakle: *In dubiis benigniora praeferenda sunt.* U sumnji treba se odlučiti u prvom redu za ono što je povoljnije (za stranke, dužnika itd.) „Ukoliko, konačno, navedena klauzula teksta police ne bi bila dovoljno jasna, treba je u smislu pravnih pravila građanskog prava tumačiti na štetu njezinog sastavljača, tj. tužitelja (osiguravatelja), dakle, u pravcu da treba slučajeve koji su ostali sumnjivi, smatrati osiguranima.“ (*Viši privredni sud Hrvatske, 22.11.1961, Usporedno pomorsko pavo i pomorska kupoprodaja, 1961/12*) Navedeno prema: Šulejić, P., *op. cit.*, str. 201; Potpuno isto tumačenje susrećemo i kod: Gorenc, V., *op. cit.*, str. 1144; Morait, B., *op. cit.*, str. 235; Pavić, D., *loc. cit.*; Navedeno pravilo *contra preferentem* nalazimo i u čl. 5:103. Načela europskog ugovornog prava (Lando načelima) gdje se navodi kada postoji sumnja o značenju ugovornih odredaba o kojima se nije pojedinačno pregovaralo, prednost treba dati onom tumačenju koje je manje povoljno za stranu koja je tu odredbu predložila. Pogledati: Petrić, Silvija, *Uvod u Načela europskog ugovornog prava (Landova načela)*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1991), v. 29, Rijeka, br. 1, 2008. U kontekstu navedenog svrsishodno pomenuti je Smjernicu 93/13/EEC (OJ 1993 L 95/29) o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima koja izričito navodi da pisane odredbe ugovora moraju biti pisane jednostavnim i razumljivim jezikom, a nejasan će se sadržaj tumačiti u korist potrošača, tj. osiguranika. Pogledati više: Baretić, Marko, *Zaštita potrošača u Europskoj zajednici* (Gavella, Nikola – Alinčić, Mira – Hrabar, Dubravka – Gliha, Igor – Josipović, Tatjana – Korać, Aleksandra – Baretić, Marko – Nikić, Saša, *Europsko privatno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2002, str. 167-173); Šulejić, Predrag, *Zaštita potrošača i ugovor o osiguranju*, Pravni život - časopis za pravnu teoriju i praksu, Beograd, br. 3-4, 2004, str. 41-49. i *Zakon o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini*, Službeni glasnik BiH, br. 25/06.

²⁶ Svi navedeni se slažu oko ovog pitanja: Ćurković, Marijan, *Ugovor o osiguranju života*, Zagreb, 2005, str. 21; Đurović, R. – Dragašević, M., *loc. cit.*; Gorenc, V., *loc. cit.*; Pavić, Drago, *Ugovorno pravo osiguranja - komentar zakonskih odredaba*, Tectus, Zagreb, 2009, str. 174-176; Šulejić, P., *loc. cit.*

police, čitavu policu, te izvan police: odnose stranaka u prošlosti, poslovni kontekst, cilj koji se policom želio postići.²⁷

6. Zaključak

U radu su na sistematiziran način predstavljene isprave u osiguranju. Pored police osiguranja kao najčešće teoretski obrađivane i u praksi primjenjivane, izložene su i druge isprave kao list pokrića, certifikat, slip i potvrda o sklopljenom ugovoru o osiguranju. Kroz definiranje navedenih dokumenata, posvećena je dužna pažnja njihovim međusobnim odnosima, sa posebnim osvrtom na odnos police i lista pokrića. Zbog učestalosti zaključivanja ugovora o osiguranju, neizostavno je bilo osvrnuti se na tumačenje police osiguranja, kao najčešće i najvažnije isprave, prema općim pravilima tumačenja ugovora i Načelima europskog ugovornog prava, kroz konsultovanje sa zauzetim stavovima kroz bogatu sudsku praksu u slučaju eventualnih nedostataka – mana u pogledu njenog sadržaja ili pogrešnog cijenjenja njenog izričaja u kontekstu samog ugovora.

²⁷ Isto: Clarke, Malcolm, *The Law of Insurance Contract*, London, 2002, str. 411; Pavić, Drago: *Pravna vrela ugovora o osiguranju*, Svijet osiguranja, Zagreb, br. 2, 2003, str. 35-49. i *Ugovorno pravo osiguranja - komentar zakonskih odredaba*, Tectus, Zagreb, 2009, str. 173-174; Isto pravilo sadrže: Načela europskog ugovornog prava (Lando načela) u čl. 5:102; Načela međunarodnih trgovinskih ugovora (UNIDROIT) u dijelu „Cjelina ugovora“; Uzanca br. 3. (Kapor, Vladimir, *Ugovor o kupovini i prodaji robe prema Opštim uzansama za promet robom sa tekstom opštih uzansi*, Savremena administracija, Beograd, 1960, str. 217); Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru u čl. 524; njemački Gradanski zakonik u čl. 242. „Pri tumačenju spornih odredbi ne treba se držati doslovnih značenja upotrijebljenih izraza, već treba istraživati zajedničku namjeru stranaka i odredbu razumjeti tako kako to odgovara načelima obveznog prava.“ (*Viši privredni sud Hrvatske, Pž-431/80 od 02.09.1980.*) Objavljeno u: *Sudska praksa*, Naša zakonitost, Zagreb, br. 195, 1981, str. 99.

PAPERS OF INSURANCE CONTRACT

Summary

In practice, insurance contract always follows issuing some of the insurance documents, and usually it is the insurance policy. Although, insurance policy, in regular, is obligatory, constituent part of this contract; it's possible even issuing other papers as a kind of cover note, certificate, slip and other verifications of insurance contract. In systematic way, author tries to explain each of the already mentioned papers, indicating to primary features; separately and through the relation one to another. Commentary and interpretation of insurance policy is given through the article.

Key words: *insurance policy, cover note, certificate, slip, verification of insurance contract.*

(НЕ)МОГУЋНОСТ ЗЛОУПОТРЕБЕ ПРАВА НА НАКНАДУ ШТЕТЕ

Срђан Радловић*

***Апстракт:** Иако је институт забране злоупотребе права вишеструко обрађиван, како у нас, тако и у страниј правној теорији, остала су отворена бројна суштинска питања. Са становишта грађанског права, далеко најзначајније међу њима је питање да ли су сва грађанска субјективна права злоупотребива. Имајући у виду и теоријски и практични значај питања, у раду је, након доказивања тезе о постојању права која су незлоупотребива, пажња посвећена тражењу одговора на једно уже питање, питање да ли се право на накнаду проузроковане штете налази унутар или ван круга незлоупотребивих права. Користећи се предностима аналитичко-дедуктивног приступа, комбинованог са методом мисаоног моделовања, дошли смо до закључка да се право на накнаду штете, без обзира да ли се декларирамо као присталице објективне или субјективне теорије злоупотребе права, налази ван поменутог круга.*

***Кључне речи:** могућност злоупотребе права на накнаду штете, незлоупотребива грађанска субјективна права, злоупотреба права, објективна и субјективна теорија злоупотребе права, право на накнаду штете.*

Уводне напомене

Институт забране злоупотребе права данас је општеприхваћен. У прилог томе говори чињеница да се он „усталио“ у уставним и/или законским текстовима модерних држава данашњице. Међутим, иако општеприхваћен, овај институт већ два века не престаје да интригира, како правничку, тако и ширу лаичку јавност, својом сложенем природом која једноставно не дозвољава постизање консензуса око бројних, често суштинских, питања.

Једно од отворених питања, под условом да његов домашај сузимо на терен грађанског права, је питање да ли су сва грађанска субјективна права злоупотребива, односно да ли постоје нека права која су по својој природи таква

* Докторанд на Правном факултету Универзитета у Приштини.

да не могу бити злоупотребљена. Питање има велики друштвени значај, јер би тврдња да су сва права злоупотребљива и сама могла да буде злоупотребљена. У таквој поставци, друштво не може остати незаинтересовано за реч науке, па давање одговора на поменуто питање има и свој научни значај.

Вођени идејом да заиста постоје таква грађанска субјективна права која се не дају злоупотребити, у раду ћемо истражити да ли право на накнаду штете, које има за циљ да обезбеди равнотежу у правном поретку, спада у круг незлоупотребљивих права.

У ту сврху смо, у првом делу, указали на основне карактеристике института злоупотребе права и на реалност конструкције о (не)постојању незлоупотребљивих права, да бисмо у наставку, након основних објашњења у вези са правом на накнаду штете, прешли на анализу могућности да ово право буде злоупотребљено, како са једног вишег нивоа апстракције, тако и кроз конкретне видове злоупотребе.

1. Незлоупотребљива грађанска субјективна права

1.1. Злоупотреба грађанских субјективних права - општа разматрања

Како би обезбедио услове за несметано и нормално одвијање друштвеног живота, законодавац при својој нормативној делатности тежи да границу између допуштеног и недопуштеног, то јест између права и неправа, учини што јаснијом. У ту сврху неопходно је, пре свега, круг субјективних права појединачно, али и границе тих права, поставити што прецизније. Иако се у теорији права каже да објективно право поставља границе субјективних права самим одређењем¹, дешава се неретко да границе субјективних права, без обзира на напоре које законодавац чини, не буду довољно прецизно одређене. Разлог томе је што законодавцу, између осталог, никако „на руку не иде“ ни то што граница између права и неправа у оквиру грађанског права, па и приватног права уопште, није довољно оштра да се може изразити општом нормом.²

Поменуте се границе у оквиру грађанског права, дакле, не дају увек поставити најпрецизније. Временом је, стога, постајало све јасније да се примена права не може одвијати по систему *fiat iustitia, pereat mundus*³, те

¹ Лукић, Д. Р.: *Теорија државе и права, Теорија права*, Београд, 1976, стр. 178.

² Са друге стране, врхунски принцип на коме почива кривично право је изражен у максими *nullum crimen, nulla poena sine lege*. У складу са овим начелом, као недопуштена санкционишу се само она понашања која су кривичним законима изричито забрањена. Другим речима, дозвољено је све што није забрањено изричито. Грађанско право, међутим, почива на другачијим принципима, па у тој области и оно што није забрањено, може да не буде поштено (Видети: Општи имовински законик за Црну Гору, у даљем тексту ОИЗ, чл. 99).

³ У слободном преводу – Применити право (правну норму), макар се свет срушио.

да индивидуалистички концепт вршења субјективних права⁴ заснован на овом систему не одговара идејама на којем почива модерно право.⁵ Као израз рекације на поменути концепт, кроз рад француских судова средином 19. века створен је институт забране злоупотребе права.⁶

Овај институт је, као можда ниједан до тада, привукао пажњу правних теоретичара који су, иако свесни изреке *omnis definitio in iure civili periculosa est*⁷, учинили напор да овај институт што је могуће прецизније дефинишу. У том смислу професор Константиновић каже: „Забрана злоупотребе значи једну врло просту ствар. Одговара за накнаду штете сваки онај који је вршио своје право једино из пакости према оштећеном [...] и уопште, сваки онај који је употребљавао своје право без икакве зле намере, али на ненормалан начин, и услед тога проузроковао другоме штету [...]“⁸. Ипак, што због сентименталности према народном језику, што због једноставности изражавања, сматрамо да је основна идеја овог института најбоље исказана у оним чувеним Богишићевим речима: “Ни својим се правом служити немош”, тек другоме на штету или досаду⁹ и „Ни у праву своме, не тјерај мак на конач“¹⁰.

Иако поменути ставови пружају могућности за различита тумачења, у зависности од тога да ли смо присталице субјективне или објективне теорије злоупотребе права, сматрамо да је једно јасно - ко злоупотребљава права, тај врши право, а не прекршај, то јест чини нешто што је редовно дозвољено, а не

⁴ Суштина овог концепта изражена је кроз максиму *qui iure suo utitur neminem laedit* (Ко своје право врши никоме не штети). Практично то значи да, уколико титулар права вршећи своје право некеме нанесе штету или му нашкоди на какав други начин, за ту штету неће одговорати уколико је при вршењу права остао у границама предвиђеним објективним правом. Поменута концепција показала се као изузетно опасна и неправедна, јер пружа могућност да се без икаквих последица, са намером или без ње, другоме нанесе штета или учини каква друга неугодност, а све под паролом вршења свог права.

⁵ Тиме је потврђено да правни субјекти вршећи неко своје субјективно право, иако теже да првенствено остваре своје индивидуалне циљеве, они, посредно барем, кроз вршење својих права, најчешће несвесни тога, остварују и одређену друштвену функцију. Основ за овакво тврђење налазимо у ставу: “Наша правна овлашћења нису апстрактна него имају једну социјалну вредност, па зато морају и да се остварују социјално [...]“ - Марковић, М.: *Злоупотреба права, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, Београд, 1978, том 3, стр. 1004 и даље.

⁶ О историјату института детаљније: Водинелић, В. В.: *Такозвана злоупотреба права*, Београд, 1997, стр. 48-55; Вукадиновић, Г.: *Темељи забране злоупотребе права*, Зборник радова „Злоупотреба права“, Ниш, 1996, стр. 11; Ковачевић-Куштримовић, Р.: *Домен примене начела забране злоупотребе права*, Зборник радова „Злоупотреба права“, Ниш, 1996, стр. 17 и даље; Лазевић, М.: *Злоупотреба права својине у суседским односима*, Зборник радова „Злоупотреба права“, Ниш, 1996, стр. 111-117.

⁷ Свако дефинисање у грађанском праву опасно је.

⁸ Константиновић, М.: *Забрана злоупотребе права и социјализација права*, Анали ПФ Београд, бр. 3-4, Београд, 1982, стр. 269.

⁹ Видети: ОИЗ, чл. 1000.

¹⁰ Видети: ОИЗ, чл. 1014.

нешто што је редовно забрањено¹¹ [*подвукао аутор С.Р.*], само што, додаћемо, вршење права у конкретном случају није прихватљиво из одређених разлога.¹² Оног тренутка када се право употреби на друштвено неприхватљив начин, однос између циља права, са једне, и друштвених тежњи, са друге стране, је нарушен. Тада постоји злоупотреба права и она се санкционише.

Разлози који детерминишу (не)допуштеност вршења права називају се критеријумима или конституенсима злоупотребе права¹³, а циљ им је да омогуће разликовање злоупотребе права од деликта и вршења права које је, условно речено, допуштено, али и да омогуће разликовање појединих видова злоупотребе права.

1.2. Идеја о постојању незлоупотребивих грађанских субјективних права

Уколико желимо да истражимо могућност злоупотребе права на накнаду штете, морамо прво утврдити да ли су сва грађанска субјективна права¹⁴ злоупотребива. Ово питање је за нас, процесним жаргоном речено, претходно. Одговор на њега треба бити негативан, јер би у супротном, уколико би одговор био позитиван, истраживање поменуте могућности било бесмислено.

Домаћи аутори нису показали значајније интересовање за ову проблематику.¹⁵ Међу ретке изузетке спада Водинелић. Тако он, разматрајући могућност о постојању незлоупотребивих права, опрезно констатује да не треба искључити могућност постојања таквих права која, због своје везаности за личност и/или значаја за егзистенцију, не могу бити злоупотребљена.¹⁶

Ова констатација, иако резервисана, даје нам основа за закључак да нека права, пре свега она од којих зависи егзистенција, заиста нису злоупотребива.

¹¹ Лукић, Р. Д.: *О злоупотреби права*, Правна мисао, 1-2, 1941, стр. 29.

¹² Тиме се у спору који постоји између присталица спољашње и унутрашње теорије злоупотребе права стављамо на страну првих, додајући као аргумент све претходно речено.

¹³ Критеријуми или конституенси забране злоупотребе права представљају конкретизацију општих формула којима се злоупотреба забрањује и имају за циљ да онемогуће арбитрарност и самовољу суда. Ковачевић- Куштримовић, Р.: *Цит. дело*, стр. 21.

¹⁴ Грађанска субјективна права су објективним грађанским правом призната овлашћења правним субјектима у циљу задовољавања њихових различитих интереса. Видети детаљније: Ковачевић Куштримовић, Р. - Лазевић, М.: *Увод у грађанско право*, Ниш, 2008, стр. 7; Станковић, О. - Водинелић, В.: *Увод у грађанско право*, Београд, 1996, стр. 1-7; Гамс, А.: *Увод у грађанско право*, Београд, 1967, стр. 83; Николић, Д.: *Увод у систем грађанског права*, Нови Сад, 2005, стр. 234- 237; Стојановић, Д. - Антић, О.: *Увод у грађанско право*, Београд, 2001, стр. 172-182; Стојановић, Д. Д.: *Увод у грађанско право*, Београд, 1984, стр. 50.

¹⁵ Иако теоретичари предвиђају њихов скори нестанак, у француској правној теорији егзистира идеја о постојању незлоупотребивих права. Она се називају *droit discrétionnaires* и *droit absolus*. О томе: Родијер, Р.: *Злоупотреба права*, Анали ПФ Београд, бр. 1-2, 1960, стр. 1-12..

¹⁶ Видети детаљније: Водинелић, В. В.: *Цит. дело*, стр. 174- 176.

Да ли је у том смислу могуће замислити да, примера ради, неко злоупотребљава право на живот? Не само да је одговор на ово питање негативан *in abstracto*, већ он остаје негативан и са становишта конкретних видова злоупотребе права. Тако није ни теоретски могуће замислити да неко врши право на живот, то јест да живи, са намером да би другога шиканирао. Није могућа ни конструкција противциљног или бескорисног вршења права на живот. Даље, крајње непримерена била би констатација да је неко створио привид да неће вршити своје право на живот, а онда деловао *contra factum proprium* и тако злоупотребио своје право на живот. Најзад, отпада могућност злоупотребе права на живот и кроз неки од преосталих видова злоупотребе права (неморално, неправично, непримерено и несразмерно вршење права).

На основу претходно реченог, недвосмислено произлази да идеја о постојању незлоупотребивих субјективних права није утопистичка, већ да је потпуно реална. То практично значи да постоје нека права чије је вршење увек допуштено, чак и ако у конкретном случају постоје околности које се сматрају конституенсима злоупотребе права.

Потпуно свесни сложености тог питања, напомињемо да наш циљ није био изналажење и постављање општих критеријума на основу којих ће се процењивати евентуална незлоупотребивост појединих права. Рад овог обима то ни не дозвољава. Оно што смо желели је једино да покажемо да постоје права која се могу вршити без икаквих ограничења, те да испитамо да ли право на накнаду штете спада у ред таквих права.

2. Право на накнаду штете - могућност злоупотребе

2.1. О праву на накнаду штете

У низу врло разноврсних чињеница на основу којих настају облигациони односи, као једну од најзначајнијих можемо издвојити проузроковање штете другом.¹⁷ Наиме, опште правило о ненаношењу штете другима (*neminem ledere*),

¹⁷ Правни односи и грађанска субјективна права не настају непосредно на основу закона, то јест објективног права. Они настају непосредно на основу одређених чињеница које закон предвиђа као услов за њихов настанак. Те чињенице су извори конкретних односа и права, и то непосредни извори, док је закон, то јест објективно право, само посредни извор. У том смислу: Ковачевић Куштримовић, Р.- Лазић, М.: *Цит. дело*, стр. 93.

Ако говоримо о изворима облигационих односа, није претеривање рећи да је проузроковање штете један од најзначајнијих извора, јер, иако је број извора облигационих односа и просторно и временски променљив, ни најстарије теорије не одричу „изворност“ деликта (*obligationes ex delicto*). Такође, каже се да је уговор најчешћи извор облигационих односа, а да проузроковање штете по учесталости, самим тим и по значају, долази одмах иза њега. Детаљније о изворима облигационих односа видети: Визнер, Б.: *Грађанско право*, Загреб, 1962, стр. 469; Радишић, Ј.: *Облигационо право*, Београд, 2004, стр. 67; Салма, Ј.: *Облигационо право*, Нови Сад, 2005, стр. 106 и даље.

„подигнуто“ је на ранг општег начела правног поретка¹⁸, а конкретизовано је кроз низ одредби нашег Закона о облигационим односима.¹⁹ Ипак, и поред тако јасно постављених правила која дају основа, како за реактивно, тако и за превентивно деловање, дешава се да једно лице другом причини штету.²⁰ Тада настаје специфичан облигациони однос оштећеног и штетника. У том односу улоге су јасно подељене - штетник је дужник, а оштећени поверилац.

Оштећени, као поверилац у том односу, има право да од штетника, уколико су за то испуњени сви законом предвиђени услови и уколико не постоји нека од чињеница која искључује кривицу или противправност, захтева да штету умањи или отклони, то јест да захтева накнаду причињене штете²¹.

2.2. О могућности злоупотребе права на накнаду штете *in abstracto*

Када једно лице другом причини штету, равнотежа која је до тада постојала у правном поретку нарушена је на рачун лица које трпи штетне последице. Оштећени неоправдано трпи извесну неугодност и нема ништа природније од тога да оштећени захтева од причиниоца штете да ту неугодност отклони и успостави пређашње стање или да, уколико то није могуће, барем умањи неугодност.²²

Присталице идеје о постојању природног права, сигурни смо, у ред права

¹⁸ Видети детаљније: Николић, Д.: *Цит. дело*, стр. 121.

¹⁹ Закон о облигационим односима (у даљем тексту ЗОО РС), „Сл. лист СФРЈ“ бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и „Сл. лист СРЈ“ бр. 31/93.

²⁰ У обичном се животу под штетом подразумева свако неповољно стање, свака непријатност, као и свако пропуштање пријатности, али је правни појам штете битно ужи у односу на њено одређење у свакодневном језику, јер није свака штета правно релевантна. (Видети: Станковић, О.: *Појам и врсте штете*, Анали ПФ Београд, 1961, стр. 283). ЗОО РС упушта се у дефинисање појма штете, и у том смислу каже: “Штета је умањење нечије имовине (обична штета) и спречавање њеног повећања (измакла корист), као и наношење другом физичког или психичког бола или страха (нематеријална штета). Видети: ЗОО РС, чл. 155.

Комисија за израду Грађанског законика при Влади Републике Србије је, у преднацрту дела којим се регулишу облигациони односи, унела измену у претходну дефиницију додајући да је штета, поред претходно реченог, и „повреда зајамчених права личности“. У „алтернативној варијанти“ овог члана додаје се да се штетом сматра и повреда сваког законитог интереса, без прецизирања шта се под тиме подразумева. Видети: чл. 168 преднацрта Грађанског законика.

²¹ Тиме не дирамо у могућност да се оштећени одлучи да из неког разлога сам успостави пређашње стање. Постоје оправдани разлози који дозвољавају такву могућност. У том смислу: Цигој, С.: *Одговорност за штету (основи одговорности и накнада имовинске штете)*, Зборник радова са саветовања о Закону о обвезним (облигационим) односима, Загреб, 1978.

²² ЗОО РС познаје два начина за надокнаду материјалне штете - успостављање ранијег стања или новчану накнаду (Видети: ЗОО РС, чл. 185), а о њиховом односу и евентуалној „предности“ једног од начина детаљније: Перовић, С. (ред): *Коментар Закона о облигационим односима*, Прва књига, Београд, 1995, стр. 426 и даље.

За надокнаду нематеријалне штете ЗОО РС предвиђа обавезу предузимања одређене радње (Видети: ЗОО РС, чл. 199) или накнаду у новцу (Видети: ЗОО РС, чл. 200 и 201).

са универзалним просторним и временским важењем уврстиће и право да се захтева надокнада штете, уз готово извесну констатацију да једно природно право не може бити злоупотребљено. Међутим, чак и ми који нисмо поборници идеје о постојању природног права, ако право на накнаду штете посматрамо на овај начин, дакле са једног вишег нивоа апстракције, самоуверено ћемо констатовати да оно није подобно да буде злоупотребљено.

2.3. О могућности злоупотребе права на накнаду штете кроз конкретне видове злоупотребе права

Праву слику о могућности злоупотребе права на накнаду штете, није могуће створити ако ту могућност истражимо само *in abstracto*. Потребно је, наиме, да учинимо напор више и да ту могућност истражимо кроз конкретне видове злоупотребе права, то јест у зависности од одређених критеријума (конституенаса)²³.

Иако наш Закон о облигационим односима изричито говори о само једном виду злоупотребе права - противциљном вршењу права²⁴, наша правна теорија познаје више²⁵ могућих видова злоупотребе права.

а) Уколико титулар права вршећи своје право шкоди другоме, а при том за вршење права нема никаквог или никаквог значајнијег интереса, говоримо о *бескорисном* вршењу права. У маниру те дефиниције, могуће је замислити да се право на накнаду штете злоупотреби на овај начин, примера ради, онда

²³ Професор Константиновић каже како је непотребно испитивати какав посебан критеријум за распознавање злоупотребе права [sic!]. Видети: Константиновић, М.: *Цит. дело*, стр. 274.

²⁴ „Забрањено је вршење права из облигационих односа противно циљу због кога је оно законом установљено или признато“ ЗОО РС, чл. 13.

Згодна је поменути да је Преднацрт Законика о облигацијама професора Константиновића из 1966. године садржао одредбу којом се, поред противциљног, санкционише и шиканозно вршење права. Члан 5 је предвиђао: „Забрањено је вршење права у намери да се другом шкоди, као и свако друго његово вршење које се не слаже са циљем ради кога је установљено“.

Иако је наша правна теорија посветила доста простора проучавању злоупотребе права и у том проучавању далеко одмакла, интересантно је да Комисија за израду Грађанског законика при Влади Републике Србије није понудила никакве значајније измене. Предлаже се и даље санкционисање само противциљног вршења права (Видети: чл. 6 поменутог Преднацрта)

²⁵ Кажемо више критеријума, јер тачан број зависи од тога јесмо ли присталице субјективне или објективне теорије злоупотребе права. Субјективна теорија не задовољава зато што: „[...] није за оног који паги од злоупотребе важно да ли паги зато што постоји зла намера код злоупотребиоца или не, него је битно то што трпи оштећење, које се не повећава ако зле намере има, нити смањује ако је нема [...]“ (видети: Лукић, Д. Р.: *Теорија државе и права, Теорија права*, Београд, 1976, стр. 179), стога се ми у спору између присталица ових супротстављених теорија стављамо на страну објективиста.

Такође, број критеријума зависи од тога да ли противморалност и неправичност вршење права посматрамо као један или као два засебна критеријума злоупотребе права. Наиме, са пуно аргумената може се бранити став да је неправично уједно и противморално понашање, али исто тако можемо рећи да се свако противморално понашање може сматрати неправичним.

када оштећени захтева од штетника исплату занемарљиво малог, багателног новчаног износа на име накнаде штете. У случају евентуалног спора, суд неће усвојити захтев оштећеног да му се накнади штета, са образложењем да је реч о злоупотреби права на накнаду штете.²⁶

б) Правни поредак не дозвољава, нити може да дозволи, вршење права зарад остваривања неког свог мање вредног интереса уз жртвовање туђег знатно важнијег. Уколико се титулар понаша на овај начин говоримо о *несразмерном* вршењу права.

Стојимо на становишту да је могуће право на накнаду штете злоупотребити на овај начин. Наиме, у облигационом праву као грани приватног права важи принцип једнакости учесника облигационих односа. Та је једнакост, међутим, само формално-правно постављена. У стварности субјекти су неједнаки. Разликују се по искуству, правничкој наобразби, имовном стању...

Замислимо тако да је оштећени изузетно добро ситуиран, а да је штетник на рубу егзистенције и да притом штета од, рецимо, 5000 динара не оставља никакве значајније последице у имовини оштећеног, а да би исплата те штете довела у питање штетникову егзистенцију. Да ли би у случају да штетник инсистира на исплати поменутог износа могли говорити о злоупотреби права? Сматрамо да је одговор у том конкретном случају негативан.

Наиме, према одредбама ЗОО РС, постоји могућност да суд штетника осуди да плати мањи износ на име накнаде штете, уколико је слабијег имовног стања и уколико би га исплата у пуном износу довела у оскудицу.²⁷ Због тога непотребно је позивати се на злоупотребу права, с обзиром да постоји конкретна норма којом се остварују исти циљеви, а која се може схватити као конкретизација поменутог начела забране злоупотребе права.²⁸

²⁶ У оваквој ситуацији наше процесно законодавство пружа могућност да суд тужбени захтев одбије због злоупотребе процесних, а не материјалних овлашћења. Ангажовање судског апарата утужењем багателног износа, наиме, може се посматрати као утужење ради излагања парничног противника непотребним трошковима. Видети: Закон о парничном поступку, „Службени гласник Р. Србије“, 125/04 (у даљем тексту ЗПП РС) чл. 9, ст. 3.

²⁷ Видети: ЗОО РС чл. 191, ст. 1

²⁸ Пошто поменута одредба ЗОО РС могућност смањења ограничава на случајеве када штета није проузрокована кривицом, односно крајњом непажњом, не можемо а да се не запитамо да ли се штетник може успешно позвати на забрану злоупотребе права, уколико је делао са намером или крајњом непажњом. Ово питање заиста доводи до „цепања личности“, јер су аргументи који иду у прилог позитивног, поједнако јаки као и аргументи који иду у прилог негативног одговору. Са једне стране рећи ћемо да штетнику који је делао са намером да другом проузрокује штету не треба признати могућност да се позива на несразмерно вршење права оштећеног, јер то отвара могућност да институт забране злоупотребе права и сам буде злоупотребљен. Ипак, са друге стране, без обзира на кривицу штетника, не треба угрожавати његову егзистенцију. То не би било у складу са израженом тенденцијом социјализације и морализације грађанског права, па и права уопште.

Сматрамо стога да је најисправније препустити суду да да одговор на поменуто питање у зависности од околности конкретног случаја, уз инсистирање да се материјалне прилике штетника подробно испитају.

Оваквим ставом, наравно, не искључујемо у потпуности могућност позивања на несразмерно вршење права оштећеног. С обзиром да људска креативност долази до пуног изражаја у тој „сивој зони“ између права и неправда, па, иако машта аутора не иде тако далеко, остављамо могућност да се ипак појави неки случај несразмерног вршења права који се не може подвести под поменућу норму ЗОО РС. Тада би ваљало применити правила која се односе на забрану злоупотребе права.

в) У судској пракси и правној теорији одавно је као абузивно препознато, те санкционисано као недопуштено, и *непримерено* вршење права. Овај вид злоупотребе права постоји када су кумулативно испуњени неки позитивни и неки негативни услови. Потребно је, наиме, да је начин вршења права непотребно тежобан за другога, а да други начини нису тежобнији за самог титулара.²⁹

Тако се, примера ради, у случају постојања материјалне штете предност даје успостављању ранијег стања у односу на новчану надокнаду.³⁰ Сматрамо да се инсистирање оштећеног на успостављању ранијег стања, иако је оно могуће, и неприхватање новчане реституције која је за штетника погоднија, а која није за оштећеног ништа мање корисна од успостављања претходног стања, има сматрати злоупотребом права на накнаду штете.

г) Због потребе да се сачува изванредан степен поверења међу људима, недопуштеним се сматра и такозвано *противречно* вршење права. О противречном вршењу права говоримо онда када постоји недоследност титулара у погледу његовог понашања у вези са правом које му је признато, то јест онда када се он у једном тренутку понаша друкчије него што се до тада понашао.³¹ Та његова недоследност може бити шкодљива за другог због створеног поверења, па се она не може толерисати.

Уколико се оштећени понаша као да неће вршити своје право да захтева накнаду штете, а онда штетнику, након што је створио привид да своје право неће вршити, ипак упути захтев да штету надокнади, такво понашање било би типичан пример злоупотребе права на накнаду штете.³²

²⁹ Из претходног јасно произлази да титулар права има могућност избора начина на који ће вршити право. Уколико изабере начин тежобнији по другом, а остали начини нису тежобнији за њега, испуњен је један од услова да говоримо о непримереном вршењу права. (О томе детаљније: Водинелић, В.: *Цит. дело*, стр. 22- 26 и 87-90).

³⁰ Перовић, С. (ред): *Цит. дело*, стр. 426 и даље.

³¹ За противречност у понашању титулара није битно временско растојање између првог и измењеног понашања, штавише, та временска дистанца не мора ни постојати, а она не постоји у оним случајевима када изјавама титулар ствара једно уверење код других, али истовременим предузимањем радњи ствара друкчије уверење. Видети: Водинелић, В.: *Цит. дело*, стр. 26-43.

³² У борби против оваквог понашања титулара може се успешно користити институт застарелости права. Наиме, према нашем ЗОО РС право да се захтева накнада штете застарела у субјективном року од 3 године (чл. 376, ст. 1), односно у објективном року од 5 година (чл. 376, ст. 2). Уколико је поменуто време протекло, рећи ћемо по угледу на Водинелића, да је излишно позивати се

д) Поменули смо да наш ЗОО РС познаје само један вид злоупотребе права - *противциљно вршење права*. Како бисмо установили да ли је право на накнаду штете могуће злоупотребити на овај начин, морамо установити шта је циљ који правни поредак жели да постигне признавањем овог права оштећеном.

Сматрамо да је поновно успостављање равнотеже нарушене штетом, циљ који се жели постићи признањем овог права. Стога, уколико се право врши зарад постизања неког другог циља, рецимо тек ради умањења нечије имовине³³, понашање титулара има се санкционисати као абузивно.

ђ) Најзад, правни поредак не може дозволити вршење права противно моралу и осећају правичности³⁴, што јасно произлази из односа права према моралу и правичности као паралелно егзистирајућим регулаторима односа у друштву, али и из односа права према моралу и правичности као основним вредностима које право претендује да заштити.

Како је могућност злоупотребе овог права у потпуности доказана у претходном делу рада и како се сваки од претходних примера злоупотребе може сматрати неморалним и неправичним, сматрамо да нема нарочите потребе за испитивањем могућности злоупотребе права на накнаду штете кроз ове видове злоупотребе права.

Закључна разматрања

У ред фундаменталних института облигационог права, али и грађанског права уопште, спада институт накнаде проузроковане штете. Кроз низ норми од којих се овај институт састоји, уобличен је однос између причиниоца штете и оштећеног. Садржину тог односа чине права и обавезе које из њега произлазе. Далеко најзначајније међу њима је право да оштећени захтева накнаду проузроковане штете.

Наше право забрањује да се субјективна права и овлашћења која из њих произлазе злоупотребљавају, али се ни законодавац ни правни теоретичари не изјашњавају о томе да ли су сва субјективна права подесна да буду злоупотребљена.

Дубоко уверени у њихово постојање, на конкретном примеру доказали смо да постоје права која су по својој природи незлоупотребива, да бисмо на забрану злоупотребе права, јер, иако суд *ex officio* води рачуна о злоупотреби права, а о застарелости само ако се дужник користи приговором застарелости, верујемо да ће штетник пре издејствовати одбијање тужбеног захтева уколико се користи приговором застарелости, с обзиром да наши судови не користе могућност санкционисања абузивног вршења права у пуној мери.

³³ Свесни смо да је отворена могућност да се овакво понашање сматра шиканозним или бескорисним, па и противциљним. То само указује на испреплетаност видова злоупотребе права, те немогућност тачног разликовања појединих видова.

³⁴ Тако Божишић каже: “Ко год ради или врши што је властан радити...он треба да, вршећи своје право, не пријеђе границе своје области, нити учини што противно правилима благонаравља (1000) или поштења“, чл. 943 ОИЗ.

након тога поставили питање да ли право да се захтева накнада причињене штете спада у круг тих права.

Одговор на ово питање са вишег нивоа апстракције био је позитиван, али је потпунија анализа кроз појединачне видове злоупотребе права очекивано дала потпуно другачије резултате. Право да се захтева накнада причињене штете је злоупотребиво и то кроз све могуће видове злоупотребе права, само што постоје случајеви када је излишно позивати се на ово начело, с обзиром да постоје конкретне норме којима се спречава абузивно вршење права на накнаду штете.

Најзад, иако смо се у раду ставили на страну припадника објективне теорије злоупотребе права, сигурни смо како бисмо исти резултат добили и када бисмо се декларисали као субјективисти.

Summary

Although the institute of prohibition of abuse of rights is relatively “young”, the idea that the civil rights cannot exercise without any restriction nowadays is almost generally accepted. Accordingly, enormous energy is being invested in combating all forms of abusive exercise of rights, both at the theoretical and practical fields.

However, complete success in this struggle requires adequate answers to series of questions. One of those questions is whether all civil rights could be abused. The answer to this question has huge practical importance, besides the obvious theoretical, because in the case when we accept a positive answer, there would be a real danger that the institute of prohibition of abuse of rights could be misused itself.

The aim of our research was to verify the possibility of abuse of rights to compensation, in to explore whether this, let's say a fundamental human right, is one of those rights that cannot be misused. For this purpose, firstly, we proved the existence of rights which, by their nature, are such that they cannot be abused, so in further, by using the advantages of analytic and deductive methods, and also the methods of modeling, we proved that the right to compensation is not included in order of these rights.

Although in this work we declared ourselves as supporters of objective variant of the theory of abuse of rights, we claim that we would have come to the same conclusion if we had approached to the problematic of abuse of rights as supporters of theory.

ВРШЕЊЕ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА - СУКОБ ЗАКОНА

Проф. др Марија Крвавац*
Др Олга С. Јовић**

***Апстракт:** Једна од најважнијих последица престанка брака или ванбрачне заједнице, на односе између родитеља и детета, односи се на питање коме од родитеља ће дете бити поверено, односно да ли ће родитељско право вршити заједнички и споразумно, или је у интересу детета да само један родитељ врши сва права и дужности из садржине родитељског права. У овом другом случају, родитељ који не врши родитељско право, поред дужности издржавања детета има и право на одржавање личних односа са дететом, те право да споразумно са другим родитељем одлучује о питањима која битно утичу на живот детета. У раду, ауторке анализирају феномен вршења родитељског права након престанка заједнице живота родитеља, са становишта националног законодавства и судске праксе, али и у оквиру међународне и европске регулативе овог правног института.*

Будући да у случајевима поводом односа између родитеља и детета који задиру у сферу најмање два или више правних система мериторну одлуку није могуће донети без претходног решења проблема избора меродавног права, потребна пажња у раду је посвећена регулативи међународног приватног права, тј. критеријумима и начинима регулисања проблематике односа родитеља и деце са елементом иностраности. Због нецеловитости међународног породичног права одређени породичноправни спорови се не могу регулисати непосредном применом унификованих међународних правила.

***Кључне речи:** родитељско право; одвојен живот родитеља; поверавање детета; елемент иностраности; сукоб закона; колизиона решења.*

* Проф. др Марија Крвавац, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини, са привременим седиштем у Косовској Митровици.

** Др Олга С. Јовић, доцент Правног факултета Универзитета у Приштини, са привременим седиштем у Косовској Митровици.

Садржина родитељског права

Садржину института „родитељско право“¹ одређују права, дужности, овлашћења и обавезе које родитељи, по закону, имају у односу на личност и имовину детета, заступање и издржавање детета. Укупност права и одговорности родитеља према детету детерминисано је најбољим интересом детета.

Родитељско право, по својој суштини, има за циљ да осигура моралну и материјалну добробит детета кроз бригу родитеља о личности детета: одржавањем личних односа са дететом, обезбеђењем образовања детета, издржавањем детета, заступањем детета и управљањем имовином детета, а резервисано је за лица која имају правно признати и познати однос са дететом, независно од тога да ли су у браку или ванбрачној заједници. У структури родитељског права, односи између родитеља и детета подразумевају различите модалитете, у смислу да праву на једној страни одговара дужност на другој - право и дужност издржавања, заступање детета; затим праву може одговарати право – право детета на живот са родитељима, право на одржавање личних односа; као што може да постоји само право или само дужност, односно из одређене дужности може бити изведено више различитих права.²

У склопу права и дужности родитеља која су оријентисана према личности детета, централно место припада појму старања о детету. Реч је о правном изразу који описује правни и фактички однос између родитеља и детета, који у својој сложености претпоставља неколико узајамно повезаних елемената: бригу о животу и здрављу детета, чување, подизање, васпитавање, образовање. Поред права и дужности која извиру из личних односа родитеља и детета, постоје права и дужности статусне природе: одређивање личног имена детета, пребивалиште детета, држављанство детета, право на сазнање порекла.

Права и дужности родитеља према имовини детета односе се на издржавање детета, управљање, коришћење и располагање имовином детета, као и одговорност родитеља за штету коју дете причини трећим лицима.³

¹ За означавање права и дужности родитеља према детету термин „родитељско право“ није универзално прихваћен, већ је подложен променама у мери у којој правни системи еволуирају у правцу признавања детета као субјекта који има правну заштиту и чије се жеље, ставови и мишљења уважавају. Језичка одредница која на савременији начин осликава однос родитеља и детета, којом се потврђује дете као правни субјект и улога родитеља у правилном развоју и подизању детета, претежно прихваћена у упоредном праву, јесте „одговорност родитеља“. Видети опширније Јовић О., *Родитељски статус - социјална функција*, Правна ријеч бр. 20, Бања Лука 2009, стр. 254 и даље.

² Видети Вујовић Р., *Вршење родитељског права*, семинарски рад, Београд 2002, стр. 4.

³ Видети Ковачек-Станић Г., *Породично право*, Нови Сад 2005, стр. 264.

Вршење родитељског права у случају одвојеног живота родитеља и детета у националном законодавству и пракси

Са правног аспекта посматрано, дете као личност у развоју, има право да живи са родитељима и да се родитељи старају о њему пре свих других лица. Родитељи су, пре свих осталих, одговорни за правилан развој детета, па консеквентно томе, обављање права и дужности из садржине родитељског права, односно вршење родитељског права јавља се у два облика: вршење родитељског права од стране оба родитеља- заједничко вршење родитељског права; и вршење родитељског права од стране једног родитеља – самостално вршење родитељског права.

Породични закон Републике Србије (чл. 75) предвиђа да родитељско право припада оцу и мајци заједно и они га врше заједнички и споразумно када воде заједнички живот.⁴ Законодавац је родитељима, такође, пружио могућност да врше родитељско право заједнички и споразумно и онда када дође до престанка породичне заједнице, под условом да су закључили споразум о заједничком вршењу родитељског права и ако суд процени да је тај споразум у интересу детета.⁵ То значи да је диспозиција родитеља двоструко ограничена: најпре, ограничена је најбољим интересом детета, а затим и обавезом суда да, по прибављеном стручном налазу и мишљењу установе за посредовање у породичним односима, *ex officio*, испита да ли је такав споразум родитеља у најбољем интересу детета.⁶

Одвојен живот детета од родитеља представља изузетак, онда када то захтева најбољи интерес детета: у случају када су родитељи судском одлуком у потпуности или делимично лишени родитељског права, односно одлуком суда у случају насиља у породици. Исто тако, право детета да живи са родитељима неће се остварити онда када су родитељи умрли, непознати, односно када су напустили дете.

Могућност одвојеног живота која није противна вољи родитеља и детета предвиђена је у случају развода брака, или престанка ванбрачне заједнице. Тада се поставља питање коме од родитеља ће дете бити поверено, односно да ли ће родитељско право и даље вршити заједнички и споразумно, или је у интересу детета да само један родитељ врши сва права и дужности из садржине родитељског права. У сваком конкретном случају одлука о томе са којим ће родитељем дете живети мора бити у складу са најбољим интересом детета.⁷ Уколико суд процени да је споразум родитеља о вршењу родитељског

⁴ Видети *Породични закон Републике Србије* (у даљем тексту: ПЗС), „Службени гласник РС“, бр. 18/05.

⁵ Видети одредбу чл. 75. ст. 2. ПЗС.

⁶ Видети чл. 6. ст.1. и чл. 266. ст.1. и чл. 270. ПЗС.

⁷ Приликом оцењивања околности од значаја за поверавање малолетног детета, у случају када је родитељ у односима према деци склон насиљу, суд је дужан да испита да ли је, с обзиром на ову околност, у интересу малолетне деце да буду поверена том родитељу.

права у интересу детета, споразум се уноси у изреку пресуде.⁸ У супротном, одлуку о вршењу родитељског права доноси суд, као и у случају када родитељи нису закључили споразум о вршењу родитељског права, или, по оцени суда, споразум о вршењу родитељског права није у најбољем интересу детета.

Споразум родитеља или одлука суда, самостално, у току бракоразводног поступка о вршењу родитељског права од стране једног родитеља, по правилу, обухвата одлуку о поверавању детета једном од родитеља, односно одлуку о томе са којим од родитеља ће живети,⁹ одлуку о начину одржавања личних односа детета са другим родитељем, те одлуку о висини доприноса за издржавање детета од родитеља коме није поверено.¹⁰

Из образложења: Закључак првостепеног суда да је у интересу малолетне деце да по разводу брака парничних странака буду поверена тужиљи као мајци за сада није поуздан док се не утврде све чињенице и околности од којих зависи одлука о томе. Тужени је истицао, у првостепеном поступку, а сада и у жалби, да је у односу према деци тужиља склона насиљу, да је децу тукла пред њим, као и да је виђао да малолетни В. има модрице по телу, па је у вези са тим и таквим тврдњама туженог, првостепени суд био дужан и у обавези да испита да ли је то тачно, а ако јесте од каквог је значаја за правилан психофизички развој малолетне деце, те да ли је у њиховом интересу да буду поверена мајци. Првостепени суд ће у поновном поступку на поуздан начин, свим расположивим доказима, испитати наведене чињенице, о чему ће прибавити и извештај органа старатељства. Видети пресуду Окружног суда у Ваљеву, Гж. бр. 238/05 од 17.02.2005. године.

Крајем 2008. године у Србији је извршена реформа правосуђа усвајањем новог Закона о уређењу судова („Службени гласник РС“, бр. 116/2008) којим је предвиђено да су за решавање породичноправних спорова надлежни судови опште надлежности: основни судови, виши, апелациони и Врховни касациони суд).

⁸ Видети Делибашић З., *Садржина пресуде у породичним споровима*, Врховни суд Србије, Билтен судске праксе, бр. 3/II, Београд 2007, стр. 566.

Форма пресуде у породичним споровима, осим одлуке о захтеву који су странке истакле у поступку, садржи и одлуку суду о правима странака о којима је одлучио применом начела официјелности, без постављеног захтева, када је на основу резултата расправљања закључио да постоји повреда законом признатих права детета или других чланова породице.

⁹ Према важећим правилима, када заједница живота родитеља и деце престане на било који начин законом прописан, доношење одлуке о месту становања детета поверено је суду који се руководи најбољим интересом детета, оцењујући све околности конкретног случаја: жеље родитеља и жеље детета у вези са вршењем родитељског права, стамбене, здравствене, имовинске прилике родитеља, њихове могућности да непосредно одгајају дете, понашање и карактерне особине родитеља, узраст детета и сл. Уколико је у најбољем интересу детета онда место пребивалишта може бити одређено код једног од родитеља који ће предузети непосредну бригу о детету, али дете може и наизменично становати код једног а потом и код другог родитеља, или се о томе могу споразумети на другачији начин.

¹⁰ Видети пресуду Апелационог суда у Београду, Гж2 562/10 од 8. септембра 2010. године.

Из образложења: Пресудом Првог основног суда у Београду П2.бр. 4746/10 од 30.03.2010. године, разведен је брак странака, а заједничка мал. деца парничних странака поверени су оцу, који ће самостално вршити родитељско право. Туженој је наложено да доприноси издржавању заједничке мал. деце странака са месечним износом од по 20% за свако дете, од укупних месечних примања, умањених за порезе и доприносе за обавезно социјално осигурање почев од доношења првостпене пресуде, па убудуће, док за то постоје законом прописани услови. Парничне странке ће договором регулисати начин одржавања личних односа мал. деце са мајком, у складу са потребама и могућностима деце.

Правни положај родитеља који не врши родитељско право, подразумева да поред дужности издржавања детета, одржавања личних односа са дететом, има и право да споразумно са другим родитељем одлучује о питањима која битно утичу на живот детета. Одредбом чл. 78. ст. 4. ПЗС прописано је да се питањима која битно утичу на живот детета сматрају нарочито образовање детета, предузимање већих медицинских захвата над дететом, промена пребивалишта детета и располагање имовином детета велике вредности.

Дете које је навршило 15. годину живота и способно је за расуђивање, може одлучити са којим ће родитељем живети (чл. 60. ст. 4. ПЗС), као и о начину одржавања личних односа са родитељем са којим не живи (чл. 61. ст. 4. ПЗС). Дете је странка у поступку (активна процесна легитимација) за вршење родитељског права који је покренуо један од родитеља због спора о вршењу родитељског права, будући да се у овој парници одлучује о његовом праву да живи са родитељима. Та субјективна овлашћења дете може, али не мора да користи, међутим, дужност је суда да му то увек омогући, када је у најбољем интересу детета. Садржина родитељских права у овим ситуацијама је неизмењена, али је обим вршења права ограничен вољом детета.

Када суд донесе одлуку о самосталном или заједничком вршењу родитељског права, а дете се не налази код родитеља коме је поверено, суд ће наредити да се дете одмах преда родитељу који треба да врши родитељско право.¹¹ Једном донета одлука о вршењу родитељског права подложна је променама уколико су се битно промениле околности (које утичу на вршење

Брачни односи супружника су трајно и озбиљно поремећени, па иако живе у истом стану, фактичка заједница живота између њих је престала да постоји. Према налазу и мишљењу стручне службе за посредовање у породичним односима, које је дато по обављеном интервјуу са супружницима, мал. децом и прибављеном мишљењу педагога основне школе коју похађа мал. кћи странака у најбољем интересу мал. деце је да се повере оцу. Отац је изузетно привржен деци, а време је показало да је његова мотивација за бригом о деци суштинске природе и да се испољава кроз непосредну бригу и ангажовање. У поступку пред стручном службом за посредовање у породичним односима оба детета су се изјаснила да им отац пружа већи осећај сигурности и да ће уколико остану да живе са њим задржати исти квалитет живота што је битно за њихову стабилност и даљи развој. Деца су емоционално везана за оба родитеља, али и међусобно, и упућена су једно на друго. Код деце је изражена жеља да наставе да живе заједно. Према мишљењу стручне службе отац има јасно дефинисану будућу организацију реализације живота деце, за разлику од мајке која не манифестује за децу очекивану ангажованост, што децу управо више и упућује на оца.

Заједничка деца странака и даље живе у заједничком домаћинству са оба родитеља, одржавају личне односе са мајком, па за сада супротно наводима жалбе сагласно чл. 61 ПЗС објективно не постоји потреба да се одлуком суда уреди начин одржавања личних односа деце са мајком. Уколико дође до раздвајања домаћинства и родитељи и мал. кћерка странака не постигну споразум о начину одржавања личних односа мал. кћерке са мајком (мал. син странака постаће пунолетан ове године) не постоје процесне сметње да се у другом судском поступку уреди начин одржавања личних односа мал. кћерке са мајком, како се породични однос не би прекинуо, јер је за правиан психофизички развој неопходно да мал. кћерка странака са мајком одржава односе засноване на љубави, међусобном поштовању и уважавању.

¹¹ Видети чл. 272. ст. 3. ПЗС.

права и дужности из садржине родитељског права) на страни родитеља или/и детета, што представља основ за доношење нове одлуке.¹² Како се из изложеног може закључити, српски Породични закон прописује материјалноправне норме којима уређује односе родитеља и деце, али и процесноправна правила поступака пред судом у вези са породичним односима, а одредбе Закона о парничном поступку¹³ примењују се тек супсидијарно.¹⁴

¹² Видети пресуду Апелационог суда у Београду, Гж2 798/10 од 17. новембра 2010. године.

Из образложења: Пресудом Основног суда у Пожаревцу П2.450/10 од 07.09.2010. године, одбија се тужбени захтев тужиље против туженог, ради измене одлуке о поверавању детета, а којим је тражено да се мал. ћерка тужиље и туженог додели на даљу негу, чување и васпитање мајци, те да се тужени обавезе да мал. дете преда мајци у року од 15 дана од дана правоснажности ове пресуде, под претњом принудног извршења, да тужени може контактирати са ћерком свакодневно, а сваког другог викенда суботом и недељом је може узети код себе, као и за сваки други званични државни или верски празник, и 15 дана провести на годишњем одмору. Апелациони суд је испитао побијану пресуду у границама овлашћења из члана 372. Закона о парничном поступку у вези члана 202.

Породичног закона, па је оценио да изјављена жалба није основана.

Према утврђеном чињеничном стању пресудом Општинског суда у Петровцу на Млави П.бр.592/2000 од 26.01.2001. године разведен је брак између странака, а њихова малолетна деца поверена су на негу, чување и васпитање туженом, као оцу, са правом виђења и довођења код себе малолетне деце од стране тужиље као мајке, како је то ближе наведено у изречи те пресуде.

...Тужиља са мал.ћерком остварује контакт у домаћинству туженог. Пред Центром за социјални рад мал. ВВ је саслушана и изјавила је да жели да остане код оца, а исту такву изјаву дала је и пред судом, образлажући да у школи има своје школске другарице и другове које воли, да има брата и сестру који живе у истом домаћинству, да свог брата и сестру воли, да се са супругом свог оца слаже и да јој иста помаже у савладавању школског градива, као и њен отац, да има проблема у говору, а да не воли мајку зато што ју је оставила. Центар за социјални рад је мишљења да нема места измени одлуке о вршењу родитељског права према мал. ВВ.

На овако правилно и потпуно утврђено чињенично стање првостепени суд је правилно применио материјално право доносећи побијану пресуду, а за исту је дао довољно разлога, које прихвата и Апелациони суд.

Правилно је првостепени суд закључио да је у најбољем интересу мал. ВВ да и даље остане у домаћинству свог оца који ће и надаље самостално вршити родитељско право, при чему је поклатио пажњу и жељи мал. ВВ да и даље остане у домаћинству свог оца. Наиме, чланом 77. Породичног закона прописани су случајеви самосталног вршења родитељског права, па се у том смислу одлука о самосталном вршењу родитељског права једног родитеља може променити уколико се промене околности и прилике, а посебно ако дете изјави да жели да живи са другим родитељем. При томе, суд је дужан да води рачуна о најбољем интересу детета, у смислу члана 6. став 1. и члана 266. став 1. Породичног закона. Првостепени суд је правилно закључио да је мал. ВВ способна да формира своје мишљење, те је у смислу члана 65. и 266. став 1. Породичног закона утврдио мишљење детета у поступку пред Центром за социјални рад као и непосредним саслушањем, па је, посвећујући дужну пажњу мишљењу детета, и оцењујући најбољи интерес детета, као правни стандард, правилно оценио да нема места измени одлуке о вршењу родитељског права.

¹³ Видети Закон о парничном поступку, „Службени гласник РС“, бр. 125/04.

¹⁴ У хрватском праву, на пример, спорови о вршењу родитељског права решавају се по правилима ванпарничне процедуре (чл. 101. и чл. 102. Обитељског закона Хрватске, „Народне новине“, бр. 116/2003). У надлежност ванпарничног суда спада и доношење одлуке о томе са којим родитељем ће дете живети; одређивање начина и времена сусрета са родитељем са којим дете не живи; о ограничењу или забрани сусрета и дружења детета са родитељем и укидање

Родитељско право у међународној и европској легислативи

У међународној номенклатури, као што је познато, уместо израза родитељско право заступљен је термин родитељска одговорност као скуп законом предвиђених овлашћења који припадају подједнако оцу и мајци, на основу којих се они старају о личности и имовини детета. Појмови „старање“ и „приступ“ детету замењени су појмовима „становање“ и „контакт“, па се у међународним инструментима све чешће среће формулација да дете „станује“ или има „контакт“ са родитељем него да родитељи имају „старање“ и „приступ“ детету.¹⁵

У области људских права детета, основна начела о уређењу односа између родитеља и детета постављена су у Конвенцији УН о правима детета (1989).¹⁶ Према одредби чл. 18. ст.1. КПД: „Државе уговорнице ће уложити највеће напоре да се обезбеди признавање принципа да оба родитеља имају заједничку одговорност у подизању и развоју детета. Родитељи или, у зависности од случаја, законски старатељи имају превасходну одговорност за подизање и развој детета“. На тај начин обезбеђује се првенство родитеља, у поређењу с трећим лицима, да буду правно признати као субјекти који имају овлашћења да се брину о детету, чиме се искључује свако треће лице које би, евентуално, неовлашћено покушало да преузме вршење родитељског права.¹⁷ Правни основ односа родитеља и детета није родитељско право, већ одговорност родитеља за остваривање признатих права детета. Из текста Конвенције недвосмислено произилази да ниједна држава уговорница не може да се ослободи одговорности за кршење, занемаривање или спречавање заштите права детета. То значи да, иако је, одговорност родитеља примарна, она није искључива. У циљу гарантовања и унапређења права из ове Конвенције, такве одлуке; одрђивање особе под чијим надзором ће се сусрети одвијати; о сусретима и дружењу детета са баком/дедом, те малолетном браћом/полубраћом и сестрама/полусестрама; о појединим дужностима одвојеног родитеља из садржине родитељског права; доношење одлуке о вршењу родитељског права када не постоји споразум родитеља; у случају промењених околности- с којим родитељем ће дете живети и о сусретима и дружењу и о другим садржајима; старање о детету у случају смрти родитеља са којим је дете живело; и одизимање детета од особе код које се дете налази без правног основа. О томе опширније видети Алинчић М, Храбар Д, Јаковац-Лозић Д, Кораћ А, *Обитељско право*, Народне новине, Загреб 2006, стр. 267-280.

¹⁵ Управо када је реч о старању потребно је напоменути да се оно јавља у облику самосталног (један родитељ се физички и право стара о детету), заједничко (оба родитеља се правно и/или физички старају о детету) и подељено старање (један родитељ се потпуно стара о једном детету, а други о другом(ој) детету(ци)). Становање и контакт су појмови које се јављају као последица престанка заједнице живота родитеља, у поступку развода или поништаја брака и у сваком другом поступку који се тиче детета. Видети детаљније чланак под насловом „*Child custody*“, from Wikipedia, the free encyclopedia, интернет презентација на: en.wikipedia.org/wiki/Child_custody

¹⁶ Видети Конвенцију о правима детета (превод) „Службени лист СФРЈ - Међународни уговор“, бр. 15/90.

¹⁷ Видети Драшкић М., *Породично право и права детета*, Београд 2005, стр. 278-279.

државе уговорнице ће пружити помоћ родитељима или законским старатељима у реализацији одговорности за подизање детета (чл. 18. ст. 2. КПД). Одредбом чл. 9. ст. 1. КПД предвиђено је да ће државе уговорнице обезбедити да дете не буде одвојено од својих родитеља против њихове воље, осим када надлежне власти, уз судски надзор, одреде у складу са важећим законом и поступком, да је такво одвајање неопходно у најбољем интересу детета (нпр. у случају злостављања или занемаривања детета или у случају одвојеног живота родитеља па се мора донети одлука о месту становања детета). Трећим ставом истог члана прописана је обавеза држава уговорница да поштују право детета одвојеног од једног или оба родитеља да редовно одржава непосредне контакте са оба родитеља, осим ако је то у супротности са најбољим интересима детета. Овим документом међународна заједница је установила чврсте критеријуме у регулисању односа између родитеља и детета, на универзалном нивоу.

На регионалном нивоу, процес хармонизације материјалних породично-правних одредби отпочео је у оквирима Савета Европе под чијим окриљем је усвојена Конвенција за заштиту људских права и основних слобода (1950),¹⁸ односно формиран Европски суд за људска права. Заштита права на поштовање приватног и породичног живота (чл. 8. ст. 1. ЕКЉП) признатог овом Конвенцијом, односно заступани ставови у појединим одлукама Суда својим ауторитетом о питањима која се тичу односа родитеља и деце успоставили су стандард према којима европске државе усклађују своја законодавства.

Чињеница постојања елемента иностраности у односима родитеља и детета (дете је поверено једном родитељу на основу међусобног споразума или одлуке надлежног органа о поверавању детета, а други родитељ има право дужност да одржава личне односе са дететом) указује на још један важан документ усвојен у оквиру Савета Европе. Реч је о Европској конвенцији о признању и извршењу одлука о старању о деци и о поновном успостављању односа старања (1980).¹⁹ У Преамбули Конвенције истиче се да је интерес

¹⁸ Србија је 3. марта 2004. године ратификовала Конвенцију о заштити људских права и основних слобода која је истог дана ступила на снагу, као и све Протоколе уз Конвенцију о заштити људских права и основних слобода. Текст Европске конвенције о људским правима видети на: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/70ED854D-0A0B-4D87-859D51C79FE38CA2/0/SER_CONV.pdf

¹⁹ Видети текст Европске конвенције о признању и извршењу одлука о старању о деци и о поновном успостављању односа старања (European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children, Luxemburg, 20.V.1980), интернет презентација на: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/html/105.htm> Ову Конвенцију Србија је ратификовала 18. јануара 2002. године, а на снагу је ступила 1. маја исте године ("Сл. лист СРЈ – Међународни уговори", бр.1/2011). Осим тога, за односе родитеља и детета након престанка заједнице живота од великог значаја су и други инструменти донети под окриљем СЕ: резолуције, декларације, повеље и препоруке. У том смислу, видети и Препоруку СЕ о родитељској одговорности, *Recommendation No. R (84) 4 on Parental Responsibilities*, 28 February 1984, интернет презентација на: <https://wcd.coe.int/com>

детета од одлучујућег значаја у доношењу одлука о његовом старању, те да институционализовање мера којима треба да се олакша признање и извршење одлука о старању обезбеђује бољу заштиту интереса детета, што је иницирано растућим бројем случајева у којима су деца бесправно одведена преко међународне границе и тешкоћама које се јављају у адекватном решавању оваквих ситуација. Потреба за успостављање правне сарадње између надлежних органа држава чланица условљена је постојећим разликама у унутрашњем супстанцијалном праву о вршењу родитељског права по престанку заједнице живота родитеља.

У оквирима Европске уније, деловање на подручју породичног права започето је доношењем аката који регулишу породичноправна питања са елементом иностраности. С обзиром да је у надлежности ЕУ унификација правила међународног приватног права, комунитарни правни инструменти уређују питања процедуре, сукоба надлежности и признања одлука, те је у вези са вршењем родитељског права наглашена потреба за сарадњом у заштити деце и остваривања правне сигурности путем слободног протока судских одлука о вршењу родитељског права унутар Уније.²⁰

Елемент иностраности у односима родитеља и деце

Различитост националних правних система у оквиру којих се одвија породичноправни однос резултира правном несигурношћу и непредвидивошћу решења. Постојање општег породичног права било би оптимално решење за субјекте породичних односа и њима својствених ситуација. Процес интернационализације је наметнуо поједина униформна супстанцијална решења, али су различитости националних регулатива реалност коју не треба занемаривати.

Општа правна начела на којима почива регулатива родитељског права, како је већ напоменуто, поставља Конвенција УН о правима детета. Овај међународни правни документ потврђује забрану дискриминације обавезујући државе чланице да поштују и обезбеђују права садржана у Конвенцији сваком детету без икакве дискриминације и без обзира на расу, боју коже, пол, језик, вероисповест, политичко или друго убеђење.²¹ Најбољи интерес детета заузима

²⁰ Први корак на путу признања одлука на пољу породичног права била је Уредба 1347/2000 којом су хармонизована правила о надлежности, признању и извршењу судских одлука о родитељској одговорности (Regulation (EC) No 1347/2000 (Brussels II) 1347/2000 on the jurisdiction and recognition and enforcement of certain judgments on parental responsibility) која је касније измењена Уредбом о надлежности, признању и извршењу судских одлука о брачним односима и родитељској одговорности (Council Regulation (EC) No. 2201/2003 of 27 November 2003 Concerning Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matter and the Matters of Parental Responsibility (Brisel II bis)) [2003], Official Journal of the European Union L 338/1, internet prezentacija na: <http://europa.eu>

²¹ В. чл. 2. ст.1. Конвенције УН о правима детета.

централно место у остваривању принципа заштите детета. Према конвенцији, “у свим активностима које се тичу деце, од примарног значаја су интереси детета без обзира на то да ли их спроводе јавне или приватне институције за социјалну заштиту, судови, административни органи или законодавна тела”.²² Ова начела представљају²³ темељ реформи супстанцијалног породичног права широм света. Развој људских права у прошлом веку, уопштено се може узети као друштвена појава која је суштински утицала на брачну и породичноправну регулативу.

С друге стране, 20. век је поставио питање међународно-приватно правне регулативе, тј. критеријума и метода регулисања проблематике односа родитеља и деце са елементом иностраности у функцији остваривања правде и правичности. Ови односи су тесно везани за социјалну политику једне земље и претпостављају посебна овлашћења социјалних установа у којима супростављеност материјалноправне и колизионоправне правичности посебно долази до изражаја. Колизиона регулатива је прилагођена специфичностима материјалноправног регулисања, али она довољно не прати сложеност ни бројност питања односа родитеља и деце.²⁴

У материји родитељског права многобројна питања су, по правилу, уређена општом колизионом нормом, док се законско издржавање по свом значају издвојило у колизионој регулативи. Неопходност увођења посебних колизионих решења за поједина питања имала је као резултат специфично законодавно решење појединих националних права за поверавање деце на чување и васпитавање. Новија законодавства стављају на прво место заштиту интереса детета мада су у појединим земљама још увек присутна схватања да појединачне интересе детета и њихову заштиту треба препустити родитељима, или само оцу.²⁵

Сукоб закона о односима родитеља и деце

Због нецеловитости међународног породичног права одређени породичноправни спорови се не могу регулисати непосредном применом унификованих међународних правила. У случајевима поводом односа који задиру у сферу најмање два или више правних система мериторну одлуку није могуће донети без претходног решења проблема избора меродавног права за

²² В. чл. 3. ст. 1. Конвенције.

²³ Б. Бордаш, Методи регулисања односа са елементом иностраности у служби остваривања правде, Реконструкција правног система Југославије на основама слободе, демократије, тржишта и социјалне правде, ПФ у Новом Саду, приредио М. Поповић, Нови Сад 1998, стр. 105-120.

²⁴ Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, Међународно приватно право, Нови Сад, 2001, стр. 312.

²⁵ Ближе М. Живковић, Повераване деце на чување и васпитавање у међународном приватном праву, Ниш 1999, стр. 61-65.

шта је потребно консултовати регулативу међународног приватног права.²⁶ Један од основних циљева колизионих решења уопште, јесте унапређење сврхе материјалноправног регулисања. У складу са тим, колиционе норме морају бити формулисане тако да помажу остваривању принципа инкорпорисаних у материјалном праву, због чега су у родитељском праву установљена посебна колициона решења не би ли се у што већој мери удовољило специфичним захтевима ове материје. Јасне и недвосмислене колиционе норме могу допринети правној сигурности и унификацији решења, што представља нужност одвијања међународног правног саобраћаја и примарну сврху међународног приватног права. Иста колициона решења заинтересованих држава доводе до тога да се на исте спорне ситуације као меродавно има применити исто материјално право, без обзира на то пред судом које земље се води спор.

О значају међународно-приватноправне регулативе односа између родитеља и деце сведоче посебна колициона правила за поједине категорије специфичних питања. У тражењу колиционог решења које на општи начин индивидуализира меродавно право упоредна колициона права полазе од различитих критеријума. Једна група земаља упућује на право земље којој припада дете или на чијој територији редовно борави, као на право које означава најтешњу повезаност са одређеним персоналним односно територијалним суверенитетом. *Lex personalis* детета изражава став законодавца да је интерес детета испред интереса породице као целине и њеног очувања. Колиционо фаворизовање персоналног права детета јасно прихвата општи принцип међународног права и апстрактно истиче најближу везу једног правног односа са елементом иностраности са једним националним правом. Ипак, оно не мора да доведе до решења која ће бити у функцији заштите интереса детета. Пошто нити једно колиционо правило не може да створи механизам којим би се унапред обезбедила сигурна заштита интереса детета, национална колициона права полазе од процене домаћег законодавца о вредновању веза које односи родитеља и деце остварују са потенцијално меродавним правом. Швајцарски законодавац је колиционо фаворизовао дете и у Закону о међународном приватном праву предвидео као примарну тачку везивања редовно боравиште детета, осим ако ниједан од родитеља нема пребивалиште у држави редовног боравишта детета, а родитељи и дете имају заједничко држављанство у ком случају је меродаван заједнички *lex nationalis*.²⁷ Слично швајцарској међународно-приватноправној регулативи, Закон о реформи италијанског система међународног приватног права подводи личне и имовинске односе родитеља и деце под национално право детета.²⁸

Насупрот томе, постављање алтернативних колизионих решења упућује

²⁶ Н. Катичић, *Огледи о међународном приватном праву*, Загреб 1971, стр. 72.; Loussouarn Y. Bourel P. *Droit international privé*, Paris 2001, p. 3.

²⁷ В. чл. 82 Савезног ЗМПП Швајцарске из 1987.

²⁸ В. чл. 36 Закона о реформи италијанског система међународног приватног права.

на меродавност више права чији избор пада на терет надлежног органа који се руководи тиме да изабрано право буде најповољније за дете. Мађарска Уредба са законском снагом о међународном приватном праву предвиђа, у интересу детета, могућност примене домаћег права, ако је дете мађарски држављанин и има пребивалиште у Мађарској²⁹, док Породични закон Бугарске упућује на избор националног права детета и заједничког националног права родитеља ако је оно повољније за дете.³⁰ Право последњег заједничког држављанства, право последњег заједничког редовног боравишта, држављанства детета, у функцији супсидијарних тачака везивања, упућује на меродавно право према праву Грчке, Португалије и др.³¹

Установу очинске власти ‘*patris potestas*’ познају и уносе у колизиону регулативу она права која полазе од традиционалних породичних вредности. Заштита интереса детета се препушта оцу, те колизионо решење упућује на *lex nationalis* оца као право меродавно за односе родитеља и деце.³²

Примена *lex fori* правда се у доктрини правном природом, сврхом и функцијом породичног права. Она је карактеристична за земље *common law* система у којима суд примењује домаће право тј. право суда, руководећи се интересима детета. Енглеска јудикатура заузима чврсто становиште о примени домаћег права и онда када је реч о спору између родитеља или родитеља и деце који садржи елемент иностраности.³³

Према општој колизионој норми у Закону о решавању сукоба закона са прописима других земаља (ЗМПП) Србије меродавно право за односе родитеља и деце одређује се према решењима диференцираних према околностима случаја.³⁴ Одредба члана 40 упућује на примену меродавног материјалног права за сва питања која произађу из односа родитеља и деце. Уколико родитељи и деца припадају истој земљи, за међусобне односе је меродавно право земље чији су држављани. У супротном, ако не припадају истој земљи, на односе родитеља и деце се има применити право места заједничког пребивалишта. Уколико родитељи и деца немају заједничку везу са територијалним или персоналним суверенитетом неке земље меродавно је домаће право, под условом да је дете или један родитељ српски држављанин.³⁵ Законодавац у задњем ставу предвиђа меродавност права државе чији је држављанин дете за односе између родитеља

²⁹ В. пар. 46 мађарске Уредбе са законском снагом о међународном приватном праву из 1979.

³⁰ В. чл.137 Породичног закона Бугарске.

³¹ Ближе М. Живковић, *op.cit.*, 88.

³² Такво решење садржи Грађански законик Шпаније из 1974. који упућује за односе родитеља и деце на национално право оца, или мајке, уколико је само материнство познато или утврђено. (чл. 9 ст. 4).

³³ Ближе М. Живковић, *op.cit.*, стр. 62.

³⁴ Закон је усвојен на тлу бивше СФРЈ 1982. Године, а на снази је од 1. јануара 1983. године, “Сл. лист СФРЈ” бр. 43/82, 1068-1079, са исправкама у “Сл. листу СФРЈ” бр.72/82, 1645.

³⁵ В. чл. 40 ЗРСЗ Србије.

и деце који нису обухваћени претходним одредбама.

Поприште сукоба закона представљају права и дужности родитеља у односу на личност и имовину детета, у погледу вршења родитељског права, поверавања детета на чување и васпитавање за чије је решавање законодавац поставио ред супсидијарних тачака везивања. Оне су по свом карактеру променљиве, непоредно везујуће, па се упућивање по правилу односи на време у којем се неко питање из домена родитеља и деце поставља. На тај начин суд остаје поштеђен од решавања питања мобилног сукоба закона. Поред тога, законодавац није изричито ограничио примену *renvoi* (узвраћање и упућивање на даље право), те суд, у случају када полазно колизионо правило упути на страну меродавно право, мора да примени и колизиона правила тог страног права. Наиме, примена узвраћања и упућивања на даље право сматра се прикладном у сфери тзв. персоналног статута код којих је захтев за уједначењем најизраженији.³⁶ Сходно томе, меродавно право за односе родитеља и деце зависиће од тога да ли конкретне правне чињенице могу довести до узвраћања на српско право када суд има обавезу да примењује и колизионе норме страног права, на које је упутило полазно колизионо правило.³⁷

Сукоб закона о поверавању деце на чување и васпитавање

Циљеви и сврха међународно приватноправне регулативе огледају се у унапређењу сврхе материјалних одредби на које се односе. Овако постављен циљ засигурно није остварен колизионим нормирањем проблематике поверавања деце на чување и васпитање. Важност посебних одредби треба тражити и изван основног задатка – избора меродавног права имајући у виду да је реч о изузетно осетљивој проблематици родитељског супстанцијалног права. По правилу она је у сфери колизионе регулативе подвргнута општим колизионим решењима за односе родитеља и деце, тако да је питање повере деце у малом броју законодавстава предмет изричитог колизионог регулисања. Посебна колизиона решења за поверавање деце на чување и васпитање предвиђа Грађански законик Квебека, који прописује меродавност права места пребивалишта детета.³⁸ Турски законодавац је за вршење родитељске власти у случају развода брака предвидео јединствено колизионо решење за родитељску власт и сва питања која се на њу односе, упућујући на заједничко право држављанства супружника, право заједничког домицила, право њиховог редовног боравишта, односно домаће право.³⁹ Један број земаља као што је то

³⁶ Е. Муминовић, Узвраћање и упућивање даље у нашем закону о међународном приватном праву, Годишњак ПФ Сарајево, 1983, стр. 183.

³⁷ М. Дика, Г. Кнежевић, С. Стојановић, Коментар закона о међународном приватном праву, Београд 1991, стр. 27.

³⁸ В. чл. 3093 Грађанског законика Квебека из 1991. године.

³⁹ В. чл.13 и чл. 20 Закона о међународном приватном праву и међународном грађанском

случај са Чешком, нема посебно колизионо решење већ питање поверавања деце на чување и васпитање са елементом иностраности подводе под друга колизиона решења. Норма Закона о међународном приватном и процесном праву изричито предвиђа да односи између родитеља и деце укључују и питање васпитања.⁴⁰ Грађански законик Португалије полази од персоналног права надживелог супружника као меродавно право по коме се има ценити и питање поверавања деце у тој ситуацији.

Српско право не садржи посебно колизионо правило за избор меродавног права о поверавању деце на чување и васпитање са елементом иностраности. Сходно томе, питања повере деце приликом развода брака родитеља, фактичког престанка заједничког живота родитеља, престанка брака или уопште заједничког живота родитеља, услед смрти једног од њих, престанка заједничког живота ванбрачних родитеља са елементом иностраности подлежу колизионом решењу из члана 40 српског ЗМПП.⁴¹

У методолошком приступу решавања сукоба закона о поверавању деце на чување и васпитање домаћи законодавац би могао да предвиди могућност избора меродавног права које је са спорним питањем у најближој и најзначајнијој вези од стране судије у сваком конкретном случају у складу са принципима заштите најбољег интереса детета. Колизиони принцип најближе везе условљен је како објективним релевантним чињеницама (пребивалиште странака, околности спорног односа и др.) тако и субјективном анализом, односно поређењем потенцијално меродавних права и интереса односних држава.

Спорно питање поверавања деце на чување и васпитавање са елементом иностраности додатно се усложњава када је дете (или деца) поверено на чување и васпитавање једном од родитеља, а други је незадовољан одлуком суда на бази меродавног права. Пракса обилује случајевима одвођења, односно отмице деце од стране родитеља који иначе има право на виђење у месту боравка детета, тј. државе у којој дете борави и чији је орган донео одлуку о поверавању на чување и васпитавање.⁴²

Хашка конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце

Услов сваке унификације, па и правила међународног приватног права јесте макар делимична сагласност чланица међународне заједнице о потреби једнаких решења, основној сврси и циљевима који се њима постижу. Предуслов унификације је сличан став о томе шта се жели постићи и којим правним

поступку Турске из 1982.

⁴⁰ В. чл. 24. ст. 1 Закона о међународном приватном и процесном праву Чешке.

⁴¹ В. чл. 57 ст. 2. Грађанског законика Португалије.

⁴² Ближе Матић Ж., Одвођење детета од родитеља којем је оно поверено на одгој и уздржавање - међународно-приватноправни проблеми, Годишњак ПФ у Бањој Луци, 1979, стр. 129-141.

захтевима се мора удовољити. Управо је у односу на проблем међународне отмице деце постигнут изванредан ниво сагласности о потреби усвајања заједничког правног документа од стране земаља чланица Хашке конференције за међународно приватно право. Детаљне припреме у оквиру Конференције имале су за резултат потписивање Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце 25. октобра 1980. године, коју је ратификовала и наша земља.⁴³

Основни циљ конвенције је изградња механизма међународне правне помоћи државама чланицама и унапређивање сарадње надлежних органа у циљу што хитнијег враћања детета које је незаконито одведено или задржано у било којој држави уговорници. Осим тога, конвенција би требало да обезбеди поштовање у другим државама уговорницама право на старање и право на виђење која су установљена у дотичној држави уговорници.⁴⁴

Хашка конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце у другом поглављу предвиђа обавезу за земље уговорнице да одреде централни извршни орган (или више централних органа савезне државе) који делује само у оквирима материје која је предмет регулисања конвенције.⁴⁵

Конвенција се *rationae matris* примењује на случајеве у којима је дете непосредно пре повреде права на старање или виђење имало редовно боравиште у држави уговорници и ако је оно одведено или задржано у некој држави уговорници. У односу на дете, конвенција престаје да се примењује када оно напуни 16 година. Повреда права на старање постојаће уколико право на чување и васпитање детета произилази непосредно из закона те земље.⁴⁶ Централни извршни орган, поред осталог, предузима и мере за пружање информација о важећим нормама односне државе у вези са применом конвенције.⁴⁷ Према конвенцији “судски и управни органи који су надлежни за доношење одлуке о враћању детета, којим је упућен захтев, могу директно применити право, као и судске и управне одлуке, без обзира да ли се званично признају или не у држави у којој се налази стално место боравка детета, без спровођења посебних поступака за доказивање тог права или за признавање страних одлука који би иначе били спроведени”.⁴⁸ Дакле, механизам уведен

⁴³ „Сл лист СФРЈ - Међународни уговори“, бр. 7/91. У односу на СФРЈ конвенција је ступила на снагу 1. децембра 1991. г. СРЈ је 26. априла 2001. године дала изјаву да је везана Конвенцијом.

⁴⁴ В. чл. 1. Конвенције.

⁴⁵ В. чл. 6. Конвенције.

⁴⁶ В. чл. 3. ст. 2 Конвенције.

⁴⁷ В. чл. 7 (е) Конвенције.

⁴⁸ Француски управни надлежни судови су имали прилике да се изјасне о примени конвенције у случају *Godfrey*, тј. одвођења малолетног детета (признатог од стране родитеља у моменту рођења) од стране мајке у Канаду, земљу њеног порекла. Отац се обратио министру правде односно његовом бироу за правну помоћ у трговачким и грађанскоправним стварима, као Централном надлежном органу, а у складу са конвенцијским правилима. Министар је обавестио подносиоца захтева да је његов захтев одбијен, јер је само мајка у моменту одвођења имала

конвенцијом омогућава повратак незаконито одведеног детета одмах, без мериторног одлучивања о вршењу родитељског права на бази сарадње централних органа држава уговорница. Надлежни орган државе у којој се дете налази после одвођења могу наредити враћање, али само уколико је оно у тој држави мање од годину дана, а у супротном само ако се дете није уклопило у нову средину. Конвенцијом се предвиђа повратак незаконито одведеног детета, али се враћање може одбити уколико се није остваривало право на старање у земљи из које је одведено, ако би повратак изазвао физичке и психичке трауме код детета или ако дете, довољно зрело, изрази своје противљење повратку.⁴⁹

Конвенција обезбеђује поштовање права на старање и виђење у држави уговорници, тако да органи државе у коју је дете одведено или у коју је задржано не могу одлучивати о садржини права на старање после пријема обавештења о незаконитом одвођењу или задржавању, све док се не утврди да су испуњени услови за враћање детета према Конвенцији или док не прође разуман рок после пријема обавештења да није поднет захтев за примену Конвенције. Прибављена одлука о старању донета или призната у држави чији органи треба да наложе повратак детета неће представљати основ за одбијање повратка детета.⁵⁰

Централни извршни органи држава уговорница могу, у складу са конвенцијом, предузимати мере ради отклањања препрека у остваривању права на виђење, те пружати помоћ при покретању поступка за остваривање и заштиту тих права.⁵¹

родитељско право, те само одвођење није било противправно и незаконито. Отац малолетног детета је поднео жалбу париском управном суду на шта се он огласио ненадлежним, насупротив Апелационом управном суду који је прихватио надлежност. Савет државе је решавајући о жалби на касацију потврдио коначно да није реч о противправном одвођењу, те да отац не може да успе у спору у оквиру конвенцијског права, указујући на некомпатибилност француских унутрашњих правила родитељског права у конкретном случају са Европском конвенцијом о људским правима и Конвенцијом УН о правима детета (цитирано према А. Јакшић, Практикум за МПП и МГПП, Београд 2004, стр. 366).

⁴⁹ В. чл. 13. Конвенције.

⁵⁰ В. чл. 17. Конвенције.

⁵¹ В. чл. 21. Конвенције.

Marija Krvavac, full-time professor

Olga S. Jović, docent

Faculty of Law of the University of Priština,
headed in Kosovska Mitrovica

EXERCISE OF PARENTAL RESPONSIBILITIES – CONFLICT OF LAWS

Summary

New trends in regulating the relationship between parents and the children are transforming the rights of the parents into obligations towards the child in legal and ethical sense. In their performance of parental rights, the parents are equal, whether the child was born inside wedlock or in an unmarried community. Parental rights belong to the mother and the father jointly and, as a rule, they execute it jointly and in consent. The possibility of separation life, which is not contrary to the will of parents and child is planned in the event of divorce or termination of unmarried cohabitation. Then the question of which parent the child will be entrusted, or whether their parental rights are still common and done by mutual agreement, or the interest of the child refers to one parent who enjoys all the rights and duties of the substance of parental rights. In each case the decision about which parent the child must live in the best interests of the child. The parent who does not exercise parental responsibilities, in addition to the duties of the child has the right to contact with the child and the right to agree with the other parent decides on matters that significantly affect the child's life. In this paper the authors analyzes the phenomenon of the exercise of parental rights after the termination of life community of parents, from the standpoint of national legislation and case law, but also in the international and European regulations of the law institute.

In cases regarding the relationship between parent and child, touching the sphere at least two or more legal systems substantive decision can not be reached without solving the problem of choice of applicable law, require attention in the paper is devoted to regulation of private international law, i.e. criteria and methods of regulating the issue of relations between parents and children with a foreign element. Because the international family law rules are not unique, family law disputes can not be regulated by direct application of international rules.

PhD Šarkic Nebojša, PhD Počuča Milan

***INSTITUTIONS THAT HAVE DISAPPEARED FROM THE
LEGISLATION OF THE FAMILY***

Summary

Institutions that the authors deal with in this paper represented, historically speaking, legal solutions within family law based on which legally recognized relations, such as marriage, family and kinship have been established and developed. Some of them represented constitutive assumptions for the origination of legal family relations. Certain institutions kept their significance and today partly produce legally recognized consequences, while most of these institutions kept only the customs and tradition character among the people of these regions.

Crucial words: *“purchase of girls”, abduction of girls, family cooperative, dowry, engagement, godfather related.*

USTANOVE KOJE SU IŠČEZLE IZ PORODIČNOG ZAKONODAVSTVA

Prof dr Šarkić Nebojša*
doc. dr Milan Počuča**

***Apstrakt:** Ustanove kojima se autori bave u ovom radu, predstavljale su, istorijski gledano, pravna rešenja unutar porodičnog prava, na osnovu kojih su se uspostavljali i nastajali pravno priznati odnosi, kao što su brak, porodica, srodstvo. Neki od njih predstavljali su konstitutivne pretpostavke za nastanak porodičnog prava. Pojedine ustanove zadržale su svoj značaj i danas jednim delom proizvode pravom priznate posledice, a najveći deo ovih ustanova zadržao je samo karakter običaja i tradicije u narodu ovih krajeva.*

***Ključne reči:** “kupovina devojaka“, otmica devojaka, porodična zadruga, miraz, veridba, kumstvo, domazetluk, pobratimstvo – posestrinstvo, miraz.*

1. Uvod

Istorijski posmatrano, porodica kao jedna od najvažnijih socioloških pojava uopšte, na čitavom prostoru Balkana i njegovih država, uvek je visoko vrednovana, kako između samih članova porodice, tako i između ostalih građana i institucija države, a pogotovo crkve. Porodične i rodbinske veze, zajedno sa brakom, predstavljale su osnovne niti svakog društva sve do današnjih dana. Razvoj društva, civilizacije, doveo je do uvođenja čitavog niza novih pravnih normi i instituta koji su na savremen način uredili odnose unutar porodice i braka. Jačaju lična prava, prava deteta, žene u potpunosti postaju ravnopravne i izjednačavaju se u pravima sa muškarcima, prihvata se postojanje vanbračnih zajednica i zajednica istopolnih partnera. Sve to na neki način prati opšti razvoj i napredak, kako tehnologije, tako i međusobnih odnosa među ljudima. Lična prava, njihova zaštita, preuzimaju primat u odnosu na zaštitu porodice, braka i srodničkog odnosa, dakle, kolektivnih prava. Samim tim i pojedini pravni instituti koji su postojali u ranijem periodu i koji su bili u funkciji jačanja porodičnih veza, socijalnog povezivanja društvenih grupa i njihove efikasnije funkcije unutar društva, prestaju da uživaju pravnu zaštitu, nestaju i prelaze

* Аутор је редовни професор на Правном факултету Универзитета Унион у Београду.

** Аутор је доцент на Правном факултету Привредна академија у Новом Саду.

u domen običajnog prava. Bez obzira na savremena pravna rešenja, uvažavajući njihov značaj unutar porodičnopravnih odnosa i činjenicu da ih i danas možemo naći u manje ili više izraženim oblicima na ovim našim prostorima i prostorima susednih zemalja, podsetićemo se na njih i pokušati iz analizirati i sagledati posledice koje ostavljaju u današnjim pravnim sistemima savremenih država.

1.1. Porodična zadruga

Porodična zadruga ili porodična zajednica (zajednica života) predstavlja veoma razvijen oblik porodičnih odnosa u istoriji južnoslavenskih naroda, naročito u brdsko- planinskim seoskim područjima. Mali zemljišni fond i mali stočni fond, te opšte siromaštvo, doveli su do toga, da je bilo neprimereno da se ionako mala imovina raspoređava prilikom nasledstva usled smrti ostavioca ili razdvajanjem braće prilikom formiranja porodice. Osnovni element ove zadruge je u tome, da u njoj žive supružnici, njihova deca, njihovi roditelji, ali i drugi tazbinski ili adoptivni srodnici. Dakle, "porodičnu zajednicu ili zajednicu života, karakteriše življenje većeg broja generacija i nekoliko različitih stepena srodstva."¹ Takođe važna karakteristika porodične zajednice ranijeg perioda je u zajedničkoj imovini koja postoji u zajednici i koju njezini članovi stvaraju tokom života u njoj. S obzirom da se radi o neopredeljenim delovima imovine njenih članova, govorimo o suvlasničkim delovima, na način da je svaki član porodične zadruge suvlasnik na idealnim delovima imovine zadruge. Valtazar Bogišić navodi da u zadruzi „starešina nema pravo da raspolaže porodičnom imovinom bez pristanka punoletnih članova zadruge. Kako starešina ne može ničim raspolagati za života bez pristanka zadruge, tako ne može ni testamentom raspolagati zadružnom imovinom; starešina mlad ili star uvek će biti zamenjen, kako zadrugari nađu za nužno i korisno; svaki muški i punoletni zadrugar može po pravnom običaju tražiti deo zajedničke imovine koja mu pripada kad god mu se sviđi; kod smrti starešine, drugi ga zamenjuje...”²

Porodične zajednice uglavnom su postojale u seoskim domaćinstvima, retko u gradskim. Unutar seoskog domaćinstva ne možemo govoriti o društvenoj jednakosti. "Unutar svakog kolektiva postojala je izvesna hijerarhija, ili, tačnije više hijerarhijskih podela; osim podele prema godinama starosti i rodnoj pripadnosti, članovi zajednice – pojedinci i porodice, međusobno su se razlikovali i na osnovu drugih kriterijuma, poput imovinskog stanja, brojnosti porodice, ličnom i porodičnom ugledu i sl."³ Što se tiče ekonomske snage porodične zadruge kao važnog faktora opstanka iste, bogatstvo seoske porodice nije se merilo novcem, već brojem „radnih ruku“. Veliki broj članova sposobnih za rad u uslovima tadašnje velike smrtnosti, obezbeđivao je stabilnost, reprodukciju, ali i ugled u društvu tog vremena. Dovodjenjem neveste u

¹ Počuča Milan, Šarkić Nebojša, Porodično pravo i porodičnoppravna zaštita, JP „Službeni glasnik“ i Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2011, str. 47.

² V. Bogišić, O obliku nazvanom inokoština u seoskoj porodici Srba i Hrvata, Beograd, 1884, str. 144.

³ O tome više: J.G. Flanagan, Hijerarchy in Simple „Egalitarian“ Societes, Annual Reviv of antropology, 18 (1989), str. 245-266.

kuću pojačavala se i reprodukovala kasnije radna snaga porodične zadruge. Iz tih razloga, stupanje u brak pojedinih članova porodične zadruge nije se ticalo samo budućih bračnih partnera, već i njihovih porodica, kao i seoske zajednice u celini.“ U ceremonijama i ritualima koji prate sklapanje braka, porodica, rodbina i komšiluk imaju važniju ulogu od mladenaca.“⁴

Porodična zadruga danas u našem sistemu predstavlja raritet. Zakonodavac reguliše imovinske odnose članova porodične zajednice. Predviđeno je da imovina koju su zajedno sa supružnicima, odnosno vanbračnim partnerima, stekli radom članovi njihove porodice u toku trajanja zajedničkog života u porodičnoj zajednici, predstavlja njihovu zajedničku imovinu. Članovima porodice smatraju se krvni, tazbinski i aduktivni srodnici supružnika, odnosno vanbračnih partnera koji zajedno sa njima žive. Na imovinske odnose članova porodične zajednice shodno se primenjuju odredbe Porodičnog zakona iz sfere imovinskih odnosa, osim odredaba o opisu u javni registar i pretpostavke o jednakim udelima.

Na imovinske odnose supružnika, vanbračne partnere, deteta i roditelja, te članova porodične zajednice koji nisu uređeni zakonom, primenjuju se odredbe zakona kojim se uređuju svojinsko pravni odnosi i zakona kojim se uređuju obligacioni odnosi.

Prosidba

Iz perioda 19. i početka 20. Veka, prilikom sklapanja braka i ulaska u porodičnu zajednicu beležimo jedan divan običaj, koji se zvao prosidba. Prosidba je sledila nakon uspešno završenog procesa provodadžisanja (navodadžisanje). Tokom provodadžisanja porodice mladoženje i mlade pažljivo su procenjivale prikladnost, kako potencijalnog bračnog partnera, tako i njegove porodice, odnosno familije. “Provodadžije su najčešće angažovale mladoženjine porodice sa zadatkom da pridobiju određenu porodicu da dozvoli svojoj devojci udaju za momka iz njihove kuće.“⁵ Centralni deo prosidbe bilo je darivanje. Mladoženjina porodica darivala je devojku i dar je najčešće bila jabuka u koju je bilo umetnuto nekoliko para. Primanjem dara, sam čin prosidbe smatrao se uspešno završenim. Pored ovog simboličnog dara, mladoženjina porodica davala je i dar za kuću koji je predstavljao svojevrsno plaćanje devojačkoj porodici za gubitak radne snage i simboličan gest poštovanja vrednosti i ugleda devojčine porodice. Prosidba je neminovno dovodila do svadbe, izuzetno se dešavalo da se prosidba raskine, opet simboličnim vraćanjem jabuke, od strane prošene devojke mladoženji.

⁴ Arhiv Srbije, Kneževa Kancelarija XXXII/48, XXXII/76, XXI/1837.

⁵ Aleksandra Vuletić, Brak u Kneževini Srbiji, Zavod za udžbenike, Beograd, 2008, str. 71.

1.2. Darivanje – kupovina devojke

Međusobna razmena darova, nastavljala se ne samo tokom prosidbe, već je imala i veliki značaj na samoj svadbi.⁶ U prvoj polovini 18. veka, običaj međusobnog darivanja tokom prosidbe i svadbe prelazi u novi oblik sklapanja braka, nazvan „kupovina devojaka“. Ovaj oblik bračne transakcije najviše se praktikovao upravo između porodičnih zajednica u kojima vlada relativna porodična jednakost i zajedničko vlasništvo nad sredstvima za proizvodnju i imovinom porodične zajednice.⁷ Ova vrsta „ženidbe“ nije za cilj imala koncentraciju kapitala kao kod miraza što ćemo videti kasnije, nego je cilj kupovine bilo kruženje materijalnih dobara između porodičnih zajednica unutar društva. Već na samom početku primene ovog običaja, došlo je do protesta, jer je „cena“ za „kupovinu devojke“ postajala sve veće i veća. Naraslim problemom bavili su se i država i crkva.⁸

Međutim, iako se u osnovi radilo o nečovečnom i sramnom običaju, darivanje, odnosno kupovina devojke, zadržala se gotovo i do današnjih dana. Normalno, što je sredina manje napredna i udaljenija od savremenih civilizacijskih tekovina, to je izraženiji i prisutniji ovaj običajni institut porodičnog prava.

1.3. Otmica devojke – „pobegulja“

Kao podvarijantu navešćemo otmicu devojke, koja je u prošlosti u mnogim narodima predstavljala regularan način zasnivanja braka i dolaska devojke u novu porodicu. Čak u nekim zemljama bračna veza nije smatrana potpunom, ukoliko žena nije pribavljena otmicom.⁹ Savremeni pravni sistemi svih zemalja danas otmicu normiraju kao krivično delo.

⁶ Svadbeni darovi u 19. i početkom 20. veka nazivali su se i „bratskim darovima“. Pored članova porodica mladoženje i mlade darivali su se i sami svatovi. Iz tog perioda beležimo: „Svatovima koji bi ostali da prenoće u domu mladoženjine porodice, ukazivana je naročita čast time što su spavali sa muškim članovima porodice iz te kuće.“ Etnografski zapisi Jevrema Grujića, str. 143, 145-146. Arhiv Srbije.

⁷ Vuk Karadžić u svom „Rječniku“ navodi: „Tamo se još ne traže novci uz devojku, nego se za nju daju, np. bratu čizme, ili dečermu, materi kakvu aljinu, tako sestri, i svima ostalima po nešto, a osobito novaca u kuću. U Srbiji se prije nekoliko godina tako mlogo iskalo za devojke, da se siroma čovek nije mogao oženiti.“ Vuk Stefanović Karadžić, „Srpski riječnik“, 1852, Beograd, 1986.

⁸ Temišvarski episkop Joanikije 1726. godine, kao jedan od problema u svojoj eparhiji navodi da devojački očevi od budućih zetova traže po sto i više groša; prekomerna zahtevanja imala su za posledicu da su pojedine devojke ostajale neudate, dok su neke od njih rađale vanbračnu decu. Vožd Karađorđe u vreme ustanka izdao je zapovest da se za devojku ne smije iskati više od jednog dukata. Uredbom o braku iz 1818. knez Miloš propisao je „da se više od dvadeset i pet groša u kuću djevojačku ne uzima ni u kakvim stvarima i pod nikakvim naimenovanjem.“ 1928. god. donet je propis o darivanju devojaka. Kao običaj bilo ga je teško iskoreniti, pa je država nastojala da ga bar ograniči. Suma je ograničena na 50 groša. Godine 1848. devojački dar kao institut u zakonu sasvim je ukinut, s tim da su efekti ove norme imali prilično slabe rezultate i samo darivanje, odnosno „kupovina devojke“, bilo je prisutno u narodu još neko vreme. Detaljnije videti: T. Đorđević, Kupovina i otmica devojaka, Naš narodni život, II, Beograd, 1930.

⁹ Opširnije o navedenom: R.H. Barnes, Marriage by capture, The Journal of the Royal Anthropological Institute, vol, 5/1, 1999, str. 57-73.

Današnja savremena zakonodavstva Evrope, pa, naravno, i naše, tretiraju saglasnost volja budućih supružnika kao osnov punovažnosti braka. U tom smislu svaki vid sile, pretnje ili ucene nije dozvoljen i on bi kasnije mogao poslužiti kao osnov za poništaj tako sklopljenog braka. Ipak, tradicionalno posmatrano, postojala je i podvrsta otmice koja je podrazumevala direktnu ili indirektnu saglasnost devojke. U dogovoru sa mladićem devojka bi pobjegla iz svoje kuće i tako dovela roditelje i srodnike, u najširem smislu reči, „pred svršeni čin“. Pojam „pobegulje“ podrazumevao je saglasnost volja devojke i unapred isplanirani ritual kojim bi devojka po pravilu, u večernjim satima, napustila svoju kuću i prenočila kod mladoženje u kući. Pošto bi „pukla bruka“, devojka ne bi mogla da se uda ni za koga, te bi roditelji koji su se, eventualno, i protivili takvom braku morali da pristanu. Ova varijanta je opisana i u našoj književnosti, a za razliku od klasične „otmice devojke“, ovo je bila neuporedivo blaža i prihvatljivija varijanta, u kojoj bi se ipak ispoštovala volja mladenaca da zakluče brak, a neutralisala nesaglasnost roditelja, srodnika ili čitave sredine u kojoj bi taj brak trebalo da se sklopi.

1.5. Miraz

Miraz¹⁰, kao institucija preko koje se u prošlosti kreirala i reprodukovala socijalna struktura svih država, imao je ključnu ulogu u tim procesima. “Kao način prenosa dobara, miraz nije bio samo u funkciji formiranja i reprodukcije socijalnog sistema, već je predstavljao i potku na kojoj su bili zasnovani socijalni odnosi.”¹¹ U svim društvima u kojima se miraz pojavljuje kao institut porodičnog prava, uloga žene bila je relativno mala. Patrijarhat unutar porodice i njezinih članova predstavlja dominantan odnos. Samo davanje miraza bilo je u funkciji socijalne mobilnosti, naročito u društvima u kojima su bile izražene socijalne razlike. Razmena poklona među seoskim porodicama, odnosno budućim rodbinski povezanim grupama, nosilo je sa sobom obeležje kolektivnog, za razliku od miraza koji nosi jaku karakteristiku individualnog. Imajući u vidu da je miraz predstavljao glavni pokazatelj socijalnog statusa i da se kroz njega pojedinci definišu kao pripadnici određene društvene grupe, jasan je njegov značaj i uticaj na stvaranje bračnih zajednica, socijalno i ekonomski kompatibilnih partnera. Davanje miraza kćerima nije slabilo ekonomski položaj sinova. Tradicionalno gledano, muška deca dobijala su nasledna prava na zemlji, stoci, alatima, kući i sl., a ženska deca dobijala su miraz. “Miraz je predstavljao deo pravičnog običajnog prava kojim bi se ženskom detetu koje napušta porodično domaćinstvo isplatom novca omogućilo započinjanje novog braka, te olakšao život i početak u novoj porodici.”¹² U predratnom pravu naših zemalja, muž kao miraz ima

¹⁰ Reč miraz je arapskog porekla. U srpski jezik došla je iz turskog jezika. Izvorno značenje reči miraz je nasledstvo, očevina, s tim da se u srpskom jeziku koristi za označavanje nasledstva koje pripada ženskoj deci. Prvi put se pominje u jednom dokumentu iz sredine 18. veka. Videti: Vojislav Stanimirović, Ustanova miraza u našoj tradicijskoj kulturi, Beograd, 1998, str. 84.

¹¹ J. Goody, European Family, Blackwel, 2000, str. 99.

¹² Počuča Milan, Šarkić Nebojša, Porodično pravo i porodičnopravna zaštita, JP „Službeni list“ i

pravo upravljanja i pravo uživanja nad imovinom koja je uneta u brak. Pozitivno zakonodavstvo Srbije ne usvaja ustanovu miraza kao obavezujuću, niti je pravno reguliše. Sudska praksa svrstava ovu imovinu u posebnu imovinu, kojom raspolaže svaki supružnik samostalno. Dakle, više ne govorimo o mirazu, nego o imovini unetoj u bračnu zajednicu kao posebnu imovinu.

1.6. Veridba

Veridba predstavlja veoma izražen institut porodičnog prava i danas se ne reguliše zakonskim odredbama, već je samo regulisana običajima i, donekle, sudskom praksom. Postoje i drugi termini za veridbu, kao što su npr. prstenovanje, obećanje. Pravo Kraljevine Jugoslavije i tadašnji zakon o braku nije spominjao veridbu kao pravni posao, ali je koristio termin verenik i verenici. "Iz toga proizilazi da osnovni zakon priznaje veridbu i ostavlja otvoreno pitanje o njenim posledicama."¹³

Po svojoj osnovnoj prirodi veridba je tretirana kao ugovor o obećanju braka, koji se zaključuje sporazumom verenika. Po pravilu, veridba prestaje zaključenjem braka između verenika, smrću jednog od verenika ili raskidanjem veridbe. Mogla se raskinuti sporazumno, kao i izjavom volje jednog od verenika. U slučaju raskida povlačila je za sobom naknadu štete i vraćanje darova. Pojam naknade štete različito se tretirao u sudskoj praksi, te je čak sudska praksa uvela kao razlog za naknadu štete smanjenje mogućnosti za udaju. Povraćaj datog bio je monogo jednostavniji način da se izađe iz neugodne situacije nastale raskidom veridbe. Sama naknada štete, posmatrano iz aspekta obligacionog prava, veoma je diskutabilna. Ni sudska praksa nije bila konzistentna i ujednačena po tom pitanju, jer je u zavisnosti od sredine, istorijskih okolnosti, običaja i moralnih kriterijuma sredine, zauzimala odovarajući stav po pitanju naknade štete u slučaju raskida veridbe. Moderni pravni sistemi uglavnom ne regulišu pitanje veridbe, ali u praksi ono je još uvek snažno prisutno. Veridba podrazumeva javno objavljivanje namere supružnika da zakluče brak. Međusobno prstenovanje verenika najvažniji je formalni čin, kojim verenici označavaju svoju volju i nameru da stupe u brak, nakon određenog vremena u kome se vrše pripreme za zaključenje braka, nalazi se buduće porodično domaćinstvo i vrše druge pripreme za početak zajedničkog života. Objavljivanjem veridbe i nošenjem vereničkog prstena¹⁴ javno se obznanjuje namera i spremnost verenika da stupe u brak. Istovremeno, to je i signal drugim potencijalnim udvaračima da je devojka zauzeta i da nije više slobodna u smislu traženja budućeg supružnika.

Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2011, str. 48.

¹³ M. Begović, *Porodično pravo*, Naučna knjiga, Beograd, 1957, str. 13.

¹⁴ Verenički prsten razlikujemo od venčanog prstena ili burme, koja predstavlja najstarije obeležje braka. Običaj potiče iz drevnog Egipta. Pošto je tada krug predstavljao simbol večnosti, zalag za trajnu ljubav i neraskidiv zajednički život oblikovan je u prsten. Egipćani su ga nosili na domalom prstu leve ruke, jer su verovali da vena na tom prstu ide ravno do srca. Stari Grci su ga smatrali simbolom neraskidive ljubavi, dok su Rimljani bili manje romantični. Venčano prstenje bilo je iskovano od gvožđa, nosili su ga na domalom prstu leve ruke i ono nije bilo simbol ljubavi, nego svojine muža nad ženom.

Početkom 13. veka, venčani prsten postaje sastavni deo hrišćanskog venčanja, a od devetnaestog veka prsten postaje zlatan. Nošenje prstena ustalilo se na domalom prstu, jer sveštenik, tokom obreda izgovarajući reči „u ime Oca, Sina i Svetog duha“ i uz svaku svetost dodirnuo bi po jedan prst ruke, prvo palac, potom kažiprst, pa srednji prst, da bi uz izgovoreno „amin“ stavio prsten na domali prst. Neki narodi nose venčani prsten ili burmu, poput Amerikanaca, Meksikanaca, Italijana, Brazilaca na levoj ruci, dok ga drugi, naročito pravoslavni narodi, nose na desnoj ruci.

1.7. Oglašavanje braka

Ovaj pravni institut podrazumevao je objavljivanje putem oglasa ili na neki drugi način, da izvesni verenici imaju nameru da stupe u brak. Nadležni organ bi oglasom pozvao građane da mu dostave da li među verenicima postoje kakve bračne smetnje ili druge okolnosti koje bi povlačile nevažnost braka. „Cilj je oglašavanja, da se spreči zaključivanje nevažećih brakova koji bi povlačili za sobom štetne ili nezgodne posledice.“¹⁵

U savremenim pravnim sistemima ovaj institut gubi svaki smisao i značaj. Kompjuterizacija, te uređenje javnih evidencija, obesmišljava ovaj institut.

1.8. Rastava od stola i postelje

Ovaj pravni institut podrazumevao je privremeno ili trajno odvajanje supružnika. Simbolika u razdvajanju od stola i postelje podrazumevala je neostvarivanje dva gotovo ključna elementa braka, emotivnu i seksualnu vezu, kao i prestanak zajednice života. Rastava od stola i postelje, nastala je pod uticajem religijskih shvatanja hrišćanskog prava, kojim je strogo bila zabranjena rastava braka. Katolička crkva i danas ima veoma rigidan stav prema razvodu braka, dok je pravoslavna crkva nešto ublažila stav prema razvodu braka.

Ovaj institut nastao je, u stvari, kao faktički odnos zakonodavca prema realnim životnim situacijama u kojima dvoje ljudi iz različitih razloga nisu više mogli ili nisu više želeli da žive zajedno.¹⁶

Mnogi savremeni pravni sistemi uzeli su ovaj institut kao pravnu činjenicu, na osnovu koje sud vrši razvod braka, bez sagledavanja bilo kakvih drugih činjenica ili dokaza. Dovoljno je dokazati samo protek vremena, tokom koga je došlo do rastave bračnih partnera i odvojenog života.

1.9. Kumstvo

Kumstvo je uobičajeni izraz koji se danas primenjuje za lica koja, kao svedoci, pisustvuju zaključenju braka. Ipak, radi preciznog razumevanja, moramo reći da je kumstvo religijski (pre svega hrišćanski) obred u kome kum uvodi, po pravilu,

¹⁵ M. Begović, *Porodično pravo*, op.cit., str. 22.

¹⁶ Detaljnije o rastavi od stola i postelje, M. Konstantinović, *Pravna dejstva veridbe*, Anali pravnog fakulteta, Beograd, 1954, str. 319. N. Miloš, *Pravoslavno crkveno pravo*, Beograd, 1926, str. 613-617. i M. Begović, *Šerijatsko bračno pravo*, Beograd, 1936, str. 64.

dete u religijsku zonu. Kumovi imaju značajnu ulogu u hrišćanstvu, naročito kod pravoslavnih vernika. Iako kumstvo ne predstavlja porodično pravnu kategoriju, ono ima veliki značaj danas. Kumovi su, po pravilu, osobe koje su veoma bliske. Tradicionalno kumstvo se prenosi sa generacije na generaciju, tako da su veze međugeneracijske. Kumstvo danas može imati značaja u pravu kod, na primer, svedočenja ili dokazivanja stepena bliskosti, ali nema utemeljenja u porodičnom pravu.

1.10. Domazetstvo

Domazetstvo, kao pravni institut, nalazimo uglavnom kod porodica koje nisu imale muškog potomstva.¹⁷ Možemo ga smatrati bračnom taktikom devojčakih porodica. Čerka jedinica, ili ukoliko bi ih bilo više u porodici bez muškog potomka, udajom ne bi odlazila u mladoženjinu kuću, kako su to običaji tog vremena nalagali, već bi sa mužem ostajala u očevoj kući i na njegovom imanju. Na taj način rešavano je pitanje opstanka i produžetka porodičnog domaćinstva. Sa druge strane, mladoženje koji su prihvatili ovakav status¹⁸, najčešće su poticali iz siromašnih i mnogobrojnih porodica sa velikim brojem dece, koje nisu mogle obezbediti imanje dovoljno za izdržavanje svih članova porodice. Uobičajeno je bilo da se mladić, budući mladoženja, i roditelji devojke, buduće mlade, dogovore pred seoskim kmetovima o uslovima budućeg suživota. Dogovor je bio usmen, kratak i podrazumevao je da će domazet „ući“ u kuću devojke, obrađivati imanje kao svoje, a po smrti ženinih roditelja, imanje će naslediti zajedno sa ženom.¹⁹ U slučaju da je u porodičnoj zajednici bilo više devojaka, jedna je sa mužem ostajala u kući, dok su druge odlazile u domove svojih muževa.

Običajno pravo nalagalo je da samo ona kćerka koja je ostala na porodičnom imanju ima pravo nasledstva imanja. Odredbe Građanskog zakonika su, ipak, propisivale da u slučaju nemanja muškog potomstva, čerke ravnopravno nasleđuju porodičnu imovinu. Bez obzira na postojanje jasne zakonske odredbe u konkretnom slučaju nasleđivanja, društvo se čvrsto držalo običajnog prava.²⁰

Ipak, prema istraživanjima pojedinih istoričara, uvidom u istorijsku građu dobija se utisak da su domazetski brakovi češće doveli do nesuglasica u porodici, nego što je to bilo u ostalim brakovima. „Samim dolaskom u devojčaku kuću, muški autoritet bivao je potkopan. Vlasništvo nad imovinom davalo je ženama osećaj

¹⁷ Pored domazetstva, porodice bez muških potomaka praktikovale su i posinjenje nekog muškog deteta, kojem bi ostavile u nasledstvo porodičnu imovinu. Ovaj način produženja porodične zajednice i očuvanja porodične imovine praktikovale su porodice bez dece, dok su porodice sa ženskom decom više pribegavale domazetstvu. Detaljnije, Bogišić Valtazar, Građa u odgovorima iz različitih krajeva slovenskog juga, Zagreb, 1874, str. 306.

¹⁸ Njegov položaj najbolje opisuju izrazi kojima je nazivan: „priguz“, „uljez“, „došljak“, „udomac“, „miraždžija“, „prizet“, „privodnjak“, „prizetnjak“.

¹⁹ Videti detaljnije Arhiv Srbije, Kneževa Kancelarija II/216, XXVII/284.

²⁰ Bogišić Valtazar, Građa u odgovorima iz različitih krajeva slovenskog juga, op.cit., str. 277-279.

moći koji su one često i javno pokazivale. Ta demonstracija moći najeksplicitnije je dolazila do izražaja u slučajevima bračnih nesuglasica, koje su se često završavale isterivanjem muža iz kuće.²¹

1.11. Muževljeva vlast

Nejednakost polova, te nejednak položaj žene prema muškarcima, trajalo je sve do okončanja Drugog svetskog rata na našim područjima. Ona je podrazumevala muževljevu vlast nad imovinom žene. Ova vlast sastojala se u pravu muža da vrši ulogu starešine u imovinskim odnosima u braku i da odlučuje o zajedničkim bračnim poslovima. Ta njegova vlast davala je mužu povlašćeni položaj u pravu nad ličnošću, te imovinom žene. Muž je mogao da raspolaze imovinom koju je žena unela u brak, kao i zajedničkom imovinom uz, naravno, obaveze da miraz kao udatu imovinu vrati u slučaju da dođe do prestanka braka.

1.12. Pobratimstvo i posestrinstvo

Bratimljenje je u tradiciji našeg naroda bilo čin izuzetne bliskosti. Ono se uglavnom vezivalo za zahvalnost nekog lica prema drugom licu koje mu je učinilo neku veliku uslugu, pomoglo u nevolji ili na drugi način pokazalo izuzetan stepen bliskosti i prijateljstva. Sklapanje pobratimstva i posestrinstva bilo je više duhovni odnos, koji nije imao pravni značaj i nisu konstituisani nikakvi novi srodbinski odnosi (kao kod usvojenja). Pobratimstvo i posestrinstvo je takođe imalo samo značaj u smislu dokazivanja bliskosti dva lica, njihovih međusobnih odnosa, pa i obaveze budućih generacija, uglavnom dece ili unučića da se prema ovoj osobi ponašaju sa posebnom pažnjom, zahvalnošću, ili da održavaju dobre odnose sa porodicom pobratima. U našem pravnom sistemu, danas, ne postoje ovakvi načini uspostavljanja srodbinskih odnosa, ali se, na primer, u sudskom postupku, prilikom svedočenja, može voditi računa o ovoj činjenici isključivo kao ocene dokaza, ili bliskosti dva lica.

1.13. Oblici „zajedničke ruke“

Svojina „zajedničke ruke“ predstavlja ustanovu germanskog prava, koja je preuzeta u naš predratni, a donekle i posleratni pravni sistem, a zove se „zajednička ruka“, jer prilikom nastanka ili stvaranja takve svojine, učesnici simbolički označavaju njen nastanak stiskom ruke. U prvom svom obliku pojavljivala se onda kada, na primer, sinovi ne podele nasleđenu imovinu, nego bi je i dalje nepodeljenu uživali.

„Zajednička ruka“ je pravni princip koji se pojavljuje, ne samo u obliku svojine, nego i u oblasti ličnog i statusnog prava, kao i obligacionog prava, a isto tako i kod zastupništva. Posle Drugog svetskog rata, zajednička imovina svrstavala

²¹ P. Petrović, *Život i običaji naroda u Gruži*, SEZ LVIII, Beograd 1948, str. 182, isto i Aleksandra Vuletić, *Brak u Kneževini Srbiji*, op.cit., str. 107.

se u neku vrstu svojine „zajedničke ruke“. Suština je u tome da su članovi porodičnog domaćinstva nastavljali da koriste neopredeljenu imovinu, na primer, nakon smrti suvlasnika imovine, ili su tu imovinu koristili (na primer, zajedničku ogradu između poseda i sl.).

ZAKLJUČAK

Istorijski posmatrano, instituti porodičnog prava i ustanove koje su iščezle iz savremenih pravnih sistema gotovo u potpunosti, imale su veliki značaj, pogotovo u običajnom pravu tadašnjeg vremena. I država je prihvatila kroz određene zakonske norme ove tradicionalne obrede, smatrajući ih poželjnim i prihvatljivim sa aspekta društva i međusobnih odnosa. Pored nesumnjivog uticaja crkve i države na porodične odnose, a pogotovo na brak kao osnovni konstitutivni element porodičnopravnih odnosa, uticaj društvene zajednice i ovih ustanova nametnuo se kao važan činilac u njegovom nastajanju i regulisanju. Individualni interesi tog vremena bili su podređeni kolektivnom i nije se iscrpljivao u podređenom odnosu pojedinca prema porodičnoj zajednici, već se taj odnos produžavao i prema čitavoj zajednici. Svi pobrojani instituti i ustanove imale su za cilj jačanje međusobnih kolektivnih veza unutar dveju porodičnih zajednica kao različitih društvenih grupa i čitave društvene zajednice. Normalo jačanje kolektivnog odnosa unutar porodičnopravnih odnosa išlo je na teret individualnih i ličnih prava.

Savremeno društvo i porodično pravo konstituisalo je na prvom mestu unutar porodičnih odnosa lična i individualna prava, kako supružnika, tako i dece, vanbračnih partnera i ostalih članova porodice. Posledica takvog stava i shvatanja modernog društva je da je čitav niz tradicionalnih ustanova porodičnog prava i običajnim pravom uređenih instituta o kojima smo govorili izgubili na značaju u potpunosti ili su ostali prihvaćeni među stanovništvom više kao duh tradicije i starog vremena koga se svi rado sećaju.

Cilj našega rada, svakako, nije bio da pobrojimo sve institute običajnog prava koji su nestali iz našeg porodičnog prava, niti da napravimo detaljniju analizu svih pobrojanih običaja. Moja namera je bila da podsetimo pravničku javnost na običaje koje su iščezli iz našeg porodičnog prava, ali koji se na posredan način i danas primenjuju, ili u modifikovanim oblicima i dalje postoje.

Tradicija, kultura, vera, i naravno običaji, ostavljaju na sve društvene zajednice neizbrisiv trag. Poseban je značaj običaja u, za ljude, najvažnijim životnim situacijama. To su, svakako, rituali prilikom rođenja deteta, sklapanja braka, te smrti.

Ovi običaji su veoma različiti, te ćemo čak i u Srbiji od regiona do regiona, od mesta do mesta, prepoznati potpuno različite običaje, na primer, prilikom sklapanja braka. Ti običaji imaju samo dejstvo u okviru određenih sredina, ali itekako ostavljaju trag u pogledu statusnog položaja supružnika u sredini, njihovog ugleda u pozitivnom ili negativnom smislu reči, te pozicioniranja u određenoj sredini. Iako država realizaciji određenih običaja ne daje nikakav značaj, niti se ovi običaji pravno

normiraju, oni svakako da imaju veliki značaj sa aspekta primene običajnih, pa i moralnih normi.

Različitost tradicija i običaja, odrazio se i na činjenicu da evropska zajednica naroda nije učinila ozbiljniju harmonizaciju u oblasti porodičnog prava. Veoma su, i dalje, izražene razlike oko esencijalnih pitanja ko su i ko mogu biti supružnici, kakav je odnos prema istopolnim brakovima, mogućnost usvajanja dece, sklapanje verskog i svetovnog braka, značaj običajnog prava prilikom sklapanja braka i sl.

Ono što je kao nesporno usvojeno na nivou savremenih zakonodavstava, to su opšteprihvaćeni principi: o jednakosti polova, zaštiti od svakog oblika nasilja, posebna zaštita žena i dece, prava deteta i sl.

Nova evropska porodična zakonodavstva, pa, svakako i naše, moraće da odgovore na brojna sporna – još uvek otvorena pitanja.

Čini se da će pojedini običaji, tradicionalni rituali i posebnosti određenih sredina još dugo igrati značajnu ulogu u porodično pravnoj zaštiti. Naša želja je bila da podsetimo na pojedine običaje i da ukažemo na neophodnost da zakonodavac prilikom donošenja novih zakonskih rešenja, vodi računa, svakako, i prevashodno o najvišim evropskim i svetskim standardima u oblasti zaštite ljudskih prava, ali i da one običaje i vrednosti pojedinih sredina uvažava i ugradi u zakonska rešenja. Dakle, po našem mišljenju, država treba da napravi samo osnovne okvire garancije zaštite porodice, njenog kvalitetnog funkcionisanja i ravnopravnog položaja svih članova u jednoj porodici. Unutrašnje uređenje porodice, ukoliko ne odstupa od opšteutvrđenih principa, i ne ugrožava ni individualni položaj, mora biti prepušteno saglasnosti volja, običajima i verovanjima upravo članova jedne porodice. Jedino na ovakav način postićemo harmonizaciju u porodičnim odnosima, što će svakako dovesti do preduslova za prosperitet porodice.

Literatura

- Arhiv Srbije, Kneževa Kancelarija XXXII/48, XXXII/76, XXI/1837, II/216, XXVII/284.
- Barnes R.H., Marriage by capture, The Jurnal of the Royal Anthropological Institute, vol, 5/1, 1999.
- Begović M., Porodično pravo, Naučna knjiga, Beograd, 1957.
- Begović M., Šerijatsko bračno pravo, Beograd, 1936, str. 64.
- Bogišić V., O obliku nazvanom inokoština u seoskoj porodici Srba i Hrvata, Beograd, 1884.
- Bogišić V., Građa u odgovorima iz različitih krajeva slovenskoga juga, Zagreb, 1874.
- Dorđević T., Kupovina i otmica devojaka, Naš narodni život, II, Beograd, 1930.
- Flanagan J. G., Hijerarchy in Simple „Egalitarian“ Societes, Annual Rewie of antropology, 18 (1989),
- Goody J., European Family, Blackwel, 2000.
- Grujić Jevrem, Etnografski zapisi, Arhiv Srbije.
- Konstantinović M., Pravna dejstva veridbe, Anali pravnog fakulteta, Beograd, 1954.
- Miloš N., Pravoslavno crkveno pravo, Beograd, 1926.
- Petrović Petar Ž., Život i običaji naroda u Gruži, SEZ LVIII, Beograd, 1948.
- Počuča Milan, Šarkić Nebojša, Porodično pravo i porodičnopravna zaštita, JP „Službeni glasnik“ i Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2011.
- Počuča Milan, Razvod braka u uporednom pravu, Strani pravni život, br. 2/11, Beograd, 2011.
- Stanimirović Vojislav, Ustanova miraza u našoj tradicijskoj kulturi, Beograd, 1998.
- Šarkić Nebojša, Izvršenje sudskih odluka u sporovima iz porodičnih odnosa, Socijalno pravo, br. 15/91, Beograd, 1991.
- Vuk Stefanović Karadžić, Srpski riječnik, 1852, Beograd, 1986.
- Vuletić Aleksandra, Brak u Kneževini Srbiji, Zavod za udžbenike, Beograd, 2008.

PhD Šarkic Nebojša, PhD Počuča Milan

INSTITUTIONS THAT HAVE DISAPPEARED FROM THE LEGISLATION OF THE FAMILY

Summary

Institutions that the authors deal with in this paper represented, historically speaking, legal solutions within family law based on which legally recognized relations, such as marriage, family and kinship have been established and developed. Some of them represented constitutive assumptions for the origination of legal family relations. Certain institutions kept their significance and today partly produce legally recognized consequences, while most of these institutions kept only the customs and tradition character among the people of these regions.

Crucial words: *“purchase of girls”, abduction of girls, family cooperative, dowry, engagement, godfather related.*

РАСПОЛАГАЊЕ ЗАЈЕДНИЧКОМ СТВАРИ - РЕЛАТИВИЗАЦИЈА ЗАБРАНЕ РАСПОЛАГАЊА СТВАРИМА У ЗАЈЕДНИЧКОЈ СВОЈИНИ БЕЗ САГЛАСНОСТИ СВИХ ЗАЈЕДНИЧАРА

Др Дарко Радић*

***Апстракт:** Заједничка својина је специфичан институт имовинског права и као такав подразумејева посебна правна правила, која се односе на управљање и располагање заједничким стварима. Будући да је ријеч о плуралитету титулара својине на истој ствари, нема сумње да неодређеност удјела и равноправна позиција заједничара имплицирају као нужност постизање консензуса у располагању заједничком ствари правним пословима *inter vivos*. Доследна примјена претходног принципа може, под одређеним условима, довести у питање заштиту интереса савјесних трећих лица, односно повјерење у правни промет. У том случају, између осталог, може се говорити о колизији појединих начела имовинског права. Аутор има намјеру да кроз овај рад размотри колизију различитих интереса и начела у случају располагања стварима у заједничкој својини, односно да анализира правно финале њихових конфронтација са становишта позитивног права. У том смислу, разматрају се разлози за прихватање појединих рјешења усвојених приликом реформе стварног права у Републици Српској којима се у ствари сужава дејство забране располагања стварима у заједничкој својини.*

***Кључне ријечи:** заједничка својина, стицање својине, располагање *inter vivos*, покретне ствари, непокретности.*

1. Увод

Ради јаснијег разумејања појма заједничке својине неопходно је претходно указати на његову етимологију. Ради се о појму који је деривирао из института „заједничке руке“. По Гирекеовом (*Gierke, O.*) схватању „заједничка рука“ (њем. *gesamnte Hand*) је правни принцип који се појављује не само у области својине него и у области личног и статусног права, али и у области облигационог права, те код заступништва. Као титулар не појављује се поје-

* Др Дарко Радић, виши асистент, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци.

динац, већ више лица који су, осим имовинским, повезани и личним везама. Дакле, из принципа „заједничке руке“ изведен је појам „својина заједничке руке“ (њем. *Eigentum zur gesamten Hand*), односно „заједничка својина“ (њем. *Gesamteigentum*).¹

Заједничка својина је право својине два или више лица на истој ствари чији удјели нису одређени, односно познати (ни реално, ни идеално).² Законодавац је прихватио овакво одређење појма заједничке својине додајући претходној дефиницији то да су удјели заједничара одредиви.³ Нема сумње да је основно обиљежје овог правног института управо чињеница да су заједничари титулари са неутврђеним (неодређеним, неопредјељеним) удјелима. Заједничари немају ни идеални, нити реални дио ствари. Сваки од њих има једнако право на свакој честици која представља дио заједничке ствари. Ова карактеристика заједничке својине са пуним правом се може означити као примарна, јер из овог својства и у вези са њим произлазе остале перформансе ове установе које диктирају циљ, карактер и домашај правних правила којима се уређују управљање и располагање заједничком ствари. За разлику од заједничара, сваки сувласник је власник ствари у одређеном идеалном дијелу (нпр. 1/2 или 50%) којим може слободно располагати. У различитом правном положају од заједничара су и етажни власници. Наиме, етажни власник је власник реалног дијела ствари (власник стана у стамбеној згради) и истим може слободно располагати.

Управљање заједничком ствари заједничари врше споразумно, а за све обавезе које се односе на заједничку ствар одговарају солидарно.⁴ Заједничар не може самостално, без сагласности другог или осталих заједничара, располагати заједничком ствари, односно својим удјелом у истој правним пословима *inter vivos*. Међутим, то не вриједи када су у питању правни послови *mortis causa*. Будући да удио заједничара у заједничкој ствари улази у његову заоставштину, јасно је да након делације и извршене диобе заједничке својине, вољом оставиоца или законодавца одређени сукцесори наслеђују ту имовину.⁵

Једна од правних карактеристика заједничке својине је и та што повјерилац једног заједничара не може наплатити своје пуноважно и доспјело

¹ Опширније Гамс, Андрија, *Основи стварног права*, Научна књига, Београд, 1974, стр. 91–92; Гамс, Андрија, *Брачно и породично имовинско право*, Научна књига, Београд, 1966, стр. 27–29.

² Станковић, Обрен; Орлић, Миодраг, *Стварно право*, Номос, Београд, 1996, стр. 161; Ведриш, Мартин; Кларић, Петар, *Основе имовинског права*, Правни факултет у Загребу, Загреб, 1984, стр. 187; Рашовић, П. Зоран, *Стварно право*, Службени лист Црне Горе, Подгорица, 2002, стр. 227; Бабић, Илија, *Грађанско право (Увод у грађанско право и стварно право)*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 2008, стр. 251.

³ Чл. 43 ст. 1 Закона о стварним правима (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 124/08 и 58/09 - даље: ЗСП).

⁴ В. чл. 45-46 ЗСП.

⁵ Извршењем диобе заједничке својине и утврђивањем обима и састава заоставштине испуњавају се услови, у погледу имовине, за утврђивање наследног дијела сваког од наследника, односно за извршење диобе заоставштине.

потраживање из заједничке ствари. Оваква ситуација је правни резултат неодређености удјела заједничара. Због тога, повјерилац једног од њих мора претходно захтијевати диобу заједничке својине.⁶ Коначно, сваки од заједничара може захтијевати диобу заједничке својине утврђивањем сувласничких удјела и ово право не застаријева.⁷

Право својине на заједничкој ствари конституше се уписом у земљишне књиге и као власници ствари уписују се сви заједничари. Ипак, некада се дешава да је као титулар права својине уписан само један од њих, нарочито када се ради о заједничкој својини супружника.⁸ Међутим, ако је као титулар права уписан само један заједничар, онда се примјењује правна фикција да је упис извршен и на име осталих заједничара.⁹

Заједничка својина као правна установа је *genus proximum* за њене различите модалитете присутне у стварном, насљедном и породичном праву¹⁰; чија анализа показује различите разлоге њиховог постојања. Дакле, заједничка својина је основа заједничке имовине. Ријеч је о имовини у односу на коју егзистира плуралитет титулара и неодређеност њихових удјела. Иако се заједничка имовина (односно заједничка својина) како у правно-теоријским расправама, тако и у пракси најчешће везује са супружнике и њихову брачну заједницу, несумњиво је да иста није ексклузивитет породичног права. Ова правна установа има своје мјесто и у насљедном праву.¹¹

⁶ Чл. 50 ЗСП.

⁷ Чл. 49 ЗСП.

⁸ Пракса потврђује патријархалност овдашњег друштва и чињеницу да је као титулар најчешће означен муж. Тако нпр., преглед стања у области судске праксе у Србији открива да углавном жене након развода брака траже диобу заједничке имовине, односно утврђивање сувласничког удјела на заједничкој ствари преузимајући тако на себе терет доказивања, јер је имовина углавном регистрована на име мужа. Петровић-Радосављевић, Зорица, „Диоба заједничке имовине стечене у браку“, *Правни живот*, бр. 10/2006, стр. 287-288.

⁹ Чл. 43 ст. 2 ЗСП. Напомињено да је домашај ове правне фикције ипак ограничен и да иста не важи у односу поштена трећа лица чије се повјерење у правни промет штити, о чему ће више ријечи бити на одговарајућем мјесту у наставку овог рада.

¹⁰ Панов, Слободан, „О заједничкој својини“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1-3/1998, стр. 54.

¹¹ Правна је фикција да заоставштина прелази на насљеднике тренутком делације. Све до правоснажности рјешења о насљедивању насљедни дијелови насљедника нису утврђени, нису познати. Управо у том периоду насљедници су заједничари, односно титулари над заоставштином са неутврђеним, неопредјељеним удјелима. В. чл. 153 Закона о насљедивању (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 1/09 - даље: ЗН).

2. Располагање стварима у заједничкој својини сагласношћу заједничара

Заједничари у складу са општим правилом могу располагати заједничком ствари, уколико су се о томе претходно споразумјели. Један заједничар може располагати са ствари у заједничкој својини, само ако је за то добио овлашћење од другог заједничара, односно осталих заједничара.¹² Дакле, за пуноважност аката располагања нужна је сагласност воља свих титулара.

Упркос општем правилу да заједничар не може самостално располагати заједничком ствари правним пословима *inter vivos*, сматрамо прихватљивим мишљења у домаћој правној теорији да је сасвим оправдана релативизација начела забране располагања стварима у заједничкој својини¹³, односно да је у смислу ограничавања дејстава ове забране неопходно пружити одговарајућу пажњу и заштиту повјерењу у правни промет. У одбрани претходног става износе се различити аргументи. Ако законодавац дозвољава стицање својине од невласника, неприхватљиво је да се не дозволи стицање својине од дјелимичног невласника, тј. од лица које је власник ствари са неодређеним удјелом. Дакле, истиче се аргумент да је свакако прихватљивије стицање ствари од заједничара или једног од власника, него од невласника.¹⁴ С друге стране, правила облигационог права предвиђају могућност продаје будуће ствари.¹⁵ У том смислу, продаја заједничке ствари је у одређеном елементу извјеснија од продаје будуће ствари (која не егзистира у моменту перфекције уговора), јер није неизвјесно да ли заједничар има удио у одређеној ствари, већ је неизвјесно колико исти износи.¹⁶ Изношење аргументације у одбрани изнесеног става закључујемо разматрањима о располагањима која се односе на наслеђничку заједницу. Наиме, санасљедник може свој удио (неодређен) у наслеђничкој заједници пренијети темељем уговора на треће лице. Међутим, обавеза за преносиоца јавља се тек по правоснажности рјешења о наслеђивању (обавеза да сауговорачу пренесе свој удио), односно по извршеној диоби наслеђничке заједнице (обавеза да сауговорачу преда свој дио). Сауговорач наслеђника (прибавилац) прије тог тренутка нема никаква права према преносиоцу.¹⁷ Дакле, ипак се води рачуна о одређености обавезе преносиоца, а прибавиоцу

¹² 47 ст. 1 ЗСП.

¹³ Панов, С., *О заједничкој својини у браку*, стр. 66.

¹⁴ В. Станковић, О., Орлић, М., *Стварно право*, стр. 165-166; Панов, С., *О заједничкој својини у браку*, стр. 66.

¹⁵ Чл. 458 ст. 3 Закона о облигационим односима (*Службени лист Социјалистичке Федеративне Републике Југославије*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89; *Службени гласник Републике Српске*, бр. 17/93, 3/96, 39/03 и 74/04 - даље: ЗОО).

¹⁶ Став о допуштености располагања заједничком својином, односно удјелом у заједничкој имовини може се додатно подржати и аргументима који се односе на продају туђе ствари. В. Панов, С., *О заједничкој својини у браку*, стр. 66-68.

¹⁷ В. чл. 167 ст. 3 ЗН РС.

се признају права према потоњем тек када је извјесно шта је предмет уговора. Избјегава се алеаторност која би у другачијем законском рјешењу била карактеристика посматраног уговора.

3. Располагање стварима у заједничкој својини без сагласности заједничара

Располагање заједничком ствари *inter vivos* од стране само једног заједничара без сагласности другог или осталих заједничара представља веома сложен проблем. Будући да су заједничари титулари права са неодређеним удјелима у заједничкој ствари, поставља се питање пуноважности таквог правног посла, а ништа мањег значаја није проблем уређења односа између њих тим поводом. Доследна и бескомпромисна примјена основног правила о располагању заједничком ствари довела би у појединим ситуацијама до повреде интереса трећих лица, али и до компромитовања принципа правне сигурности. Осим тога, захтјеви једноставности, ефикасности и економичности у правном промету додатно подсећају на неприхватљивост искључивог, једнозначног рјешења. Због тога је неопходно имати у виду и потребу заштите интереса савјесних трећих лица и могућност одступања од давно установљеног принципа *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Законодавац је реформом стварноправног законодавства предвидио могућност стицања својине на основу правног посла и то у већем обиму од оног које је имало лице од којег је то право стечено, ако је то стицање својине у доброј вјери које ужива заштиту. У рјешавању горе представљених проблема нужно је водити рачуна да ли се ради о располагању покретним стварима или непокретностима.

3.1. Располагање заједничком покретном ствари

Уколико један од заједничара располаже са покретном ствари у заједничкој својини, а да за то нема сагласност другог или осталих заједничара, закључени правни посао је ништав. Отуђилац у овом случају не може на стицаоца пренијети право у већем обиму од оног које је у моменту закључења правног посла имао.¹⁸ Изузетно, а ради заштите повјерења у правном промету, правни посао ће бити пуноважан и треће лице ће стећи право својине, ако су кумулативно испуњена два услова.¹⁹ Први се односи на правну природу закљученог посла, па се услов сматра испуњеним само ако је поменуто располагање учињено на основу теретног (наплативог) правног посла.²⁰ Дакле, у обзир долази само теретан

¹⁸ В. чл. 23 ст. 2 ЗСП.

¹⁹ В. чл. 47 ст. 2 т. а) ЗСП.

²⁰ У овом дијелу законског текста употребљава се термин „наплатив правни посао“, док се у дијелу закона који говори о стицању својине од невласника користи термин „теретан правни

правни посао што је потпуно оправдано, јер се таквим послом прибавља противнакнада, односно корист која ће моћи послужити у сврху заштите интереса другог или осталих заједничара, без чије сагласности је правни посао закључен. Други услов тиче се савјесности прибавиоца и испуњен је ако је овај поступао *in bona fidei*. У покушају прецизнијег одређења елемената наступа стицаоца који је поступао у доброј вјери, наслањамо се на правила која говоре о стицању права својине од невласника. Сходно томе, стицалац је у доброј вјери ако није знао, нити је, с обзиром на околности, могао знати да ствар не припада отуђиоцу. Дакле, неопходно је да стицалац није знао, нити је, с обзиром на околности, могао знати да ствар не припада отуђиоцу у цјелости. Савјесност стицаоца цијени се како у тренутку закључења правног посла, тако у тренутку примања непосредне државине.²¹ Непрописивањем овог другог услова био би отворен простор за злоупотребе и наступање ситуација које би биле на штету заједничара који нису учествовали у акту отуђења заједничке ствари. С друге стране, било би потпуно неприхватљиво пружити правну заштиту стицаоцу ствари који није поступао у доброј вјери, јер „неправда је највећа, кад ко од зла дјела свог још и корист какву прими“.²²

У горе разматраној ситуацији евидентна је супротстављеност интереса заједничара који није учествовао у располагању заједничком ствари и интереса трећег лица које је поступало у доброј вјери, односно колизија начела *neto plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*²³ и начела заштите повјерења у правни промет²⁴. Законодавац је сасвим оправдано предност дао потоњем начелу одређивши се тако за ограничавање дејстава забране располагања стварима у заједничкој својини без сагласности свих заједничара.

Подсјећамо, примјеном предњих правила не искључује се примјена правила стицања својине од невласника. Штавише, потоњим правилима уређује се стицање својине од лица које није власник, док је у разматраном случају отуђилац власник ствари, али у неодређеном дијелу. Заправо услови стицања права својине од невласника, а у погледу природе правног посла и савјесности стицаоца су идентични.²⁵ Међутим, потоња правила захтијевају да стицалац има не само непосредну државину, већ и закониту државину. Ако је покретна ствар власнику украдена, или ју је овај изгубио, односно загубио, онда стицалац и поред испуњења претходних услова неће постати власник те ствар.²⁶

посао“. Упореди чл. 47 и чл. 111 ЗСП.

²¹ В. чл. 111 ст. 3 ЗСП.

²² Чл. 1028 *Општег имовинског законика за Књажевину Црну Гору из 1888. године*, аутора Валтазара Богишића, издање Унирекс и Службени гласник, Подгорица – Београд, 1998, стр. 279.

²³ Чл. 23 ст. 2 ЗСП.

²⁴ Чл. 47 ст. 2 ЗСП.

²⁵ Упореди чл. 47 ст. 2 т. а) и чл. 111 ст. 1 ЗСП.

²⁶ Ово не вриједи једно у случају ако се ради о готовом новцу, хартијама од вриједности на

3.2. Располагање заједничком непокретном ствари

У погледу непокретности ситуација је нешто другачија, сложенија. Није спорно да заједничари пуноважно располажу непокретностима, ако међу њима о томе постоји консензус. Међутим, поставља се питање како ријешити ситуацију у којој је један заједничар без сагласности другог или осталих заједничара располагао заједничком непокретношћу, чак и ако је као власник предметне непокретности у земљишне књиге уписано управо лице које је извршило акт располагања. Постављеном проблему треба додати чињеницу да је треће лице, потенцијални стицалац права својине поступао у доброј вјери. Несумњиво, и овде је ријеч о колизији двају важних начела имовинског права: начела *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* и начела повјерења у земљишне књиге.²⁷ Према првом начелу заједничар који располаже са заједничком ствари не би могао на другога пренијети више права него што сам има. Тиме се штити интерес другог или осталих заједничара који су, такође, власници ствари са неодређеним дијелом – потпуно равноправни са преносиоцем права. Међутим, према другом начелу лице које ступа у правни однос са једним заједничарем, који је уписан у земљишне књиге као власник ствари, поклања повјерење земљишним књигама и, између осталог, на основу земљишно-књижног стања закључује правни посао. Примјеном овог начела обезбјеђује се заштита савјесном (поштенном) стицаоцу, али и пријеко потребна правна сигурност, што у посматрани проблем уводи још једно начело – начело заштите повјерења у правни промет.

Представљена колизија поменутих начела, у ствари, је пројекција сукоба интереса. Наравно, заједничар који је без овлашћења другог или осталих заједничара располагао са заједничком ствари не заслужује правну заштиту, јер се ради о лицу које је злоупотребило право извршавања заједничке својине. Такав став је морално коректан, али и правно-логички исправан. Према томе, преостаје да се одмјере интереси који се конфронтирају и да се утврди да ли је и који од њих претежнији. Тиме се стварају претпоставке за креацију рјешења проблема.

Одступајући од општег правила да се са непокретношћу која је предмет заједничке својине може пуноважно располагати само уз сагласност свих заједничара, законодавац је предвидио могућност стицања својине у пуном обиму на предметној непокретности само за лице које је поступало у доброј вјери и када у земљишним књигама није била уписана заједничка својина на истој.²⁸ доносиоца, или стварима које су купљене на јавној лицитацији (чл. 111 ст. 4 ЗСП).

²⁷ О начелу повјерења у земљишне књиге опширније Станковић, Обрен; Орлић, Миодраг, *Стварно право*, стр. 332–334; Драгољуб, Стојановић, *Стварно право – треће издање*, Београд, 1977, стр. 246–247; Јосиповић, Татјана, *Земљишно књижно право*, Информатор, Загреб, 2001, стр. 133 и 134; Качер, Хрвоје, „(Изван)брачна стечевина и земљишне књиге – нека питања и двојбе“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, вол. 55, бр. 3–4, 2005, стр. 1057 и 1060.

²⁸ Чл. 47 ст. 2 т. б) ЗСП.

У вези са поступањем у доброј вјери, подсећамо на пропис којим се од трећег захтијева да у тренутку закључења правног посла и у тренутку захтијевања уписа права није знао, нити је с обзиром на околности имао довољно разлога да сумња да ствар припада отуђиоцу.²⁹ Но, пошто је отуђилац уствари заједничар, тј. дјелимични власник, а не невласник, овдје бисмо могли рећи да се стање свијести стицаоца цијени на начин да се утврђује да ли је исти знао да спорна ствар није у потпуности својина отуђиоца. Дакле, за повољну правну позицију стицаоца биће неопходно да је овај провјерио земљишно-књижно стање предметне непокретности. Примјена начела повјерења у земљишне књиге оправдава овакво рјешење, јер законодавац изричито прописује да се има сматрати да земљишна књига истинито и потпуно одражава чињенично и правно стање непокретности.³⁰ Другим ријечима, од стицаоца се не очекује да утврђује ванкњижно стање, нити му се може пребацити ако то није учинио.³¹ Међутим, у складу са правном природом заједничке својине, сматра се да су сви заједничари уписани као власници у одговарајуће јавне регистре, без обзира што је у стварности као титулар права уписан само један од њих. Према томе, представљено рјешење било би у колизији са поменутом правном фикцијом, ако би се ова примјењивала досљедно и без изузетка, јер трећи стиче својину поуздавајући се у земљишне књиге, гдје је као власник уписан само отуђилац, иако се сматра да су у земљишне књиге уписани сви заједничари. Излаз из ове ситуације видимо у преимућству фикције апсолутне тачности земљишних књига.³² Другим ријечима, фикција да су у земљишне књиге као власници уписани сви заједничари, примјењује се у свим случајевима, осим према трећим лицима чије се повјерење у промету штити.³³ Тиме долазимо до потпуне усклађености овог рјешења са регулативом располагања непокретном ствари која је у заједничкој својини.

Дакле, законодавац се у случају сукоба поменутих начела ипак определијелио за рјешење које обезбјеђује примат начелу повјерења у земљишне књиге.³⁴

²⁹ Чл. 55 ст. 2 ЗСП.

³⁰ Начело повјерења у земљишне књиге супсумира начело повјерења у потпуност земљишних књига и начело повјерења у истинитост земљишних књига.

³¹ Чл. 55 ст. 1 и 3 ЗСП.

³² Тако и Гамс, А., *Брачно и породично имовинско право*, стр. 51.

³³ Истог мишљења је и законодавац (в. чл. 43 ст. 2 ЗСП).

³⁴ Исто мишљење биљежимо и у судској пракси. „Међутим, према оцјени овог Врховног суда, имајући у виду напријед наведени пропис чл. 123 ст. 1 у свези с одредбом чл. 122 ЗВ, којом се штити повјерење у земљишне књиге, другоступањски суд је правилно оцијенио да је првотуженик повјерењем у земљишне књиге у доброј вјери коју није нитко оспоравао, стекао право власништва истих некретнина на одговарајући начин. Наиме, не могу се прихватити наводи из захтјева, да је првотуженик требао тражити сагласност тужитељице за отуђење спорне имовине по њезину супругу – друготуженику који је био уписан као власник исте имовине у земљишним књигама, јер би се тиме нарушило повјерење трећих особа у истинитост уписа власништва у земљишним књигама, а што је успостављено наведеним Законом о власништву и другим стварним правима, који је ступио на правну снагу 1. јануара 1997. године и који не садржи одредбу у односу на

Рјешење *in favorem* стицаоца права својине обезбјеђује истом стицање права за које је дао противнакнаду, поуздавајући се у земљишно-књижно стање. Од потоњег лица се, дакле, не очекује да истражује ванкњижно стање права. С друге стране, оваквим се приступом обезбјеђује правна сигурност у правном промету и превенира *mala fidei* поступање једног од заједничара које би у потпуности угрозило позицију и интересе другог, односно осталих заједничара. Другачије правно финале сукоба горе поменутих начела ишло би у корист заједничара, без чијег је знања (сагласности) извршено располагање са ствари чији је власник са неутврђеним (непознатим) удјелом. Другим ријечима, била би озбиљно компромитована позиција поштеног стицаоца - лица које је у доброј вјери располагало сопственом имовином, како би прибавило право својине на одређеној непокретности. Тиме би се заправо отворио простор за манипулативне активности заједничара и угрозило правно прометовање непокретности, нарочито када су у питању супружници као заједнички власници непокретности.³⁵

3.3. Располагање удјелом у заједничкој ствари правним пословима *inter vivos*

Излагања која се односе на располагање стварима у заједничкој својини заокружујемо разматрањем питања допуштености располагања удјелом у заједничкој ствари правним пословима *inter vivos*.

Пренос удјела у заједничкој ствари правним послом *inter vivos* дозвољен је само ако се као стицалац појављује један од заједничара.³⁶ Дакле, правно је дозвољен пренос удјела у потпуности или дјелимично на другог, односно на остале заједничаре, јер то, према мишљењу законодавца, не угрожава успостављено имовинско заједништво и не компликује односе међу власницима ствари.³⁷ Међутим, поставља се питање колики удио један заједничар преноси на другог, ако то није прецизирано правним послом, те како онда уредити однос између њих? Како успоставити критеријуме процјене еквивалентности између

тражење сагласности гледе брачне стечевине, која је сада регулирана Обитељским законом.“ – Врховни суд Хрватске, Гж. 101/01 од 31.01.2002. године; наведено према Качер, Х., (*Изван брачна стечевина и земљишне књиге – нека питања и двојбе*, стр. 1070.

³⁵ Опширније в. Качер, Х., (*Изван брачна стечевина и земљишне књиге – нека питања и двојбе*, стр. 1068–1070.

³⁶ Чл. 44 ст. 1 ЗСП.

³⁷ Код заједничке имовине супружника, осим претходних, важнији су, ако не и пресудни, аргументи да се ради о титуларима између којих осим имовинских постоје и личне везе и интереси. С друге стране, располагање удјелом у заједничкој имовини може угрозити материјалне основе брачне, односно породичне заједнице, јер је за очекивати да се интереси евентуално „новог“ заједничара не подудару са интересима „старог“ заједничара, са интересима породице. Отуда је сасвим легитимно одређивање законодавца да супружнику забрани да самостално располаже својим удјелом у заједничкој имовини правним послом *inter vivos*. В. чл. 271 ст. 2 Породичног закона (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 54/02 и 41/08 – даље: ПЗ).

онога што стицалац добија и онога што исти отуђиоцу дугује, ако се ради о теретном правном послу?

Законодавац у погледу величине удјела заједничара у претходно описаној ситуацији не даје експлицитан одговор, барем не у прописима који се односе на располагање удјелом заједничкој својини. Међутим, у помоћ би се могле позвати одредбе које се односе на диобу заједничке својине, а којима је предвиђено да ће се у недостатку споразума између заједничара сматрати да су њихови удјели једнаки.³⁸ Да је закључак који се односи на примјену претпоставке једнакости удјела исправан, потврђују и правила која вриједје за сусвојину (сувласништво).³⁹ Сљедствено томе, заједничар на другога или остале заједничаре може пуноважно пренијети свој удио у заједничкој ствари правним послом међу живима и то у обиму који је једнак количнику цјелине (ствар је једна) и броја заједничара (власника је више).

4. Правне посљедице располагања заједничком ствари без сагласности свих заједничара

Након што су расправљени услови пуноважности једностраног располагања заједничком ствари, преостаје нам да анализирамо какве су правне посљедице оваквих аката на међусобне односе заједничара, односно каква је правна позиција оног заједничара без чије је сагласности извршено располагање са ствари у заједничкој својини. Овде су могуће различите ситуације.

Неспорно је, дакле, да је за предузимање послова управљања и располагања стварима у заједничкој својини неопходна сагласност свих заједничара.⁴⁰ Ако заједничар који врши послове располагања са ствари поступи ван изложених габарита сматраће се пословођом без налога. Дакле, уколико се ради о „једностраном“ располагању са заједничком ствари у ситуацији када предузети правни посао није трпио одлагање, или је био нужан како би се отклонила опасност од наступања штете, или се истим остварила корист за власнике ствари, онда се примјењују правила која вриједје за пословодство без налога.⁴¹

Уколико се, пак, ради о осталим ситуацијама „једностраног“ располагања са заједничком ствари, онда ће посљедице предузетог правног посла погодити имовину заједничара који је извршио располагање. Наиме, потоњи заједничар - који је без сагласности другог или осталих заједничара располагао са заједничком ствари, постаје дужник другог или осталих заједничара, јер ови

³⁸ Заједничар који сматра да је његов удио већи, може захтијевати од суда да утврди величину његовог удјела. У том случају терет доказивања је на тужиоцу (чл. 49 ст. 3 ЗСП).

³⁹ Чл. 51 и чл. 25 ст. 2 ЗСП.

⁴⁰ Чл. 46 ст. 2 и чл. 47 ст. 1 ЗСП.

⁴¹ В. чл. 220–228 ЗОО.

имају право на накнаду вриједности отуђене ствари сразмјерно њиховим удјелима. Дакле, позиција потоњих заједничара штити се облигационоправним захтјевом према оном који је извршио располагање.⁴² Коначно, заједничар који због располагања заједничком ствари без његове сагласности на било који начин претрпи штету, има право на накнаду исте од стране лица – заједничара који је ствар продао трећем.⁴³

Ипак, не треба заборавити на могућност да власник заједничке ствари без чије је сагласности извршено отуђење исте може захтијевати поништење закљученог правног посла. У том случају биће неопходно доказати да нису били испуњени законом прописани услови за стицање својине у смислу како је претходно образложено. Утврђивањем ништавости спорног правног посла отпада правни основ преласка ствари из заједничке својине више лица у својину, односно имовину трећег лица. Тиме се не прејудицира одлука о удјелу тужиоца у заједничкој ствари, осим када се то тужбом захтијева.⁴⁴

5. Закључак

Сматрамо да је наш законодавац сасвим правилно поступио када је реформом стварноправног законодавства ограничио дејство правила о забрани располагања заједничком својином од стране једног заједничара без сагласности другог или осталих заједничара. Прихватањем одређених изузетака - укидајући апсолутно дејство забране располагања стварима у заједничкој својини обезбијеђена је оптимална заштита интереса савјесних трећих лица и истовремено је удовољено захтјевима правне сигурност.

Неспорно је да овакав приступ у рјешавању постављеног проблема у одређеном дијелу погодује и интересима самих заједничара, нарочито ако су ови осим имовинским везани и личним односима. Ако би се прихватила рјешења супротна од горе размотрених, онда би трећа лица неријетко са значајном резервом улазила у односе са заједничарима – супружницима чије брачно-имовинско заједништво, по правилу, подразумијева постојање заједничке својине. То би евентуално могло утицати на трећа лица да избјегавају закључење правних послова са лицем у браку, ако исти правни циљ могу остварити предузимањем правних послова са осталим лицима која нису „оптерећена“ брачном везом. Такво стање ствари могло би у незанемарљивој мјери отежавати супружницима

⁴² Исто Качер, Х., *(Изван)брачна стечевина и земљишне књиге – нека питања и двојбе*, стр. 1064.

⁴³ Чл. 154 ст. 1 ЗОО.

⁴⁴ „Суд може утврдити ништавост уговора којим је један од брачних другова без сугласности другога отуђио имовину за коју је утврдио да је њихова заједничка имовина без да при томе утврђује удјеле брачних другова у тој имовини.“ - Врховни суд Хрватске, Рев. 1628/85, од 7.11.1985; наведено према Жувела, Младен, *Збирка судских одлука из породичног права*, Народне новине, Загреб, 1988, стр. 119, одлука бр. 154.

послове у вођењу заједничког домаћинства, али и њихове предузетничке дјелатности када су у истима ангажована средства у заједничкој својини. На концу, било би неекономично и неефикасно да у сваком правном послу којим се располаже заједничком својином увијек учествују оба супружника.⁴⁵ Сљедствено томе, реформа стварноправног законодавства има повољне импликације и на уређење имовинских односа међу супружницима.⁴⁶

Имајући у виду горе наведено, може се закључити да су у погледу располагања заједничким стварима, у односу на раније важећа рјешења, успостављена правна правила за која се може рећи да не успоравају правни промет и да га чине ефикасним и економичним у посматраном дијелу. Разматрањем релевантних стварноправних прописа стиче се утисак да се наш законодавац определио за функционална рјешења у регулацији имовинских односа између власника исте ствари, а истовремено је, водећи рачуна о интересима поштених трећих лица, на ефикасан начин заштитио повјерење у правни промет.

⁴⁵ Исто Суцум, Рајко, *Имовински односи брачних другова*, Институт за социјалну политику, Београд, 1982, стр. 194; Гамс, А., *Брачно и породично имовинско право*, стр. 74.

⁴⁶ Одредбама породичног законодавства предвиђено је да се на имовинске односе између супружника у погледу заједничке имовине примјењују општа правила (имовинског права) - правила стварног права, осим када је другачије прописано посебним правилима – правилима породичног права. В. чл. 271 ст. 6 ПЗ.

Darko Radic, PhD
Senior assistant
Faculty of Law
University in Banja Luka

***DISPOSAL OF JOINT-OWNERSHIP PROPERTY –
LIMITATION OF PRINCIPLE OF PROHIBITION ON DISPOSING OF
JOINTLY OWNED OBJECTS WITHOUT CONSENT OF ALL OWNERS***

Summary

Abstract: Joint ownership is a specific institute in Property Law and it contains special rules regarding administration and disposition of objects. Since there is a plurality of subject of law of the same thing, there is no doubt that vagueness of proportions and equality between subjects of law cause necessity of consent in disposition of objects in legal transactions *inter vivos*. An exceptionless application of that rule, under certain conditions, can jeopardize both different interests and legal certainty, and cause a collision between some principles of Property Law as well. Author considers the collision between different persons' interest and certain principles and he has intention to present legal result of their collision from local law's perspective. In this sense, there have been analyzing reasons for adopting certain rules and legal consequences of disposition of jointly owned objects in legal transactions *inter vivos* as well.

Key words: joint ownership, acquisition of property, disposition *inter vivos*, movables, immovables.

SMJEŠTAJ DJECE BEZ ADEKVATNOG RODITELJSKOG STARANJA U DOM

Mr Nada Grahovac*

***Apstrakt:** Porodica je potrebna svakom djetetu. I djetetu koje nema roditelje i djetetu čiji roditelji nisu u mogućnosti iz bilo kojih razloga brinuti o njemu, potrebna je porodica - srodnička, hraniteljska, usvojenje. Dom je zadnja alternativa brige o djetetu, jer svako izdvajanje djeteta iz porodice ostavlja posljedice na njegov razvoj i odrastanje.*

Upravo polazeći od potreba djeteta i važnosti porodice u njegovom odrastanju, UN Konvencija o pravima djeteta u Preambuli navodi: "U cilju potpunog i skladnog razvoja ličnosti, dijete treba da raste u porodičnoj sredini, u atmosferi sreće, ljubavi i razumijevanja. Da bi porodica kao osnovna jedinica društva i prirodna sredina za razvoj i blagostanje svih njenih članova, a posebno djece, mogla u potpunosti preuzeti odgovornost koju ima, porodici treba da bude pružena neophodna zaštita i pomoć, kako bi dijete u potpunosti bilo pripremljeno da živi samostalno u društvu i bude vaspitano u duhu ideala proklamovanih u Povelji Ujedinjenih nacija, a posebno u duhu mira, dostojanstva, tolerancije, slobode, ravnopravnosti i solidarnosti".¹²

***Ključne riječi:** djeca bez roditeljskog staranja, institucionalna briga o djeci, zaštita djece, dom.*

I. UVOD

U odnosu na ukupan broj djece bez roditeljskog staranja (640), koji uključuje i djecu bez adekvatnog roditeljskog staranja, broj djece zbrinutih u institucije nije zabrinjavajući (15%), ali je neophodno činiti stalne napore u stvaranju uslova da boravak djece u domu bude što kraći i kvalitetniji, kako bi se umanjile posljedice njihovog izdvajanja iz porodice.

Problem koji je u praksi prisutan je da se zanemaruje primarna obaveza centara za socijalni rad - pomoć i podrška porodici kako bi se ona sačuvala, a djetetu bilo omogućeno odrastanje u porodičnom okruženju.

* Mr Nada Grahovac, ombudsman za djecu Republike Srbije.

¹ UN Konvencija o pravima djeteta, Preambula.

Postojeća zakonska rješenja nemaju jasno propisane procedure i postupak koji vodi do smještaja djeteta u dom, što u praksi stvara problem, a u konačnom šteti interesu djece.

Nedefinisana pravila i procedure i nedorečenost pojedinih zakonskih rješenja, za posljedicu imaju različit pristup u istim situacijama.

Polazeći, prije svega, od potreba djeteta, te osnovnih zahtjeva i principa UN Konvencije o pravima djeteta, smještaj djeteta u ustanove socijalne zaštite morao bi biti u skladu sa osnovnim ciljevima socijalne zaštite, a to je da ove službe i ustanove, odgovarajućim mjerama otklone ili umanje zavisnost i djeteta i njegove porodice od službi socijalne zaštite.

II. OSNOVNI MEĐUNARODNI DOKUMENTI

1. UN Konvencija o pravima djeteta³ prvi je sveobuhvatan međunarodni dokument, koji uvodi djecu kao subjekte međunarodnog prava i zaštite, kao lica koja imaju pravo na svoja ljudska prava. Konvencija uspostavlja standarde i univerzalne principe i zahtijeva jedan novi i kvalitetniji odnos prema djeci.

Konvencija je pravni akt i obavezuje države koje su je prihvatile na postupanje u skladu sa njenim zahtjevima i osnovnim principima, i to:

1. zaštita djeteta od bilo kojeg oblika diskriminacije⁴;
2. najbolji interes djeteta mora da bude prioritet⁵;
3. pravo na opstanak i razvoj⁶;
4. pravo na participaciju - pravo na izražavanje vlastitog mišljenja i učestvovanje u svim postupcima koji se njih tiču⁷.

Konvencija, između ostalog, zahtijeva i posebnu brigu i staranje za djecu kojima je odrastanje u porodici onemogućeno, te obavezuje da se u svim slučajevima kada djetetu nije obezbijedena odgovarajuća roditeljska briga, takva briga djetetu obezbijedi na način i pod uslovima utvrđenim zakonom, koji u prvi plan mora staviti najbolji interes djeteta.

Dijete koje je privremeno ili trajno lišeno porodične sredine ili kome, u njegovom najboljem interesu, nije dozvoljeno da ostane u tom krugu, ima pravo na posebnu zaštitu i pomoć države.

Države članice, u skladu sa svojim nacionalnim zakonima obezbjeđuju alternativno staranje za takvo dijete.

Takvo staranje treba da obuhvata, između ostalog, smještaj u drugu porodicu,

³ UN Konvencija o pravima djeteta usvojena je na Generalnoj skupštini UN 20. novembra 1989. godine, a BiH je istu prihvatila notifikacijom o sukcesiji 1993. godine.

⁴ UN Konvencija o pravima djeteta, član 2.

⁵ UN Konvencija o pravima djeteta, član 3.

⁶ UN Konvencija o pravima djeteta, član 6

⁷ UN Konvencija o pravima djeteta, član 12.

usvojenje ili, ako je neophodno, smještaj u odgovarajuće ustanove za brigu o djeci. Pri razmatranju rješenja, treba obratiti dužnu pažnju i na činjenicu da je poželjan kontinuitet u podizanju djeteta, kao i na etničko, vjersko, kulturno i lingvističko porijeklo djeteta.⁸

2. Stockholmska deklaracija o djeci u institucionalnoj brizi⁹, poziva države da unaprijede svoje zakonodavstvo u dijelu zaštite djece bez roditeljskog staranja, da usvoje standarde za podršku i zaštitu djeci i obezbijede da službe socijalne zaštite mogu na adekvatan način odgovoriti ovim zadacima. Deklaracija posebno naglašava potrebu zajedničkog rada vladinog i nevladinog sektora, naučnika i stručnjaka iz prakse, kako bi se djeci bez odgovarajuće roditeljske brige obezbijedila potrebna briga i zaštita.

3. Smjernice za alternativnu brigu o djeci¹⁰ su praktičan instrument, kojim se jača uloga i značaj i neophodnost primjene Konvencije o pravima djeteta i drugih međunarodnih instrumenata, vezano za zaštitu djece kojima je uskraćena odgovarajuća roditeljska briga ili su djeca izložena takvom riziku.

Smjernicama se predlaže da definisane politike i praksa postupanja budu usmjerene na:

- prevenciju izdvajanja djece iz porodice,
- procjenu svih okolnosti u situaciji kada je izdvajanje djeteta iz porodice neophodno,
- obezbjeđenje različitih oblika brige o djeci,
- utvrđivanje kriterija koji će odrediti najbolji oblik zaštite djeteta izvan porodice,
- izbor lica koja pružaju ovaj oblik zaštite djeci, kako ih edukovati i posebno kako ih pratiti i vršiti nadzor nad njihovim radom.

4. Haška konvencija o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju i izvršenju, te saradnji na području roditeljske odgovornosti i mjere za zaštitu djece¹¹, još jedan je doprinos unapređenju zaštite djece, a koja se bavi i pitanjima institucionalnog zbrinjavanja djece.

Polazeći od važnosti međunarodne saradnje u zaštiti djece, te potrebe da najbolji interes djeteta bude od primarnog značaja, države potpisnice saglasile su se da, na principima UN Konvencije o pravima djeteta, unaprijede zaštitu djece uspostavljajući zajednička pravila o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju donesenih odluka i njihovom izvršenju, te saradnji o svim navedenim pitanjima.

⁸ UN Konvencija o pravima djeteta, član 20.

⁹ Deklaracija je donesena u Stockholmu, 2003. godine, na Drugoj međunarodnoj konferenciji o djeci u institucionalnoj brizi.

¹⁰ Smjernice su rezultat petogodišnjeg rada brojnih učesnika, UN Odbora za prava djeteta, vlada brojnih zemalja, UNICEF-a, stručnjaka različitih profila, nevladinih organizacija i, što je posebno važno, mladih ljudi koji imaju lična iskustva odrastanja u ustanovama za institucionalnu brigu i zaštitu. Smjernice su podržane 2009. godine na Opštoj skupštini UN, povodom 20. godina UN Konvencije o pravima djeteta.

¹¹ www.dijete.hr, Konvencija je sastavljena u Hagu 1996. godine.

5. Preporuke UN Komiteta za prava djeteta

UN Komitet za prava djeteta razmatrao je u maju 2005. godine prvi inicijalni izvještaj Bosne i Hercegovine o stanju prava djeteta i zaključnim razmatranjima u junu iste godine izrazio svoju zabrinutost u vezi sa implementacijom Konvencije, te Bosni i Hercegovini uputio brojne preporuke u vezi ostvarivanja i zaštite prava djece.

Komitet je posebno naglasio obavezu države u zaštiti djece bez roditeljskog staranja, te, s tim u vezi, državu obavezao¹²:

- da djeca bez roditeljskog staranja budu smještena u instituciju samo u krajnjoj nuždi, kada to preporuču stručnjaci i kada je to u najboljem interesu djeteta,
- da se obezbijedi periodična provjera smještaja,
- da se izrade kvalitetni standardi za hraniteljstvo,
- da se smanji vrijeme koje djeca provode u institucionalnom smještaju,
- da se osiguraju sredstva za funkcionisanje organa starateljstva i hraniteljskog smještaja.

III. OSNOV ZA SMJEŠTAJ DJECE U DOM U REPUBLICI SRPSKOJ

1. Porodični zakon

Organ starateljstva, prema Porodičnom zakonu, ima izuzetno važnu ulogu u zaštiti ličnih i imovinskih prava i interesa djeteta, bilo da sam donosi odluke ili pokreće odgovarajući postupak za zaštitu djeteta, ili daje svoje mišljenje organu nadležnom za donošenje odgovarajuće odluke.¹³

Pravo djeteta na život u porodici, kao osnovno pravo svakog djeteta, garantuje se svim međunarodnim dokumentima. Polazeći od uloge i važnosti porodice u odrastanju svakog djeteta, institucionalna briga o djetetu primjenjuje se samo kao posljednja alternativa, onda kad su iscrpljene sve druge mogućnosti i onda kada je nadležni organ utvrdio da odrastanje djeteta u porodici nije u njegovom najboljem interesu.

Svako izdvajanje djeteta iz porodice, pogotovo u njegovom najranijem uzrastu, ugrožava njegov razvoj, i emocionalni i socijalni. A, sa druge strane, nijedan dom, bez obzira kako bio organizovan i kakve uslove djeci pruža, ne može zamijeniti porodicu i njenu ulogu u odrastanju djeteta.

U razgovoru sa jednim djetetom iz doma, koje je reklo: "Sve je to isto, dom je dom, neki dom ima malo bolje uslove, ali ja ću cijeli život živjeti s tim da sam dijete iz doma, tako me i drugi vide.", iz samo jedne njegove rečenice shvatite svu težinu izdvajanja iz porodice i sve posljedice koje to izdvajanje sa sobom nosi.

¹² Preporuke UN Komiteta o pravima djeteta, tačka 41.

¹³ Porodični zakon Republike Srpske, "Službeni glasnik Republike Srpske", broj broj 54/02 i 41/08.

To samo još jednom potvrđuje koliko je važno da se prije odluke o smještaju djeteta u dom iskoriste sve mjere porodično-pravne zaštite, kako bi se osigurali uslovi da dijete odrasta u porodičnom okruženju.

Porodičnim zakonom utvrđeno je da je organ starateljstva dužan, ako interesi djeteta to zahtijevaju, pružiti pomoć porodici u sređivanju njihovih socijalnih, materijalnih i ličnih prilika i odnosa ili ih uputiti u odgovarajuće savjetovalište.

Osnov za intervenciju organa starateljstva je dakle neadekvatna briga roditelja o djetetu.

Bez obzira što se ona može manifestovati u različitim oblicima (neadekvatna briga ili njen potpun izostanak o bilo kojem pravu djeteta - zdravlje, obrazovanje, vaspitanje, zaštita od nasilja...), svaki od njih za posljedicu ima ugrožavanje prava djeteta na zdravo odrastanje.

U zaštiti interesa djeteta u takvim situacijama, organ starateljstva mora reagovati koristeći zakonom definisane preventivne mjere, i to:

– stalni nadzor nad vršenjem roditeljskog prava (organ starateljstva će savjetima i drugim odgovarajućim metodama socijalnog rada pomagati roditelje u vršenju roditeljskog prava)¹⁴,

– mjeru pojačanog nadzora roditelja, usvojioca ili staraoca, kojim će se istima dati određena uputstva i određene dužnosti u pogledu maloljetnika, koji se odnose na vaspitanje i popravljavanje ličnog statusa maloljetnika¹⁵,

– mjera pojačanog nadzora u drugoj porodici traje dok roditelji ne povrate mogućnost i sposobnost da nad djecom vrše pojačani nadzor¹⁶,

– pojačani nadzor organa starateljstva je mjera kojom organ starateljstva brine o liječenju, školovanju i drugim porodičnim i socijalnim potrebama djeteta, koje i dalje živi u porodičnom domaćinstvu¹⁷.

Pored navedenih mjera, Porodični zakon predviđa i mogućnost oduzimanja roditeljskog prava u slučajevima utvrđenim zakonom.¹⁸ Organ starateljstva dužan je pokrenuti postupak za oduzimanje roditeljskog prava i u slučaju kada na bilo koji način sazna da postoje okolnosti koje ukazuju na zlostavljanje djeteta, zloupotrebu roditeljskog prava, napuštanje djeteta, zanemarivanje brige o djetetu, zanemarivanje roditeljske dužnosti.¹⁹

Zakonom je, u članu 105, utvrđena i mogućnost da, ako postoje opravdani razlozi i ako je to za dobrobit djeteta, sud će u vanparničnom postupku, na prijedlog

¹⁴ Porodični zakon, član 97.

¹⁵ Porodični zakon, član 99.

¹⁶ Porodični zakon, član 101.

¹⁷ Porodični zakon, član 102.

¹⁸ Članom 106 Porodičnog zakona utvrđeno je da roditelju koji zlostavlja dijete, zloupotrebljava roditeljsko pravo, ili je napustio dijete, zanemario brigu o djetetu i zanemario svoje roditeljske dužnosti, sud će u vanparničnom postupku oduzeti roditeljsko pravo. U istom članu dalje se utvrđuje kada roditelj zloupotrebljava roditeljska prava i dužnosti, a kad grubo zanemaruje roditeljska prava i dužnosti.

¹⁹ Porodični zakon, član 107, stav 2.

organa starateljstva, uputiti dijete u odgovarajuću vaspitno-obrazovnu ustanovu na čuvanje i vaspitanje.

Fizičko razdvajanje djeteta i roditelja, u interesu djeteta i njegovog bezbjednog odrastanja, je represivna mjera koju u svim slučajevima smještaja djeteta u dom donosi centar za socijalni rad. To je ujedno i jedina i najteža mjera fizičkog razdvajanja djeteta i roditelja.

Zakon ne poznaje druge mjere fizičkog izdvajanja djeteta iz porodice, koje bi, postupnom primjenom u određenom vremenskom periodu, trebale spriječiti izricanje ove najteže mjere.

Zakon ne poznaje ni mjeru ograničavanja roditelja u vršenju njegovog roditeljskog prava i ne utvrđuje pod kojim uslovima i koje mjere se izriču roditelju koji zanemari ili zloupotrebljava svoja roditeljska prava.

Ako se ima u vidu da se postupci radi oduzimanja roditeljskog prava vrlo rijetko pokreću i da se u rijetkim slučajevima kada su postupci pokrenuti, takve mjere vrlo rijetko izriču, ako zakon pri tome ne poznaje mjeru ograničavanja roditelja u vršenju njihovih roditeljskih prava i dužnosti, postavlja se pitanje da li i u kojim slučajevima, na osnovu Porodičnog zakona, dijete koje ima oba roditelja može biti smješteno u dom.

Zakon, dakle, prioritet daje preventivnim mjerama za zaštitu prava i interesa djece. Međutim, Zakon nije odgovorio na zahtjeve Konvencije, jer je, prije svega, ostavio u nadležnosti centara za socijalni rad i preventivne i represivne mjere zaštite. Zakon nije utvrdio period na koji se utvrđene preventivne mjere izriču, niti obavezu da se iste preispitaju protekom određenog vremena. Zakon nije utvrdio da se utvrđene mjere primjenjuju postupno, od lakših prema težima, i da se ona najteža - smještaj djeteta u dom, ne može izreći ako joj ne prethode zakonom utvrđene mjere porodične zaštite, osim u određenim slučajevima utvrđenim zakonom.

Zakon nije prepoznao druge represivne mjere zaštite (oduzimanje roditelju prava da živi sa djetetom, da ga vaspitava i sl.), koje bi fizički razdvajale dijete od roditelja i čijom bi se postupnom primjenom spriječilo izricanje najteže mjere - smještaj djeteta u dom.

Nedorečenost Zakona u tom dijelu ima za posljedicu da se djeca koja imaju roditelje smještaju u dom, a da roditelju nije ni oduzeto ni ograničeno vršenje roditeljskog prava. Postavljenom staraocu, u takvim situacijama ne definišu se ovlašćenja i odgovornosti, te se ostavlja mogućnost, da pored osoblja doma, i roditelji i staratelj djece preduzimaju određene mjere i aktivnosti, što kod djece stvara dodatnu konfuziju.

2. Zakon o socijalnoj zaštiti

Zakonom o socijalnoj zaštiti²⁰ utvrđeno je da se izvan vlastite porodice obezbjeđuje zaštita za maloljetnike - bez roditeljskog staranja, ometene porodičnim prilikama u psihofizičkom razvoju, vaspitno zanemarenim i zapuštenim.²¹

Pravo na smještaj u ustanovu socijalne zaštite ima:

1. - dijete bez roditeljskog staranja i dijete čiji je razvoj ometen porodičnim prilikama, i to do osposobljavanja za samostalan život, povratka u sopstvenu porodicu ili zbrinjavanja u porodici usvojioca, ili drugu porodicu, završetka redovnog školovanja, odnosno osposobljavanja za samostalan život.²²

Briga za dijete izvan vlastite porodice, prema navedenoj zakonskoj odredbi, obuhvata sve mogućnosti zbrinjavanja djeteta - srodnička porodica, hraniteljstvo, pa i ustanove socijalne zaštite.

Maloljetnike bez roditeljskog staranja zakon definiše kao:

- lica koja nemaju roditelje,
- lica koja su napuštena od roditelja,
- lica čiji roditelji nisu u mogućnosti da im pruže potpuno staranje, zato što su ograničeni u vršenju roditeljskog prava, i
- lica čiji roditelji nisu u mogućnosti da im pruže potpuno staranje zato što su lišeni tog prava.²³

Zakon o socijalnoj zaštiti utvrđuje, dakle, da se maloljetnikom bez roditeljskog staranja smatra lice koje nema roditelje, koje je napušteno od roditelja ili roditelji nisu u mogućnosti da mu pruže potpuno staranje, zato što su ograničeni u vršenju roditeljskog prava ili su lišeni tog prava.

Zakon o socijalnoj zaštiti, u odnosu na Porodični zakon, daje mogućnost da dijete po više osnova bude zbrinuto izvan vlastite porodice.

Upravo ta mogućnost danas se koristi na način da su u domu uglavnom zbrinuta djeca čiji je razvoj ometen porodičnim prilikama i vaspitno zanemarena djeca, iako njihovom smještaju u dom nisu prethodile preventivne mjere, utvrđene Porodičnim zakonom. Takvim rješavanjem problema - smještajem djece u dom, u stvari se bježi od problema, jer se ne djeluje na uzroke koji su do toga doveli i ne preduzimaju se potrebne mjere i rad sa porodicom, kako bi se ti uzroci otklonili.

²⁰ Zakon o socijalnoj zaštiti, "Službeni glasnik Republike Srpske", broj 5/93, 15/96, 110/03.

²¹ Zakon o socijalnoj zaštiti, član 10.

²² Zakon o socijalnoj zaštiti, član 37.

²³ Zakon o socijalnoj zaštiti, član 11.

3. Дом за дјecu без родитељског старања²⁴

Дом за дјecu и омладину је јавна установа, која у складу са Законом о социјалној заштити обезбјеђује збринјаванје дјеце без родитељског старања и дјеце чији је развој ометен породичним приликама до обезбјеђења услова за повратак у сопствену породицу или збринјаванја у усвојилачкој или другој породици, односно до оспособљаванја за самосталан живот.

У оквиру смјештаја дјeci из става 1. овог члана обезбјеђује се нега и старање о здрављу, васпитању и помоћ у образовању и оспособљаванју за рад.²⁵

Смјештај дјетета у дом требала би бити посљедња алтернатива бриге о дјетету. То значи да би смјештају дјетета у дом требале претходити све расположиве мјере породично-правне заштите, како би се отклонили узроци због којих се дјете које има родитеље упућује у дом, односно требале би бити искоришћене све друге могућности ванинституционалне заштите - хранитељство и усвојенје за дјecu без родитеља.

При томе смјештај дјетета у дом и у једном и у другом случају мора бити привремен и индивидуално одређен, зависно од разлога који су довели до смјештаја дјетета у дом, и времену које је неопходно да се створе услови за повратак дјетета у властиту или другу породицу.

Али кад су исцрпљене све друге могућности и кад дјете мора да одраста изван породице, у дому, тада му се морају обезбједити сви одговарајући услови, како би се, колико је то могуће, умањиле посљеднице његовог издвјања из породице. Дјетету се мора осигурати одговарајући смјештај, исхрана, образовање, здравствена заштита, васпитање, и што је врло важно, стручни кадар различитог профила, који може одговорити на потребе дјеце смјештене у дом. Да би mogao одговорити потребима дјеце која dolaze из различитих средина, по основима који су различити, dolaze са различитим ожекиванјима, дјeca су свих узраста, и са здравственим проблемима и проблемима у понашању, дом мора обезбједити индивидуални педагошки рад са сваким дјететом у дому и мора адекватном организацијом и процедурама створити услове да се избјегну ситуације које ће угрозити права дјеце по било којем основу.

Према подацима свих центара за социјални рад Републике Српске, разлози за смјештај дјеце у дом су слједећи:²⁶

- због насилја у породици – 2 дјеце
- без родитељског старања – 32 дјеце
- развој дјеце ометен породичним приликама - 35 дјеце
- васпитна запуштеност и занемареност од стране родитеља – 21 дјете
- мајка/отач нису у могоћности бринити се о дјетету – 6 дјеце
- напуштено од родитеља - 2 дјеце

²⁴ Дом за дјecu “Радa Вранјешевић” у Банјалуци је једини дом за смјештај дјеце без родитељског старања и дјеце чији је развој ометен породичним приликама.

²⁵ Закон о социјалној заштити, члан 61.

²⁶ Омбудсман за дјecu Републике Српске, www.djeca.rs.ba, Посебан извјештај.

Prema istim podacima, najveći broj djece u institucionalnom smještaju su djeca čiji je razvoj ometen porodičnim prilikama, od ukupno 98 djece smještene u dom, 1/3 su djeca bez roditeljskog staranja, a 2/3 su djeca čiji je razvoj ometen porodičnim prilikama, djeca smještena u domu su najčešće osnovnoškolskog uzrasta i dječaci su u većem broju smješteni u dom u odnosu na djevojčice.

U prosjeku, djeca u domu borave preko 4 godine, s tim da jedan broj djece u domu boravi i duplo duže. Posebno zabrinjava da je sve prisutniji i smještaj najmlađih, djece do tri godine života i djece koja iz porodilišta praktično dolaze u ustanovu.

Djeci smještenoj u dom, za staratelja su postavljeni:

- radnik centra za socijalni rad za 73 djece,
- srodnici su staratelji za 16 djece,
- radnici zaposleni u administrativnoj službi opštine su staratelji u 2 slučaja,
- radnici doma su staratelji za 3 djece.

Plan zaštite za svako dijete zahtijeva individualni pristup i individualni pedagoški rad. U izradi plana zaštite trebao bi učestvovati i centar za socijalni rad koji je uputio dijete u dom, jer on ima kompletan uvid u porodičnu situaciju i razloge za smještaj djeteta, a oni su osnov za izradu individualnog plana za svako dijete. Međutim, nerijetko se dešava, prema informacijama doma, da centar bude samo naknadno informisan o planu i radu sa djetetom.

Smještajem djeteta u instituciju njegov kontakt sa porodicom ne smije biti prekinut, naprotiv, za sve vrijeme boravka djeteta u domu njegova veza sa porodicom mora se održavati i jačati. To zahtijeva da centar za socijalni rad, za vrijeme privremenog boravka djeteta u domu, radi sa porodicom u cilju stvaranja uslova za povratak djeteta u porodicu, kako bi njegov smještaj u dom zaista bio privremen. Nažalost, po izjavi i djece i osoblja u domu, kontakti djece sa porodicom su vrlo rijetki. Ako se pri tom ima u vidu dužina boravka djece u domu, onda sve to dovodi do udaljavanja djeteta od porodice, što se kao poseban problem vidi tek kada djeca napuštaju dom. Napuštanjem doma, djeca vrlo često ne žele povratak u mjesto odakle su došli. Takva reakcija je potpuno razumljiva, jer je boravak u domu predugo trajao, a oni su izgubili kontakt sa onima koji su im trebali biti podrška po povratku kući.

IV. ZAKLJUČAK

Izdvajanjem djeteta iz porodice ugroženo je osnovno pravo svakog djeteta da živi sa svojim roditeljima. Zato, smještaj djece u dom mora biti posljednja alternativa brige za dijete, onda kad se u odgovarajućem postupku utvrdi da je izdvajanje djeteta iz porodice neophodno i da je to u najboljem interesu djeteta i kada su, prije toga, iscrpljene sve druge mogućnosti vaninstitucionalnog zbrinjavanja djeteta.

Smještaj djeteta u dom mora biti definisan kao privremeno zbrinjavanje, pri tome se mora utvrditi koliko najduže takvo rješenje može trajati i protekom kojeg vremena je obavezno preispitivanje ovog vida zbrinjavanja djeteta.

Smještajem u dom djetetu se moraju obezbijediti adekvatni uslovi - stanovanje, vaspitanje, ishrana, zdravstvena zaštita, obrazovanje i stručni kadar koji može odgovoriti potrebama djece smještene u domu i stalni kontakt sa porodicom.

Summary

By separating a child from family the fundamental right of every child to live with its parents is threatened. Therefore, placement of children in children's home must be the last alternative of care for a child, when in the proper procedure is determined that the child's separation from family is necessary and in the best interest of the child and when, before that, all other possibilities for non-institutional child care are exhausted.

Placement of a child in children's home must be defined as temporary care, when it must be determined how much at the longest such solution may last and during what time is required to review this type of child care.

By placing a child in children's home it must be provided with adequate conditions - housing, upbringing, nutrition, health care, education and professional personnel that can address the needs of children placed in children's home and regular contact with the family.

МИРЕЊЕ СУПРУЖНИКА У ПОСТУПКУ ЗА РАЗВОД БРАКА

Мр Димитрије Ћеранић*

***Апстракт:** У раду се говори о процедури мирeња супружника поводом развода брака. Овај поступак одавно постоји у нашем праву и временом је прошириван, да би данас попримио обиљежја на основу којих га можемо сврстати у један од видова породичне медијације. Поред покушаја измирења супружника и очувања брака, сврха ове процедуре проширила се и на покушај постизања споразума о правним посљедицама развода брака. Аутор у раду настоји да укаже на неке недостатке постојећих законских рјешења, предлажући правце за законску реформу. У истраживању, аутор се служио историјским и нормативним методом, уз посебан нагласак на упоредноправној анализи законодавства Републике Српске са правом Србије, Федерације БиХ, Црне Горе и Хрватске. У закључку, наводи се да би требало учинити одређене измјене правних прописа у погледу успостављања двофазности поступка, ширих овлашћења супружника у вези са одређењем стварне и мјесне надлежности за посредовање, прецизнијег регулисања трајања поступка, као и још неких законских претпоставки.*

***Кључне ријечи:** развод брака, породична медијација, мирeње супружника.*

1. Увод

Брак, као законом уређена заједница живота мушкарца и жене, може настати и престати само на начин како је то предвиђено у закону. Један од начина престанка брака јесте и развод. С обзиром на друштвени значај који се придаје браку, у многим правима је као дио бракоразводног поступка или као претпоставка за његово вођење предвиђен и поступак мирeња супружника. Мирeње супружника спроводи се у виду савјетовања, путем примјене одговарајућих метода и техника савјетовалишног рада. У овом поступку, супружницима се пружа стручна помоћ како би још једном размотрили могућност опстанка брака, поготово ако имају заједничку малољетну дјецу.

* Димитрије Ћеранић, Мр виши асистент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву.

Мирење супружника поводом развода брака¹ предвиђено је и у праву Србије, и у праву Републике Српске. Анализирање законских рјешења у овима дјелима земљама, разрјешење неких теоријских и практичних недоумица које их прате, као и неколико приједлога за будуће законске реформе, тема су овога рада. Поред поменутих законодавстава, у раду су обрађени и породичноправни прописи Федерације БиХ, Црне Горе и Хрватске у дијелу који је био потребан за свестранију анализу.

2. Опште карактеристике мирења супружника поводом развода брака у праву Републике Српске и праву Србије

Мирење супружника у поступку за развод брака може се сматрати (мада не сасвим, а у неким правима скоро никако) једним од видова алтернативног начина рјешавања спорова (*Alternative dispute resolution*) – медијацијом, односно породичном медијацијом (*Family mediation*).² Сврха породичне медијације је многострука. Најкраће речено, она се састоји у заштити тренутних и будућих

¹ Због чињенице да се у неким правним системима мирење супружника спроводи прије покретања бракоразводног поступка, исправнији наслов овог рада био би „мирење супружника поводом развода брака“. Међутим, пошто се и у тим правима мирење сматра процесном претпоставком, ипак можемо говорити о мирењу у поступку за развод брака. Да бисмо избјегли понављања, служићемо се објема формулацијама.

² Одређење мирења супружника поводом развода брака, као једног од видова породичне медијације, прилично је спорно, поготово у земљама у којима, поред мирења, постоји и нагодба, као дио ширег поступка посредовања. Тако, у правној литератури истиче се да се код мирења супружника поводом развода брака рјешавају спорови емотивне, а не правне природе, чиме се доводи у питање карактер тог поступка, као облика породичног посредовања. Такође, наглашава се да би требало правити разлику између појмова мирења, посредовања и медијације. – О овоме, више вид. у: Dž. Duman, M. Izmirlija, „Institut posredovanja u Porodičnom zakonu Federacije BiH“, *Legislativna reforma u BiH II*, бр. 7, доступно на: <http://www.pulsdemokratije.net/admin/?q=bs/node/312>, 30. јун 2011.

О језичким напоменама овдје нећемо говорити, јер је законска терминологија неуједначена, а немамо простора за дубље анализе, али сложићемо се да мирење супружника у поступку за развод брака представља специфичан институт који се разликује од породичне медијације у класичном смислу. На примјер, у правима у којима мирење претходи покретању бракоразводног поступка и у којима је његова искључива сврха очување брака, може се рећи да мирење представља и једну врсту породичне терапије, а не само облик породичне медијације.

Ипак, с обзиром на то да постоје бројне и суштинске разлике између породичне терапије и породичне медијације, као и да поступак мирења у неким земљама обухвата и постизање споразума о правним посљедицама престанка брака, те да породична медијација није једнозначан појам, за потребе овог рада говорићемо о мирењу као једном виду медијације у породичним односима. С тим у вези, напомињемо да се у правној теорији прави више подјела породичног посредовања. Примјера ради, као основни модели наводе се: фацилитативна (олакшавајућа), евалуативна (процјењивачка), трансформативна (преобликујућа) и комбинована породична медијација. О теоријским основима и практичним моделима посредовања у породичним односима, више вид. у: V. Sladović Franz, „Obilježja obiteljske medijacije“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 2/2005, стр. 13–16.

приватних интереса, као и у заштити јавних интереса.³ Сврха мирeња, као из-раза начела *favor matrimonii*, јесте очување брака. У овом поступку, супружници се суочавају са међусобним несугласицама, при чему их настоје разријешити без развода брака, на сопствену корист, и на корист њихове дјеце и цијелог друштва.

Породичним законом Републике Српске, предвиђено је да се поступак мирeња супружника спроводи код развода брака. У поступку поништења брака, супружници не иду на мирeње, јер је опстанак брака спријечен постојањем неке брачне сметње или одсуством неке од законских претпоставки за његову пуноважност. Осим мирeња поводом развода брака, у праву Републике Српске нису предвиђени други облици породичне медијације.

Бракоразводни поступак у Републици Српској може се иницирати тужбом, заједничким приједлогом за развод брака или захтјевом за споразумни развод.⁴ Прије подношења заједничког приједлога или тужбе за развод брака, уколико имају малољетно заједничко или усвојено дијете, или дијете над којим је продужено родитељско старање,⁵ супружници су дужни да покрену поступак мирeња пред надлежним органом старатељства. У случају да странке поднесу тужбу или заједнички приједлог за развод брака без прилагања записника о неуспјелом покушају мирeња, суд ће с њима поступити као са неуредним поднесцима, те ће их, у крајњем, одбацити.

Иако не постоји обавеза мирeња брачних другова⁶ који немају малољетно дијете, и они се могу обратити органу старатељства или брачном и породичном савјетовалишту ради пружања стручне помоћи⁷, а могу затражити и помоћ овлашћеног медијатора.⁸ Чини нам се, да се прописивањем обавезе мирeња у

³ С. И. Панов, *Породично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, стр. 132.

⁴ Породични закон – ПЗ РС, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 54/02 и бр. 41/08, чл. 65.

⁵ У ПЗ-у РС, говори се о „заједничкој малољетној или усвојеној дјечи, или дјечи над којом је продужено родитељско старање“. Језичким тумачењем поменуте норме, могли бисмо закључити да супружници поступак мирeња морају покренути и у случају када имају пунољетно, али усвојено дијете, што није тачно. Циљним и системским тумачењем, долазимо до закључка да је намјера законодавца било изједначавање природне и усвојене дјеце, а не прављење разлике у погледу њиховог малољетства односно пунољетства. Иначе, у вези с овом законском нормом, у правној теорији истиче се да је она језички и номотехнички неисправна, јер се у њој помињу „дјеца“ у множини, а не како би требало „дијете“ у једнини. С тим у вези, у даљем тексту служићемо се обликом једнине. – Вид. С. И. Панов, стр. 132, фн. 378.

⁶ Иако смо заговорници употребе термина „супружници“, због избегавања понављања, у раду ћемо се користити и појмом брачни другови. – О појмовима супружник, брачни друг, брачни партнер и брачни супружник, са упућивањима, више вид. у: Д. Ђеранић, „Закон о наслеђивању БиХ у свјетлу доношења новог закона“, *Зборник Правног факултета у Источном Сарајеву*, Пале 2007, стр. 295–296.

⁷ ПЗ РС, чл. 13, ст. 1.

⁸ У Породичном закону Федерације БиХ, изричито се наглашава да захтјев за посредовање могу поднијети и брачни другови који немају дијете над којим врше родитељско старање. Ова законска одредба је беспотребна, јер нема никаквог утицаја на бракоразводни поступак, а подразумијева

случајевима постојања дјетета над којим супружници врше родитељско право, на прави начин одмјерава однос између аутономије воље супружника и права њиховог дјетета на одрастање у потпуној и хармоничној породици.

У праву Републике Српске, поступак мирења теоријски можемо подијелити на два дијела, на поступак мирења у ужем, и поступак мирења у ширем смислу. Притом, под мирењем у ужем смислу подразумевамо дио процедуре у коме орган старатељства настоји измирити супружнике, односно сачувати брак⁹, а под мирењем у ширем смислу мислимо на дио поступка у коме орган старатељства покушава приволити супружнике на постизање споразума о правним посљедицама развода брака.¹⁰

Да постоји потреба за оваквом подјелом, не само на теоријском, него и на практичном и законском плану, видимо и из правила о заступању супружника у поступку мирења. Према Породичном закону РС, „на рочишту за ‘покушај мирења’ пуномоћници не могу заступати супружнике, нити могу присуствовати рочишту“.¹¹ С обзиром на то да се у закону не прави јасна разлика између „покушаја мирења“ и „поступка мирења“, закључујемо да пуномоћници не могу заступати супружнике ни у дијелу поступка у коме се покушава постићи споразум о правним посљедицама развода брака, што не сматрамо добрим законским рјешењем.¹²

С циљем очувања брака, прописана је обавеза суда да у току цијелог поступка настоји да се супружници измире, без обзира на то којим поднеском је покренут бракоразводни поступак.¹³ Мирење брачних другова, суд ће покушати и када они немају дијете над којим врше родитељско право, као и када неки од

се да помоћ у рјешавању спора супружници могу затражити од било кога, па и од овлашћеног медијатора. – Вид. Породични закон – ПЗ ФБиХ, *Службене новине Федерације БиХ*, бр. 35/05 и 41/05, чл. 45, ст. 3 у вези са чл. 305, ст. 3.

⁹ У Породичном закону РС, ова фаза означава се као „покушај мирења“ и нормирана је посебним члановима. – Вид. ПЗ РС, чл. 59 и 60.

¹⁰ У Породичном закону РС, ова фаза обухваћена је ширим појмом „поступак мирења“, односно „мирење“. – Вид. ПЗ РС, чл. 57, 58 и 61.

¹¹ Вид. ПЗ РС, чл. 59, ст. 2.

¹² У иностраној правној литератури наглашава се корисност учешћа адвоката (у својству пуномоћника супружника) у поступку медијације поводом развода брака, поготово у сложеним споровима. – Више о томе, вид. у: А. D. Jessani, „Representing Your Client During the Divorce Mediation Process“, *American Journal of Family Law*, Winter 2010, Vol. 24 Issue 4, p. 189–193.

¹³ ПЗ РС, чл. 69, ст. 2. Употреба поступка медијације у брачном спору с циљем избјегавања развода брака није посебност права Републике Српске. Овакав циљ породичне медијације постоји и у многим другим правима и потпуно је легитиман. О употреби поступка медијације у брачним споровима с циљем смањења броја разведених бракова у ирском и енглеском праву, више вид. у: А. К. Subourne, „Motivations for Mediation: An Examination of the Philosophies Governing Divorce Mediation in the International Context“, *Texas International Law Journal*, Spring 2003, Vol. 38 Issue 2, p. 385–389.

супружника живи у иностранству.¹⁴ Суд ће у свим фазама поступка настојати да дође до измирења.¹⁵

У праву Србије, процедура посредовања у брачним споровима регулисана је у двије фазе. Прву фазу чини поступак за покушај мирења (мирење), а другу поступак за покушај споразумног окончања спора (нагодба). Мирење се спроводи само уз бракоразводни поступак, док се нагодба врши, како уз поступке за развод брака (када мирење није успјело), тако и уз поступке за поништење брака покренуте тужбом неког од супружника. Покушај мирења има сврху измирења супружника и рјешавања спора без развода брака, док је сврха нагодбе мирно уређење неких правних посљедица развода, односно поништења брака.¹⁶

Према Породичном закону Србије, бракоразводни поступак покреће се приједлогом за споразумни развод брака или тужбом.¹⁷ Код споразумног развода, не спроводи се поступак посредовања, јер у том случају нема спора.¹⁸ Посредовањем се настоје ријешити спорна питања којих нема код развода по споразуму, јер су ријешена договором супружника.¹⁹ Овакво законско рјешење

¹⁴ У правној теорији, истиче се да суд треба покушати да измири супружнике и када орган старатељства није дужан заказати рочиште за покушај мирења. – Вид. И. Бабић, *Коментар Породичног закона*, Службени лист СР БиХ, Сарајево 1990, стр. 204. С обзиром на то да је мирење немогуће ако је један од супружника неспособан за расуђивање и ако му је боравиште непознато, овај разлог своди се на случај живљења у иностранству једног или оба брачна друга.

¹⁵ И. Бабић, стр. 205.

¹⁶ Породични закон – ПЗ Србије, *Службени гласник Р. Србије*, бр. 18/05, упор. чл. 234 и чл. 241, ст. 1. Чини нам се, да су одредбе Породичног закона Србије којима се регулишу сврха мирења и сврха нагодбе непрецизне јер су почети норми истовјетни, док се разликује само неколико посљедњих ријечи: „Сврха мирења/нагодбе јесте да се поремећени однос супружника разреши без конфликта...“ – „и без развода брака“, „и након поништења или развода брака“.

Сматрамо, прије свега, да се појам „конфликт“ могао замијенити неком српском ријечју, јер такав друштвени однос није код нас никаква новост (нажалост!), а свакако постоји и наш израз (сукоб, трвење, спор, трзавице...). Затим, није у реду да обје норме, и код мирења и код нагодбе, почињу истим ријечима, јер сврхе су им различитије него што се то из законског текста може уочити. Приједлог како бисмо нормирали сврху мирења и сврху нагодбе, навели смо у основном тексту.

¹⁷ ПЗ Србије, чл. 210.

¹⁸ Што се тиче израза „спор“ односно „брачни спор“, мислимо да се овај термин погрешно употребљава у Породичном закону Србије. Спор је појам материјалног права, и не може се користити као синоним за поступак који служи за његово разрјешење. Говорити о „брачном спору који се покреће тужбом за развод брака“ погрешно је. Надамо се да ће се о овоме водити више рачуна приликом будућих законских реформи.

¹⁹ Непостојање спора, паралелизам форми код закључења и развода брака, преоптерећеност судова, само су неки од разлога који су мотивисали поједине правне теоретичаре да на основу принципа које је усвојила Комисија за европско породично право (*CEFL*), предложе надлежност управног органа, примјера ради матичара, за споразумни развод брака, поготово када супружници немају заједничко малољетно дијете. – Вид. З. Поњавић, *Приватизација породице и породичног права*, Службени гласник, Београд 2009, стр. 121–122. Неки, пак, аутори сматрају да би се споразумни развод брака могао обављати и пред јавним билежницима. – Вид. М. Dika, „Izvanparnična i koncilijacijska funkcija javnih bilježnika – *de lege lata i de lege ferenda*“, *Zbornik*

сматрамо оправданим јер се тиме за заједничко дијете ипак обезбјеђује наставак хармоничног одрастања и поред непотпуне породице. Код развода по тужби, мирење се спроводи без обзира на то да ли супружници имају или немају малолетно заједничко или усвојено дијете, што представља један од ријетких примјера заштите институционалности брака у праву Србије, чија су правила бракоразводног поступка изузетно либерална.²⁰ Додуше, ово правило је релативизовано добровољношћу посредовања.

3. Надлежност за поступак мирења

3.1. Стварна надлежност

Поступак мирења у праву Републике Српске спроводи се пред органом старатељства. Овакво законско рјешење било је предвиђено и у Породичном закону СР Босне и Херцеговине, а настало је као посљедица неефикасне праксе спровођења поступка мирења пред судовима.

У Федерацији БиХ, дошло је до измјене у погледу стварне надлежности за поступак посредовања, па сада посредовање обављају овлашћена физичка или правна лица.²¹ Колико промјена надлежности и лоше спроведена реформа могу да утичу на правну праксу, најбоље видимо из податка да је у Федерацији БиХ дуже од годину дана било онемогућено покретање поступака за развод брака због неблаговременог усвајања подзаконских аката којима би се одредила лица овлашћена за посредовање.²²

У праву Србије, посредовање по правилу спроводи суд, с тим да оно може бити повјерено надлежном органу старатељства, брачном или породичном савјетовалишту, односно другој установи која је специјализована за посредовање у породичним односима.²³ Брачни другови могу предложити

Pravnog fakulteta u Zagrebu 6/2009, стр. 1158–1159.

²⁰ Иако би се могло помислити да на учесталост развода бракова могу утицати и правила бракоразводног поступка, по свему судећи то није случај са правом Србије и правом Републике Српске. У овим правима, број развода константно је растао и расте иако су посљедње законске реформе ишле у супротним смјеровима. По свему судећи, узроке савремене кризе брака треба тражити на другим пољима, прије свега, на економском, психолошком и социолошком плану. О кризи брака у савременом друштву, више вид. у: Д. Теранић, „Криза брака“, Зборника радова *Правни систем и друштвена криза*, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим сједиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица 2011, стр. 319–331.

²¹ Неки аутори предлажу надлежност јавних билежника у поступку медијације поводом спорова у вези са диобом брачне тековине. Они ову врсту надлежности називају „јавнобилежничком конзилијарно-мониторном функцијом, односно јавнобилежничком концилијацијском функцијом *stricto sensu*“. – Вид. М. Dika, стр. 1172.

²² О овоме, више вид. у: Dž. Duman, „Institut posredovanja u porodičnom zakonodavstvu BiH“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, Sarajevo 2009, стр. 80–81.

²³ У црногорском праву, поступак медијације спроводe посредници које именује министар правде. Министарство судовима доставља списак именованих посредника, са кога супружници бирају медијатора који ће спровести поступак. О посредовању у брачним споровима у црногорском

субјект пред којим ће покушати да се помире и нагоде, а може то учинити и судија. Уколико је судија предложио одређену установу за посредовање, с тим се морају сагласити оба супружника да би до повјеравања дошло. Делегација надлежности врши се достављањем тужбе за поништење или развод брака. Тим поводом, суд ће донијети рјешење о застоју у парничном поступку.²⁴

За разлику од суда и органа старатељства који не могу да одбију спровођење поступка посредовања, брачна или породична савјетовалишта или друге установе специјализоване за породично посредовање могу то учинити.²⁵ Исто тако, ови субјекти и поред пристанка на посредовање, своју обавезу не морају спровести до краја. Ово се види из законске одредбе по којој, у принципу, могу да не доставе резултате посредовања, јер није прописана директна санкција за неиспуњење ове обавезе.²⁶

Када је поступак посредовања повјерен неком другом субјекту, суд прије истека рока за посредовање, на захтјев супружника или по сопственом нахођењу, може прекинути поступак уколико то нађе оправданим. Иако није изричито законом прописано, на ово упућују одредбе у којима се говори о „судији који руководи посредовањем“, из чега се недвосмислено може извести овакав закључак.²⁷ Након прекида поступка пред другом установом, суд ће посредовање спровести сам.

На основу свега горе изнесеног, упоредивши законска рјешења неколико земаља, сматрамо да би у праву Републике Српске, стварну надлежност за мирeње и даље требало да имају органи старатељства, али и друга овлашћена лица (брачна и породична савјетовалишта, посебно обучени посредници и др.). Поступак мирeња не би требало повјеравати у судску надлежност јер се то већ показало као неефикасно законско рјешење.²⁸ Такође, требало би омогућити супружницима да могу споразумно одредити субјект пред којим ће се мирити.

праву, више вид. у: Д. Ђурђевић, *Основи породичног права Црне Горе*, ЦИД, Подгорица 2008, стр. 98.

²⁴ Закон о парничном поступку – ЗПП Србије, *Службени гласник Р. Србије*, бр. 125/04 и 111/09, чл 219.

²⁵ З. Поњавић, (2009), стр. 134–135.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ ПЗ Србије, чл. 231, ст. 3. Сличне аргументе, али позивајући се на друге одредбе закона („повјеравање посредовања“ из ПЗ-а Србије, чл. 232, ст. 3), помињу још неки правни писци. – Вид. З. Поњавић, (2009), стр. 136.

²⁸ Пословична оптерећеност судова, нелагодност коју странке осјећају у поступку пред судом, слаба обученост судија за посредничку улогу, лишена било какве ауторитативности (коју судија по дефиницији мора да има), овлашћења која суд свакако има у парничном поступку, само су неки од разлога за овакав став.

3.2. Мјесна надлежност

У Републици Српској, мјесна надлежност у поступку мирења одређена је Породичним законом. За мирење, мјесно надлежан је орган старатељства на чијем подручју тужени има пребивалиште, односно боравиште, или орган старатељства на чијем подручју су брачни другови имали своје посљедње заједничко пребивалиште.²⁹

У Федерацији БиХ, посредовање се спроводи пред медијатором на чијем подручју подносилац захтјева има пребивалиште, односно боравиште, или на чијем су подручју брачни другови имали посљедње заједничко пребивалиште. Изузетно, захтјев за посредовање покретач поступка може поднијети и посреднику изван мјеста пребивалишта, односно боравишта супружника.³⁰

У праву Србије, мјесна надлежност суда пред којим се врши посредовање уређена је Законом о парничном поступку, што се изричито наводи и у Породичном закону.³¹ Мјесна надлежност органа старатељства није изрично одређена и она се регулише Законом о општем управном поступку.³² Надлежност брачног или породичног савјетовалишта, односно друге установе која је специјализована за посредовање у породичним односима није законом прописана.

Чини нам се, да постојећа нормативна рјешења у Републици Српској у вези са мјесном надлежности у поступку мирења нису сасвим лоша. Равноправност супружника је загарантована и не оставља се могућност злоупотребе процесних овлашћења од стране брачног друга који покреће поступак мирења. Ипак, аутономија странака је ограничена. Зато, било би добро када би се уз постојећа правила о мјесној надлежности, још предвидјело да супружници могу споразумно одредити мјесно надлежан субјект пред којим ће спровести мирење.³³

²⁹ ПЗ РС, чл. 58.

³⁰ ПЗ ФБиХ, чл. 46. Чини нам се, да је оваквим законским нормирањем дато прешироко дискреционо право тужиоцу у бракоразводном поступку.

³¹ ПЗ Србије, чл. 209.

³² ПЗ Србије, чл. 291, ст. 1.

³³ У хрватском и црногорском праву, супружници споразумно одређују посредника, а уколико не успију да се споразумију, медијатора одређује суд. – Вид.: *Obiteljski zakon, Narodne novine R. Hrvatske*, бр 116/03, 17/04, 136/04 и 107/07, чл. 46, ст. 1 и 3; Породични закон – ПЗ ЦГ, *Службени лист Р. Црне Горе*, бр. 1/07, чл. 326, ст. 2.

У хрватској правној теорији, истиче се још да би било добро када би се прописала обавеза суда да уз позив супружницима на прво рочиште достави и обавјештење о могућности избора посредника и списак посредника. – О овоме, са упућивањима, више вид. у: I. Majstorović, „Posredovanje prije razvoda braka: hrvatsko pravo i europska rješenja“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 2/2007, стр. 416, фн. 54.

3.3. Функционална надлежност

У праву Републике Српске, функционална надлежност у оквиру органа старатељства уређена је правним прописима о социјалној заштити и унутрашњим правним актима сваког центра за социјални рад.³⁴ Слично је и у праву Федерације БиХ, гдје је ово питање регулисано актима овлашћених медијатора.

У Србији, функционалну надлежност за спровођење посредовања пред судом, има судија појединац, и то предсједник вијећа коме је додијељен предмет. Овај судија не може учествовати у доношењу одлуке у некој каснијој фази поступка, осим ако је посредовање успјело. То значи, да ће се у случају неуспјеха посредовања, предмет уступити неком другом вијећу. Питање функционалне надлежности других органа, организација или установа, уређено је општим правним прописима тих субјеката. Једине правне норме у вези с овим садржане су у Закону о посредовању – медијацији, у коме се поближе одређују услови у вези са стручном спремом, искуством и другим особинама лица која учествују у поступку медијације.³⁵

Што се тиче функционалне надлежности, чини нам се да се у овом погледу нема много шта приговорити анализираним законским рјешењима. Мултидисциплинарност и учешће квалификованог особља са искуством у раду са лицима у спору, услови су који се свуда захтијевају, било да је то наведено у породичноправним прописима или у прописима о медијацији. Ипак, требало би повести више рачуна о досљеднијој примјени прописаних стандарда.

3. Заказивање рочишта за посредовање/покушај мирења

У праву Републике Српске, на рочиште за мирење мора се одазвати брачни друг који намјерава поднијети тужбу за развод брака, односно брачни другови који намјеравају поднијети заједнички приједлог.³⁶ У позиву на рочиште за покушај мирења, орган старатељства упозориће предлагача да ће се поступак обуставити у случају његовог недоласка и да неће моћи покренути поступак за развод брака. У позиву који се упућује другом супружнику назначиће се чињеница да ће се у случају његовог изостанка, а уз долазак предлагача, сматрати да мирење није успјело. Ако орган старатељства, и поред неодазивања супружника процијени да се они могу измирити, донијеће закључак о одлагању рочишта и заказивању новог.

³⁴ У правној теорији и упоредном праву, инсистира се на успостављању прецизних критеријума за избор лица која могу обављати функцију посредника. Посебна пажња посвећује се сталном усавршавању и обуци посредника, па би о томе требало повести више рачуна и у Републици Српској. – О овоме, са упућивањима више вид. у: I. Majstorović, стр. 440–444.

³⁵ Закон о посредовању – медијацији, *Службени гласник Р. Србије*, бр. 18/05, чл. 20.

³⁶ Неки аутори у вези с овом одредбом у праву РС, говоре да није само мирење него је и покушај мирења обавезан и представља процесну претпоставку, што је сасвим тачно. – С. И. Панов, стр. 133.

Према Породичном закону Србије, по пријему тужбе за поништење или развод брака, судија заказује рочиште за посредовање. Достављање позива мора бити лично. У српском праву, нема изричитог правила којим се регулишу посљедице неодредбе на прво рочиште за посредовање. На ову ситуацију односе се одредбе којима се прописују случајеви када се медијација не спроводи.³⁷

Уколико на заказано рочиште не дође један или оба супружника, иако су уредно позвани, сматраће се да не пристају на посредовање па се оно неће спроводити.³⁸ Спорна питања међу брачним друговима биће разријешена у парничном поступку по правилима парничне процедуре.³⁹ У позиву, странке морају бити упозорене на правне посљедице недоласка на рочиште за посредовање.

У правној теорији, оправдано се истиче да је пракса достављања писаног позива супружницима, у коме су на уопштен начин објашњене предности медијације, уз остављање рока од три дана за изјашњење по позиву, погрешан и лош пут којим судови у Србији настоје да приволе странке на медијацију.⁴⁰ Притом, наглашава се да треба дати предност усменој комуникацији судије и странака, путем које ће се странке на најбољи начин упознати са свим предностима и правним могућностима посредовања.⁴¹ Због свега овога, мислимо да и у случају када странке не пристану на посредовање, на првом рочишту суд треба усмено да им образложи и предложи алтернативно рјешавање спора, иако се то нигдје у Закону не истиче.

Уз позив на рочиште за посредовање, у праву Србије суд је дужан да достави и тужбу за поништење или развод брака.⁴² Неки правни писци сматрају да је ова одредба у „потпуној противрјечности“ са одредбом по којој се тужба за развод брака не доставља туженом на одговор.⁴³ Чини нам се, да овакав став није до краја прецизно изведен и тражи мање појашњење.

³⁷ О случајевима када се у праву Србије и праву Републике Српске, поступак посредовања/мирења не спроводи, због природе и обима рада нећемо говорити те само упућујемо на одговарајуће законске норме. – Вид.: ПЗ Србије, чл. 230, ст. 2; ПЗ РС, чл. 63.

³⁸ ПЗ Србије, чл. 230, ст. 2, т. 1.

³⁹ Слично, вид. у: З. Поњавић, *Породично право*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2010, стр. 162.

⁴⁰ Комуникација путем писаних обавјештења, без личног контакта између судије и странака, препоручује се и у званичним приручницима за обуку медијатора. – Вид. *Приручник за обуку посредника*, Центар за медијацију, Београд 2007, стр. 73. Наведено према: М. Драшкић, *Породично право и права детета*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, стр. 160, фн. 455.

⁴¹ М. Драшкић, стр. 160, фн. 455.

⁴² ПЗ Србије, чл. 231, ст. 2.

⁴³ М. Драшкић, стр. 162, фн. 459.

Достављање тужбе на одговор и достављање тужбе уз позив на рочиште за посредовање, парничне су радње суда.⁴⁴ Циљ законског рјешења по коме се у неким поступцима тужба не доставља туженом на одговор јесте скраћење парничне процедуре.⁴⁵ На овакав закључак, упућује и маргинални наслов изнад члана закона којим је то предвиђено – „хитност поступка“, као и систематика закона.⁴⁶

Због начела контрадикторности, туженом се ипак мора оставити могућност упознавања са садржином тужбе прије доласка на рочиште. Једини начин да се то учини, ако је већ укинута право туженог да се писмено изјасни о захтјеву и наводима тужбе, јесте достављање тужбе уз позив на рочиште.⁴⁷ Да ли је то рочиште за посредовање, или рочиште за главну расправу, с позиције расправног начела, мање је важно. Међутим, то је важно у психолошком смислу. Ако се достављање изврши прије него што је тужени дошао у прилику да се упусти у мирење са тужиоцем, он може бити повријеђен преувеличаним, а често и неистинитим наводима у тужби, па може одустати од покушаја помирења. Зато, у Закону о браку и породичним односима Србије, било је предвиђено да се тужба доставља тек када се констатује да мирење није успјело. По свему судећи, овако законско рјешење више је одговарало институту породичне медијације.⁴⁸

Уколико се странке одазову на рочиште за посредовање пред судом, судија је дужан да им препоручи да се подвргну психо-социјалном савјетовању.⁴⁹ На првом рочишту, судија мора упознати странке са правним посљедицама учествовања и неучествовања у поступку медијације. Важно је да им саопшти да њихово евентуално учешће у поступку не утиче на њихову страначку улогу нити им слаби процесноправни положај.⁵⁰

⁴⁴ О страначким и судским парничним радњама, као и о процесноправним дејствима достављања тужбе на одговор, више вид. у: Г. Станковић, Р. Рачић, *Парнично процесно право*, Графокомерц, Требиње 2008, стр. 222–259 и 322–325.

⁴⁵ Поједини аутори сматрају да је ова одредба нормирана и с циљем како би се повећале шансе за мирење супружника у поступку за развод брака. – Вид.: З. Поњавић, (2010), стр. 163, фн. 235; М. Драшкић, стр. 162. У извјесном (психолошком) смислу, може се говорити и о оваквом утицају јер *verba volant, scripta manent*. Кад је, већ, међу супружницима престала љубавна преписка, боље је да је нема никако, него да буде свједок мржње.

⁴⁶ ПЗ Србије, чл. 204. Овај члан налази се у поглављу Закона којим се регулишу општа правила поступака у вези са породичним односима, а не само поступка за развод брака.

⁴⁷ Парница почиње да тече достављањем тужбе туженом. Док парница тече, у погледу истог захтјева, међу истим странкама не може постојати друга парница. Ако парнични поступак буде покренут, суд ће тужбу одбацити. – Вид. ЗПП Србије, чл. 197.

⁴⁸ С. И. Панов, стр. 132.

⁴⁹ ПЗ Србије, чл. 232, ст. 2. Циљ ове правне норме је да се супружници приволе на сарадњу – да се помире и/или нагоде. Међутим, говорећи о „подвргавању“, супружнике обиљежавамо као субјекте који су неспособни да заједнички и споразумно донесу одлуку у обостраном интересу. Постојећи израз требало би замијенити неким прикладнијим термином, примјера ради „обраћање“ психосоцијалном савјетовалишту.

⁵⁰ Слично, вид. у: М. Драшкић, стр. 160.

Ако се један или оба супружника, иако су уредно позвани, не одазову на рочиште за мирење, сматраће се да мирење није успјело и наставиће се поступак нагодбе. Суд, односно орган старатељства или друга надлежна установа о овоме ће сачинити записник. Ако субјект надлежан за спровођење поступка мирења, и поред неодржавања супружника на рочиште процијени да има изгледа да до помирења дође, рјешењем, односно закључком, заказаће ново рочиште. Ако не постоје прилике да ће мирење ни на овај начин успјети, суд односно установа сачиниће записник о томе да мирење није успјело. Неки теоретичари сматрају да се оваквим законским регулисањем странкама шаље сигнал да посредовање схвате као пуку формалност.⁵¹

5. Процедура мирења супружника

Процедура мирења није изричито прописана у праву Републике Српске и праву Федерације БиХ, баш као ни у праву Србије. Ипак, јасно је да у поступку мирења, посредници морају да се придржавају етичких и стручних норми које су општеприхваћене.⁵²

Поједини правни теоретичари критиковали су законско рјешење у праву Федерације БиХ и Републике Српске по коме орган старатељства односно посредник може по потреби супружницима препоручити да се обрате савјетовалиштима или другим установама које им могу дати потребан савјет.⁵³ Притом, ови аутори истичу да примјеном овог правног правила долази до делегације надлежности за мирење, која са органа старатељства односно посредника прелази на помоћне органе, чиме се додатно компликује ионако сложен поступак.⁵⁴ С оваквим ставом не бисмо се сасвим сложили.

Давање препоруке супружницима од стране органа старатељства односно посредника, да могу да се обрате савјетовалиштима за стручну помоћ, и у праву РС и у праву Федерације БиХ тиче се само прве фазе поступка, коју смо на почетку рада означили као поступак мирења у ужем смислу. Ова могућност не постоји у другом дијелу процедуре. С обзиром на ово, очигледно је да у овим правима нема ни говора о делегирању надлежности у поступку мирења/посредовања са надлежног органа на неке помоћне органе. То се види и из законских одредаба у којима се говори о надлежности „овлашћеног лица“ односно „овлашћеног органа старатељства“ у вези са доношењем одлуке о обустављању поступка, односно састављању записника о поступку мирења/посредовања.⁵⁵ О наводном „компликовању ионако сложеног поступка“ нећемо

⁵¹ З. Поњавић, (2007), стр. 473.

⁵² Кодекс понашања посредника, European Code of Conduct for Mediators, http://www.ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf.

⁵³ ПЗ РС, чл. 60, ст. 1; ПЗ ФБиХ, чл. 48, ст. 1.

⁵⁴ N. Traljić, S. Bubić, *Bračno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2007, стр. 113.

⁵⁵ ПЗ РС, чл. 60, ст. 2 и 3, чл. 62, ст. 1 и 3; ПЗ ФБиХ, чл. 50, ст. 1, чл. 51, ст. 1.

уопште говорити јер прописивање било каквог правила које може довести до задатог циља, не може се сматрати беспотребним.⁵⁶

У случају да се супружници помире, према праву Републике Србије сматраће се да је тужба за развод брака повучена.⁵⁷ Ако мирeње успије, у праву Републике Српске супружници нови поступак мирeња, а самим тим и бракоразводни поступак не могу покренути у року од наредних шест мјесеци.⁵⁸ Уколико ниједан од брачних другова који се нису успјели измирити у наредних шест мјесеци не покрене бракоразводни поступак, дужни су покренути нови поступак мирeња.⁵⁹

Чињеница помирења засвједочава се у форми записника који сачињава суд, односно орган старатељства или други субјект коме је повјерен поступак посредовања.⁶⁰ У праву Републике Србије, судија који је водио поступак мирeња, или који је уступио поступак мирeња неком другом субјекту, на основу записника који садржи изјаве супружника да су се помирили, донијеће рјешење да се сматра да је тужба за развод брака повучена. Ово правно правило није изричито прописано, али на њега недвосмислено упућују одредбе ПЗ-а и ЗПП-а Србије.⁶¹

6. Трајање мирeња

У праву Републике Српске, орган старатељства дужан је заказати рочиште за покушај мирeња у року од 30 дана од дана покретања поступка.⁶² Мирeње се мора окончати у року од два мјесеца, мада се уз сагласност супружника овај рок у пракси често продужава. У праву Федерације БиХ, прописан је рок од

⁵⁶ Код оваквог облика породичне медијације долази до комбиновања посредовања са другим врстама интервенција, нпр. терапијом, савјетовањем и сл. У правној теорији, овакав вид породичне медијације одређује се као „комбиновани модел“ и постоји у упоредном праву. – О овоме, више вид. у: В. Sladović Franz, стр. 15–16.

⁵⁷ ПЗ Србије, чл. 236.

⁵⁸ Према подацима Центра за социјални рад Бијељина, који покрива подручје од неких 150.000 становника, у просјеку, годишње се поднесе око стотину захтјева за спровођење поступка мирeња, с тим да се у десет до петнаест посто случајева супружници заиста измире.

⁵⁹ ПЗ РС, чл. 57, 60, 61 и 64.

⁶⁰ У хрватском праву, након окончања посредовања посредник је дужан сачинити стручно мишљење. Оно мора да садржи податке о избору посредника, социјалну анамнезу за брачне другове, податке о динамици односа у породици, те процјену могућности одржавања партнерских односа у будућности. – Вид. *Pravilnik o osnovnim elementima koje mora sadržavati stručno mišljenje u postupku posredovanja prije razvoda braka*, *Narodne novine R. Hrvatske*, бр. 32/05, чл. 2–5.

У хрватској правној литератури истиче се недостатак поменутог Правилника, јер у њему није предвиђено да стручно мишљење треба да садржи и податке о евентуалним правним посљедицама развода брака (примјера ради, о чувању, васпитању и издржавању дјетета). – О овоме, са упућивањима више вид. у: А. Uzelac et. al., „Aktualni trendovi mimnog rješavanja sporova u Hrvatskoj: dosezi i ograničenja“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 3/2010, стр. 1293–1294.

⁶¹ ПЗ Србије, чл. 231, ст. 3 у вези са чл. 196 и 350 ЗПП-а.

⁶² ПЗ РС, чл. 59, ст. 1.

осам дана за заказивање посредовања, односно два мјесеца за окончање поступка.⁶³

Према Породичном закону Србије, мирење пред судом, односно пред другим субјектом коме је повјерен поступак посредовања, мора се спровести у року од два мјесеца од дана достављања тужбе суду, односно установи.⁶⁴ Из овакве законске норме произлази да рок за окончање мирења, у односу на странке, није исти када суд и други субјекти спроводе мирење. С обзиром на то да суд тужбу добија прије осталих субјеката, очигледно да је мирење пред органом старатељства или другом установом краће у односу на мирење пред судом.

Колико су недоречене законске одредбе у вези са трајањем мирења у праву Србије, видимо и из чињенице да субјекти којима је повјерено посредовање, мирење могу продужити на три мјесеца од дана достављања тужбе. Наиме, толики је рок након кога је суд дужан да сам спроведе мирење. Ново рочиште суд мора одржати у року од 15 дана од дана када је истекао рок од три мјесеца. Међутим, мирење се не мора окончати у том року. Оно се може одвијати на више рочишта о чему одлучује суд, уколико процијени да је измирење могуће.

Иако је једно од обиљежја бракоразводних поступака хитност, анализом законских одредаба у праву Србије, долазимо до закључка да се поступак развода брака може продужити и на неколико мјесеци, па чак и година.⁶⁵ На све ово утичу широко постављени рокови и овлашћења надлежних органа и учесника у поступку, а која се тичу заказивања рочишта, могућности делегирања надлежности, трајања поступка и сл.⁶⁶

Чини нам се, да би било добро када би се у праву Републике Српске рок за заказивање рочишта за мирење скратио на неких осам дана, док би рок за окончање мирења требало продужити, отприлике на неких три мјесеца, јер се то у пракси показало потребним.

7. Закључак

У праву Републике Српске и праву Србије, породична медијација као вид алтернативног рјешавања спорова, регулисана је у виду поступка „посредовања“, односно поступка „мирења“ у брачним споровима. Иако би се на први поглед могло помислити да се ови поступци битно разликују, у принципу веома су слични, прије свега, сврхе су им истовјетне. Обје процедуре

⁶³ ПЗ ФБиХ, чл. 47, ст. 1 и чл. 51, ст. 2.

⁶⁴ Породичним законом Црне Горе, предвиђено је да се поступак мирења мора спровести у року од мјесец дана од дана достављања тужбе посреднику, док поступак нагодбе може трајати најдуже 60 дана од дана неуспјешног окончања поступка мирења. – Вид. ПЗ ЦГ, чл. 331.

⁶⁵ Познат је случај естрадног брачног пара, Бранке и Жарка Данчуа, којима је за правноснажну пресуду о разводу требало пет, о старатељству над дјететом тринаест, висини алиментације девет и диоби заједничке имовине петнаест година.

⁶⁶ Бракоразводни поступак по правилу треба да се оконча на највише два рочишта. – Вид. ПЗ Србије, чл. 204, ст. 3.

имају за циљ измирење супружника и избјегавање развода брака, односно постизање споразума о правним посљедицама престанка брака. Ипак, поред сличних обиљежја, постоје и различитости из којих се анализом могу извући закључци о предностима појединих законских рјешења.

На основу овога, сачинили смо неколико приједлога који би се могли примијенити у будућим законским реформама у Републици Српској и Србији. Примјера ради, закључили смо да би у праву Републике Српске требало учинити појмовно и садржинско разграничење између двије фазе посредовања у брачном спору, тј. требало би предвидјети поступке мирења и нагодбе, слично као што је то урађено у праву Србије. Као један од аргумената за овакво законско рјешење може послужити и корисност учешћа пуномоћника (адвоката) супружника у дијелу који се тиче уређења правних посљедица развода брака, а што сада у нашем праву није случај.

Сматрамо, још, да би се стварна надлежност за вођење поступка посредовања могла проширити са органа старатељства и на друга овлашћена лица, с тим што би се увела могућност споразумног одабира стварно и мјесно надлежног посредника од стране супружника. Судску надлежност у процедури посредовања не сматрамо добрим рјешењем, баш као ни обавезу спровођења поступка мирења у случају споразумног развода. Код развода по тужби, када супружници немају дијете над којим врше родитељско право, мислимо да мирење не треба бити обавезно, али може да постоји као могућност. Мирење супружника треба да служи очувању брака само када то налажу општи интереси, односно интереси дјете за одрастањем у потпуној и хармоничној породици.

У раду се нисмо изјашњавали о неколико веома значајних питања и оставили смо их за будуће расправе, иако смо на њих скренули пажњу. Ту, прије свега, мислимо на тренутак вођења поступка посредовања (прије или након покретања бракоразводног поступка), као и на обавезу одазивања на рочиште за посредовање од стране покретача поступка, односно добровољност посредовања.

На крају, напоменућемо да би у праву Републике Српске и у праву Србије требало порадити на номотехници и језику закона. Рецимо, мора се више рачуна водити о разликовању спора од поступка за разрјешење спора, сврха посредовања мора се прецизније прописати, супружници се не могу „подвргавати“ никаквом савјетовању, услови у погледу узраста дјетета морају бити јасније постављени и сл.

CONCILIATION IN THE PROCEDURE FOR DIVORCE

Summary

In this paper, the author analyzes conciliation in the procedure for divorce. The conciliation is regulated in our law long ago, and its contents has changed over time. Based on the characteristics of a conciliation procedure in our law, it can be considered a form of family mediation. The purpose of mediation is the reconciliation of the spouses and saving marriage, but in case this is not possible, purpose is a deal on the legal consequences of divorce. The author points to problems in the application of laws and propose specific legislative reforms. In the study, the author has used historical and normative method, and has analyzed the legislation of the Republic of Srpska, Serbia, Federation of Bosnia and Herzegovina, Montenegro and Croatia. In conclusion, the author suggests that the law of Republic of Srpska should regulate two phases of mediation, the spouses should have the right to decide about the real and territorial jurisdiction to mediate, should specifically regulate the duration of the mediation process etc.

Key words: Divorce; Family mediation; Conciliation.

УТИЦАЈ РАЗВОДА БРАКА НА РОДИТЕЉСКО ПРАВО (право Републике Србије)¹

Мр Тања Китановић

Апстракт: Аутор у раду указује на промене које узрокује развод брака у сфери вршења родитељског права. У току трајања заједнице живота у браку родитељи врше родитељско право заједнички и споразумно. У случају развода брака, пожељно је да родитељи постигну споразум о форми родитељског старања, при чему се могу определити за заједничко или самостално вршење родитељског права. Суд ће овај споразум акцептирати ако је у најбољем интересу детета. У одсуству споразума родитеља, суд ће сам уредити питање вршења родитељског права, тако што ће одредити његово самостално вршење од стране родитеља коме се поверава дете, док ће други родитељ задржати одређена права и дужности из садржине родитељског права, али не и његово вршење. Развод брака се, дакле, рефлектује на начин остваривања родитељског права. У раду су у фокусу пажње аутора модели вршења родитељског права након развода, предности постизања споразума родитеља у овој области, као и утицај мишљења детета о томе са којим родитељем жели да живи на форму родитељског старања бивших супружника.

Кључне речи: развод брака, родитељско право, споразум родитеља о вршењу родитељског права, мишљење детета, самостално вршење родитељског права, заједничко вршење родитељског права.

Уводне напомене

Традиционална породица са супружницима и децом још увек представља примарно окружење за чување, васпитање и подизање деце. Међутим,

* Мр Тања Китановић, асистент Правног факултета Универзитета у Нишу.

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

последњих година је изразито интензивирао процес афирмације нових форми животних заједница, што је допринело кризи традиционалног модела породице.² Брачне кризе нису особеност модерног доба, али у актуелном временском тренутку све чешће резултирају разводом брака, што актуелизује питање уређења начина вршења родитељског права након развода.

Наиме, док брак траје родитељи врше родитељско право заједнички и споразумно. У случају развода брака, пак, пожељно је да родитељи својим споразумом уреде начин остваривања родитељског старања, при чему се могу определити за опцију заједничког вршења родитељског права или за његово самостално вршење. Овај споразум суд ће акцептирати ако је у најбољем интересу детета. У недостатку споразума родитеља, суд ће својом одлуком уредити вршење родитељског права. При том, суд разведеним родитељима не може наметнути модел заједничког вршења родитељског права, већ једино може одредити његово самостално вршење од стране родитеља коме се поверава дете, док ће други родитељ задржати одређена права и дужности из садржине родитељског права, али не и његово вршење. Развод брака, дакле, не доводи до губитка родитељског права, већ се рефлектује на начин остваривања овог права. Међутим, развод неминовно доводи до промена у сфери вршења родитељског права, с обзиром да разведени родитељи и када заједнички врше родитељско право то не чине на начин како су чинили током трајања брачне заједнице.

Родитељско право – појмовно одређење

Односи између родитеља и деце су у садржинском погледу еволуирали од очинске власти (*patria potestas*) и права живота и смрти (*ius vitae ac necis*) *pater familias*-а у римском праву, до родитељске одговорности за добробит детета, прокламовања принципа посебне законске заштите малолетне деце и нормирања корпуса аутономних права детета у модерним правним системима. При том се овај еволутивни ток рефлектовао и на терминолошко одређење односа родитељи-дете.³

² У том смислу, све је више ванбрачних заједница са децом, једнородитељских породица насталих разводом брака или вештачком оплодњом жене која нема ни брачног ни ванбрачног партнера, као и заједница живота особа истог пола са биолошким или усвојеним потомством. О кризи брака и породице и путевима за њено превазилажење видети: Н. Д. Krause, *Marriage for the New Millennium: heterosexual, same sex – or not at all*, *Deutsches und Europäisches Familienrecht*, Volume 2, Number 4/December, 2000, стр. 208-221, као и М. Младеновић, *Да ли породица има будућност*, Правни живот, бр. 9/1996, стр. 545-559.

³ Термин „очинска власт“, чије је извориште у римском праву, задржао се доста дуго, а познаје га и Српски грађански законик. Данас, пак, у упоредном праву не постоји терминолошка уједначеност када је реч о означавању спектра права и дужности родитеља према деци. Тако, на пример, у Француском грађанском законнику у употреби је термин родитељска власт („l`autorité parentale“), Немачки грађански законик говори о родитељској бризи („Elterliche Sorge“), док су у праву Велике Британије у употреби термини: старање („custody“), родитељска права

Родитељско право се може одредити као право и дужност родитеља да се старају о личности, правима, интересима и имовини своје деце.⁴ Старање о детету обухвата чување, подизање, васпитавање, образовање, заступање, издржавање, као и управљање и располагање имовином детета.⁵ У садржинском погледу, дакле, ово право је сложено и састављено од низа права и дужности родитеља према њиховој малолетној деци. Родитељско право припада родитељима, изведено је из дужности родитеља и постоји у мери која је потребна за заштиту личности, права и интереса детета.⁶ Оно је поверено родитељима, јер се очекује да ће се они, као биолошки творци детета, ревносно и квалитетно старати о њему и да ће му обезбедити оптималне услове за живот, раст и развој. Стога је родитељско право по свом карактеру право функција, састоји се од обавеза и одговорности, а врши се у интересу трећег лица - детета, а не у интересу титулара права – родитеља.⁷ Поред тога, може се говорити и о функционализацији родитељског односа, тј. о родитељском праву као социјалној функцији.⁸ Наиме, друштво је заинтересовано за правилно вршење родитељског права, јер се овим путем осигурава социјализација личности и преношење позитивних друштвених вредности на потомство, чиме се, последично, стварају услови за убрзани друштвени напредак.

Споразум родитеља о вршењу родитељског права

У модерним породичноправним системима споразум супружника ужива привилегован положај у сфери регулисања последица развода.⁹ Брачни партнери су слободни да закључе споразум о правним дејствима развода, чиме им се пружа могућност да задрже добру комуникацију и конструктивне односе у постразводној фази, као и да изнађу решења која ће бити у најбољем интересу заједничке малолетне деце.

(„parental rights“) и родитељска одговорност („parental responsibility“), који је новијег датума, али данас преовлађујући. С обзиром да је термин родитељска одговорност у употреби и у Принципима Европског породичног права, као и у Моделу Породичног закона, чини нам се да он полако преузима примат. Како верно осликава промене у концепту родитељства, овај термин би, приликом неке доцније реформе позитивног законодавства, могао бити акцептиран и у српском праву.

⁴ Тако: З. Поњавић, *Породично право*, Крагујевац, 2005, стр. 246.

⁵ Видети чл. 68-74 Породичног закона Србије (ПЗС), „Службени гласник Републике Србије“, бр. 18/2005.

⁶ Видети чл. 67 ПЗС.

⁷ З. Поњавић, *Уговорно вршење родитељског права*, Правни живот, бр. 10/2008, стр. 237.

⁸ М. Јањић-Комар, *Реформа породичног права - проблеми модернизације*, Правни живот, бр. 9/2004, стр. 891.

⁹ О трендовима у бракоразводном праву, укључујући правне консеквенце развода, опширније: F. Meixner, *Entwicklungstendenzen im in – und ausländischen Familienrecht – zu drei Jahresberichten (Teil 1)*, Deutsches und Europäisches Familienrecht, Volume 1, Number 2/May, 1999, стр. 103-112.

У том смислу, уз предлог за споразумни развод супружници су дужни презентовати суду споразум о вршењу родитељског права над заједничком малолетном децом, који ће суд испитати и унети у изреку пресуде о разводу брака, уколико процени да је у складу са најбољим интересом детета.¹⁰ Ако је, пак, бракоразводна процедура иницирана тужбом, орган пред којим се спроводи посредовање ће настојати да супружници у поступку нагодбе постигну споразум о вршењу родитељског права.¹¹ У оба случаја супружници могу изабрати како самостално, тако и заједничко старање.

Егзистенција споразума, међутим, не искључује у потпуности судску интервенцију, с обзиром да суд *ex lege* одлучује о родитељском праву, тако да ће одлука о форми и свим аспектима вршења родитељског права бити садржана у диспозитиву пресуде о разводу брака, док ће чињеница да су родитељи постигли споразум о деци бити видљива из образложења пресуде. Споразум родитеља, иако га суд акцептира на бази претпоставке да је у интересу детета, најчешће без било каквих модификација, без спровођења истраживања и без консултовања органа старатељства, нема моћ да замени судску одлуку, већ је само основ за њено доношење.¹²

Предности споразума родитеља над правном интервенцијом су вишеструке, а огледају се у чињеници да је усаглашавање ставова родитеља предуслов оптималног задовољавања потреба деце, при чему не треба изгубити из вида да непотребно и неумесно мешање у односе између родитеља и деце може проузроковати поремећаје и сукобе. Оваквим приступом осигурава се приватност и интимност породичног живота. Исто тако, принцип заштите интереса деце треба узети као основ за преиспитивање споразума родитеља, али треба имати у виду да правно регулисање односа коме се родитељи противе не може бити ни реалистично, ни целисходно, па ни ефикасно.¹³

Споразум о деци инициран је презумпцијом да родитељи најбоље знају ко је од њих у позицији да квалитетније врши родитељско право након развода, с обзиром да су им познате личне, материјалне, здравствене, стамбене и друге прилике у којима се налазе, као и комплекс различитих потреба детета. Осим тога, они најбоље могу проценити емоционалну повезаност, тј. осећајну наклоност детета према једном од њих. Стога се оправдано очекује да ће родитељи, руковођени љубављу према свом детету, пронаћи оптимално решење у погледу његовог чувања, васпитања и оспособљавања за самостални живот, имајући при том у виду све специфичности конкретне животне ситуације у којој се дете налази.¹⁴

¹⁰ Видети чл. 40 и чл. 225 ст.1 ПЗС.

¹¹ Видети чл. 240-243 ПЗС.

¹² О правној природи и значају споразума родитеља видети: Г. Ковачек-Станић, *Правни израз родитељства*, Нови Сад, 1994, стр. 67-70.

¹³ М. Обретковић, *Породични односи, старатељство и социјални рад*, Београд, 1987, стр. 120.

¹⁴ Опширније: М. Митић, *Поверавање деце након развода брака*, Зборник Правног факултета у

Ипак, суд треба да испита усаглашеност споразума о вршењу родитељског права са интересима деце, као и да о овоме затражи налаз и стручно мишљење органа старатељства, породичног саветовалишта или друге установе специјализоване за посредовање у породичним односима.¹⁵ У том смислу, судови нису у потпуности лишени контролних овлашћења, али је присутан тренд опадања ауторитативне моћи судова, тако да је њихова моћ, у поређењу са прохујалим временима, далеко мања.¹⁶ Наиме, у пракси судови најчешће поклањају поверење споразуму родитеља, тако да га уносе у изреку пресуде о разводу без спровођења детаљних истражних радњи.¹⁷ Суд ће интервенисати само ако родитељи, због конфликта који постоји међу њима, нису у стању да постигну споразум, када ће бити ангажован орган старатељства, који ће спровести одговарајућа истраживања и на бази тога дати налаз и мишљење о томе ком родитељу треба поверити дете на самостално старање.

Утицај мишљења детета на форму родитељског старања

Одлука о вршењу родитељског права не би требало да се базира на једном извору. У том смислу, пожељно је утврдити мишљење детета, консултовати родитеље и прибавити извештај одговарајуће социјалне службе. Детету, с обзиром да је реч о његовом животу и будућности, а имајући у виду деликатност ситуације у којој се налази, треба омогућити да изрази мишљење о томе са којим родитељем жели да живи након развода, као и о начину одржавања личних односа са другим родитељем.¹⁸ При том, треба имати у виду да дете у питањима која се тичу његовог живота често може дати компетентнију процену од одраслих.

Дете данас ужива статус аутономног правног субјекта и самостални је титулар права. Право детета на слободно изражавање мишљења припада кругу партиципативних права, која омогућавају детету активно учешће у обликовању властитог живота.¹⁹ Породичним законом Србије, међутим,

Нишу, 1986, стр. 9-10.

¹⁵ Видети чл. 225 ст. 1 и чл. 270 ПЗС.

¹⁶ Наведено према: З. Поњавић, *Уговорно вршење родитељског права*, оп. cit., стр. 236.

¹⁷ Годинама уназад судови консултују орган старатељства само када нема споразума о деци, док овај споразум, ако је постигнут, аутоматски прихватају, сматрајући да је он у интересу детета. При том, разлози процедуралне природе (околност да се родитељи одричу права на жалбу) су од круцијалне важности за опредељење судова у правцу заобилажења органа старатељства.

¹⁸ О томе: I. Waite, H. Stead, *Reporting the Wishes and Feelings of Children*, Family Law, Volume 28, January 1998, стр. 44-45.

¹⁹ По Породичном закону Србије, дете које је способно да формира мишљење има право слободног изражавања тог мишљења. Да би дете могло да изрази мишљење, има право да благовремено добије сва потребна обавештења и да му се тиме омогући да формира мишљење. Мишљењу детета мора се посветити дужна пажња у свим питањима која га се тичу и у свим поступцима у којима се одлучује о његовим правима, а у складу са годинама и зрелошћу детета. Дете са навршених 10 година може слободно и непосредно изразити своје мишљење у сваком

није прецизно одређено поље примене овог права детета. Наиме, начин на који је ово право конкретизовано кроз законски текст и предвиђени начини његове реализације могу у примени довести до бројних потешкоћа, пре свега у области породичног живота, где се доноси највећи број одлука, и где није довољно наглашено да се све одлуке које се тичу детета доносе уз уважавање његовог мишљења, а уз успостављање одређених механизма контроле.²⁰

Пре свега, није експлицитно одређено о којим све питањима и у којим правним стварима детету треба дати право да слободно изрази мишљење. У контексту развода брака, једно од спорних питања, које има изузетан практични значај, тиче се дужности родитеља да консултују дете приликом састављања споразума о вршењу родитељског права. Како се мишљењу детета мора посветити дужна пажња у свим питањима која га се тичу, то значи да би и родитељи, приликом састављања овог споразума, требало да саслушају мишљење детета о томе са којим родитељем жели да живи. Међутим, у закону нема експлицитне одредбе о томе да су родитељи дужни да детету омогуће слободно изражавање мишљења о свим питањима која га се тичу, као ни одредбе која би прописивала дужност родитеља да мишљење детета узму у обзир и посвете му дужну пажњу. Поред тога, законодавац не прописује изричито обавезу родитеља да детету пружи све релевантне информације како би могло да формира мишљење, које би потом слободно изразило.

Стога, постојећи концепт права детета на слободно изражавање мишљења препушта савести родитеља одлучивање о да ли ће дете укључити у процес доношења одлука у породици. Наиме, на родитељима је да сами одлуче да ли ће детету пружити неопходне информације, да ли ће му омогућити да изрази мишљење, као и да ли ће уважити изражено мишљење, при чему игнорисање овог права детета од стране родитеља не подлеже никаквим санкцијама. Надамо се да родитељи у пракси консултују дете при састављању споразума о вршењу родитељског права, да детету пружају све потребне информације како би могло да формира мишљење и изврши избор, као и да изражено мишљење узимају у обзир када одлучују са којим родитељем ће дете живети након развода. Ипак, у одсуству експлицитне законске обавезе да то учине и поузданих података из праксе о поступањима родитеља у оваквим ситуацијама, могућ је и супротан закључак. Стога сматрамо да треба конкретизовати обавезе и одговорности родитеља у контексту остваривања права детета на слободно изражавање мишљења у породичној средини.

Поред тога, иако ПЗС предвиђа право детета које је навршило 10 година да слободно и непосредно изрази мишљење у сваком судском и управном поступку у коме се одлучује о његовим правима, из стилизације норми²¹

судском и управном поступку у коме се одлучује о његовим правима (чл. 65 ст. 1-4 ПЗС).

²⁰ Видети: Н. Вучковић-Шаховић, *Права детета и породично законодавство*, зборник радова: Ново породично законодавство, Крагујевац, 2006, стр. 258.

²¹ Видети чл. 265-268 ПЗС.

које регулишу ово питање произилази закључак да дете има право да изрази мишљење само ако се у поступку појављује као странка, док у поступцима у којима није странка, мада се у овим поступцима одлучује о његовим правима, детету законом није признато право да изрази мишљење, односно не постоји дужност суда или административног органа да саслуша мишљење детета.²² Како у поступку за развод брака детету не припада процесни положај странке, то не постоји обавеза суда да детету омогући изражавање мишљења. Међутим, с обзиром да се у поступку за развод одлучује о вршењу родитељског права, а ово питање тангира права и интересе детета, требало би омогућити детету да изрази мишљење, при чему би било добро да закон садржи експлицитну одредбу о томе, као и о процесном положају у коме ће се наћи дете у овим парницама.

У том смислу, било би пожељно изричито нормирати обавезу суда да у бракоразводном поступку најпре истражи да ли су родитељи приликом састављања споразума о вршењу родитељског права омогућили детету да изрази мишљење, као и да ли су уважили његово мишљење. Уколико то није случај, требало би омогућити детету изражавање мишљење у судском поступку. Са друге стране, свесни смо деликатности породичних односа и незахвалне позиције у којој ће се наћи суд када треба да истражи да ли су родитељи поштовали право детета на слободно изражавање мишљења.²³

Самостално вршење родитељског права

Самостално вршење родитељског права је такав облик родитељства разведених родитеља код кога родитељ коме је поверено дете непосредно врши родитељско право, док други родитељ задржава одређена права и обавезе из садржине родитељског права, али не и његово вршење.

Један родитељ ће сам вршити родитељско право на основу одлуке суда када родитељи не воде заједнички живот (дакле и у случају развода брака), ако су закључили споразум о самосталном вршењу родитељског права и суд процени да је он у најбољем интересу детета.²⁴ Поред тога, један родитељ ће сам вршити родитељско право на основу одлуке суда када родитељи не воде заједнички живот, уколико су постигли споразум о заједничком или самосталном вршењу родитељског права, а суд процени да он није у најбољем интересу детета. Најзад, уколико родитељи нису закључили споразум о

²² Видети: Н. Петрушић, *Право детета на слободно изражавање мишљења у новом породичном праву Републике Србије*, зборник радова: Новине у породичном законодавству, Ниш, 2006, стр. 111.

²³ О деликатности утврђивања жеље детета и трауматским последицама које овај поступак може проузроковати опширније: М. Обретковић, *Породични односи, старатељство и социјални рад*, *op. cit.*, стр. 121, као и С. Бубић, *Интервенција друштва у породичним односима*, докторска дисертација, Београд, 1988, стр. 220.

²⁴ Видети чл. 77 ст. 3-5 ПЗС.

вршењу родитељског права, суд ће својом одлуком одредити самостално вршење родитељског права од стране једног родитеља.

Споразум родитеља о самосталном вршењу родитељског права обухвата споразум о поверавању детета једном родитељу, споразум о висини доприноса за издржавање детета од другог родитеља и споразум о начину одржавања личних односа између детета и другог родитеља.²⁵ Овим споразумом се преноси вршење родитељског права на родитеља коме је дете поверено, док ће други родитељ имати право и дужност да издржава дете, да одржава личне односе са њим и да о питањима која битно утичу на живот детета одлучује заједнички и споразумно са родитељем који врши родитељско право. Исто тако, ако суд у бракоразводној парници у одсуству споразума родитеља одлучује о вршењу родитељског права, као и ако постигнути споразум није у интересу детета, мора одлучити о поверавању детета на чување и васпитање једном родитељу, о издржавању детета, као и о начину одржавања личних односа детета са родитељем коме није поверено.

Домаћу бракоразводну стварност карактерише самостално вршење родитељског права од стране мајки, мада нема законских сметњи да се деца повере оцу. Како у стварању људске јединке учествују две особе различитог пола, тако би и старање о детету требало да буде подељено између особа које су учествовале у његовој креацији. Ипак, физичко старање о деци је претежно препуштено мајкама, што је делимично условљено и биолошком везаношћу детета за мајку, која је узрокована околношћу да мајка носи и рађа дете, а да је по рођењу преко процеса дојења дете извесно време и егзистенцијално везано за мајку. Опредељујући се за поверавање деце мајкама, супружници и суд прихватају опцију, у чију успешност, с обзиром на вишевековна позитивна искуства, не треба сумњати.²⁶ Чини нам се да очеви често избегавају обављање свакодневних послова који се тичу старања о деци, правдајући се заузетошћу, а заправо препуштају терет старања мајкама, јер је то уобичајено у сфери послова које обавља жена. Стога, очеви и не упознају рођено дете, његове навике, склоности, жеље и карактер, па у случају развода нису ни заинтересовани за физичко старање о детету.

Са друге стране, због раширеног веровања да су мајке компетентније када је реч о дневном старању о деци, као и због свеprisутног скептицизма у способност очева да се непосредно брину о деци, може се извести закључак да очевима реално није ни пружена шанса да се докажу у родитељској улози, јер им се фактичко старање о деци не препушта, како током трајања брака, тако и по његовом престанку. С тим у вези, све су јачи покрети мушкараца у

²⁵ Видети чл. 78 ПЗС

²⁶ Годинама уназад мајка ужива привилегован положај у нашој бракоразводној пракси, с обзиром да се њој у високом проценту поверавају деца након развода. Опширније: Г. Ковачек-Станић, *Остваривање родитељског права - односи личне природе*, докторска дисертација, Београд, 1991, стр. 59-64. О фаворизованом положају мајке у сфери поверавања деце након развода у САД видети: Н. D. Krause, D. D. Meyer, *Family Law in a Nutshell*, Thomson West, 2007, стр. 206-215.

појединим европским земљама, пре свега у Великој Британији, као и у САД-у, који се залажу за равноправнији третман очева у поступку поверавања деце након развода брака.²⁷

Међутим, мајке које врше родитељско право често се у потпуности посвећују одгајању деце, запостављајући приватни живот, при чему је приметан труд да додатним напорима ублаже смањено присуство оца у животу деце. Али, када деца одрасту и формирају сопствене породице, поред присутног задовољства јер су са успехом обавиле родитељке задатке, мајке остају саме, што је повод за преиспитивања и незадовољства, а ово доводи до нарушавања квалитета живота.

Како је мајка најчешће лошијег економског положаја у односу на оца, развод брака се може негативно одразити на материјални положаја детета. Поред тога, алиментације су често веома ниске, а поједини дужници своје обавезе не извршавају уредно, што додатно компликује материјално стање детета и родитеља са којим оно живи. Допринос родитеља коме дете није поверено по правилу је мањи од оног у току трајања брака. Наиме, у брачној заједници супружници задовољавају потребе детета не водећи рачуна о сразмери вредности њихових престација, с обзиром да су финансије заједничке, а да они теже максималном задовољавању потреба детета. Међутим, након развода родитељ који не живи са дететом обавезу издржавања извршава плаћањем одређених износа, при чему често строго води рачуна о вредности давања, а критичкој оцени подвргава и потребе детета, нарочито пазећи да се дата средства употребе за подмиривање његових потреба, а не потреба супружника коме је поверено.²⁸

Право на личне односе обезбеђује задржавање комуникације између детета и родитеља након развода, развијање осећања љубави и привржености и ублажавање последица одвајања. Захваљујући контактима са дететом, родитељ је у позицији да прати његов развој и подизање, да учествује у његовом васпитању, као и да интервенише када је то оправдано. У питању је специфично право чији су титулари како дете, тако и родитељ који не врши родитељско право након развода.²⁹ Наиме, дете има право да одржава личне

²⁷ Све је бројнија литература која на популаран начин третира ову проблематику (нпр. С. Conrad, *Fathers Matter: A Guide to Contact on Separation and Divorce*, Creative Communications, 2007), а која наилази на одличан пријем код читалаца и покреће бројне дебате у јавности.

²⁸ Погоршање материјалног положаја деце након развода није особеност наше средине. Примера ради, подаци из канадске праксе показују да је екстремно сиромаштво присутно управо у монопаренталним породицама насталим разводом брака. Наведено према: J. D. Рауне, М. А. Рауне, *Canadian Family Law*, Irwin Law, 2008, стр. 5-7 и стр. 474.

²⁹ О правном основу права на личне односе видети: А. Прокоп, *Односи родитеља и дјеце*, Загреб, 1972, стр. 170, М. Јањић-Комар, *Право детета на живот и здравље*, докторска дисертација, Београд, 1981, стр. 106, В. Бакић, *Породично право у СФРЈ*, Београд, 1982, стр. 217, М. Беговић, *Породично право*, Београд, 1959, стр. 119 и О. Цвејић-Јанчић, *Породично право, књига II – Родитељско и старатељско право*, Нови Сад, 2000, стр. 62.

односе са родитељем са којим не живи, родитељ који не врши родитељско право има право и дужност да са дететом одржава личне односе, док је родитељ коме је поверено дете у обавези да омогући личне контакте, при чему неизвршавање ових обавеза од стране родитеља подлеже одговарајућим санкцијама.³⁰ С обзиром да је судском одлуком веома тешко регулисати све појединости контактирања, а како је у одсуству сарадње родитеља принудна реализација овог права скопчана са бројним тешкоћама, споразум родитеља у овој сфери је од огромне важности.³¹ Повреда права на личне односе може имати тешке последице, посебно психолошке, по дете и родитеља који је осујећен у намери да оствари контакт. Имајући у виду осетљивост и важност остваривања овог права, родитељи се, по исцрпљивању домаћих правних средстава, могу обратити и Европском суду за људска права.³²

Концепт споразумног одлучивања о питањима од битног значаја за дете омогућава, у извесном смислу, вршење родитељског права и од стране родитеља коме није поверено дете.³³ Међутим, уколико су родитељи у лошим односима након развода, ако нису успели да превазиђу анимозитет, конфликте и међусобну нетрпељивост, реално је очекивати да неће бити у стању да дете држе ван сукоба, као и да неће успети да постигну сагласност о питањима од важности за дете. Ипак, пракса показује да су ретки случајеви споразумног одлучивања разведених родитеља о питањима од битног значаја за дете, с обзиром да родитељ који не живи са дететом своју бригу за дете из разведеног брака најчешће своди на повремено виђање са њим и на давање издржавања.

Заједничко вршење родитељског права

Концепт заједничког вршења родитељског права базира се на идеји о подједнако важној улози оба родитеља за правилан психофизички развој детета, као и на принципу равноправности родитеља у односу на дете и тежњи за очувањем везе између детета и родитеља и након развода брака. Позитивни ефекти заједничког старања рефлектују се на све учеснике родитељскоправног односа. Наиме, заједничко старање има позитиван психолошки ефекат на родитеља који не живи са дететом, стимулише га да интензивно учествује у животу детета и мотивише да савесно извршава обавезе према детету. Дете, пак, преко заједничког старања задржава блиске релације са оба родитеља. Најзад, родитељи су равномерније оптерећени обавезама око подизања детета, што је од посебног значаја за родитеља са којим дете живи.

³⁰ Видети чл. 61, 78 и 81-82 ПЗС.

³¹ О модалитетима и учесталости контактирања између деце и родитеља по разводу видети: А. Mitchell, *Children's Experience of Divorce*, Family Law, Volume 18, December 1988, стр. 460-463.

³² О пракси овог суда у домену остваривања права на личне односе видети: О. Цвејић-Јанчић, *Заштита родитељског права и права детета*, Правни живот, бр.10/2009, стр. 856 и даље.

³³ О тешкоћама око одрживости концепта вршења родитељског права у контексту заједничког одлучивања родитеља о битним питањима видети: Г. Ковачек-Станић, *Правни израз родитељства*, op. cit., стр. 112.

Модел заједничког вршења родитељског права након развода инкорпорисан је у правни систем Србије Породичним законом из 2005. године, тако да још увек није доживео пуну афирмацију у пракси.³⁴ Ипак, за очекивати је да ће се родитељи у будућности, са упознавањем очигледних предности заједничког старања, све чешће опредељивати за ову форму старања. Родитељи врше родитељско право заједнички и споразумно и када не воде заједнички живот ако закључе споразум о заједничком вршењу родитељског права и ако суд процени да је он у најбољем интересу детета. Овим споразумом родитељи се саглашавају да ће родитељска права и дужности обављати заједнички, међусобним споразумевањем, које мора бити у интересу детета, а саставни део споразума је и споразум о томе шта ће се сматрати пребивалиштем детета.³⁵

С обзиром да заједничко старање захтева висок степен сарадње родитеља на плану одгајања детета, оно се у српском праву заснива на принципу добровољности. Међутим, све су бројнији упоредноправни системи у којима егзистира презумпција о заједничком вршењу родитељског права након развода, тако да је модел самосталног старања сведен готово на ранг изузетка.³⁶ Са друге стране, у литератури се наводи да конструкција заједничког старања потхрањује делимично илузорну представу о томе да је развод родитеља за дете тако подношљивији, јер су оба родитеља, као блиске особе које служе за узор, у контакту са дететом, што није у складу са реалношћу, с обзиром да постоји опасност да дете разводом изгуби контакт са једним родитељем.³⁷

Заједничко вршење родитељског права има два појавна облика: заједничко правно старање (*legal joint custody*) и заједничко фактичко старање (*physical joint custody*). Заједничко правно старање обухвата споразумно одлучивање родитеља о свим питањима од битног значаја за дете, док заједничко фактичко старање подразумева да ће оба родитеља узети учешће у дневном старању о детету. Овакав концепт заједничког вршења родитељског права пружа родитељима могућност да начин остваривања заједничког старања прилагоде сопственој животној ситуацији. Практично, бивши супружници се могу определити за опцију сталног живљења детета у дому једног родитеља, при чему ова ситуација наликује самосталном вршењу родитељског права, или за варијанту по којој би дете наизменично одређено време живело код мајке, а потом код оца. При том, у интересу правне сигурности и несметаног одвијања

³⁴ Иако суд у време важења Закона о браку и породичним односима („Сл. гласник СР Србије“, бр. 22/1980, 11/1988, 22/1993, 25/1993, 35/1994, 46/1995 и 29/2001) формално није могао донети одлуку о заједничком вршењу родитељског права, у теорији је изражен став да он није предвиђао правне препреке које би онемогућавале родитеље да постигну споразум о овој форми старања након развода. Тако: О. Цвејић-Јанчић, *Заједничко вршење родитељског права*, Правни живот, бр. 9/1997, стр. 692.

³⁵ Видети чл. 75 ст. 2 и чл. 76 ПЗС.

³⁶ Примера ради, претпоставка о заједничком старању разведених родитеља присутна је у Немачкој, Шведској, Француској, Белгији, Холандији, као и у неким државама САД-а.

³⁷ Наведено према: D. Schwab, *Familienrecht*, Verlag, C. H. Beck, München, 2008, стр. 155.

правног промета, родитељи морају постићи споразум о пребивалишту детета. У пракси, међутим, пребивалиште детета је показатељ фактичког старања о њему. Родитељ код кога дете нема пребивалиште, суштински губи право да чува дете, односно уступа право чувања другом родитељу, док родитељ код кога је пребивалиште детета добија одлучујућу улогу не само у погледу чувања детета, већ и у вршењу других права из садржине родитељског права.³⁸

С обзиром да популацију Србије не карактерише превелика мобилност, заједничко вршење родитељског права добија на актуелности и практичној применљивости.³⁹ При том је, у зависности од конкретне животне ситуације, оствариво како правно, тако и фактичко заједничко старање.⁴⁰ Наиме, уколико супружници живе у истом граду, нема значајнијих препрека у правцу заједничког вршења родитељског права. Штавише, услед тешке економске ситуације разведени супружници често нису у могућности да адекватно реше стамбено питање, тако да настављају живот у заједничком стану или кући и након развода. Како у овој ситуацији нема просторне дистанце између деце и родитеља, организација породичног живота не трпи значајније измене, тако да родитељи могу несметано наставити да се заједнички фактички старају о деци.

Могућност заједничког и споразумног одлучивања о питањима од битног значаја за дете носи са собом опасност од настанка сукоба између родитеља, који неће увек имати исти став по одређеном питању, с обзиром да и у току трајања брака нису ретки случајеви размимоилажења супружника, а ова опасност је присутнија уколико су у питању разведени супружници, чије односе често карактерише мање изражена спремност за дијалог, нижи степен толеранције, смањена флексибилност и неспремност да се прихвати гледиште друге стране, које је можда реалније и повољније за дете. Иако конфликт може бити јаког интензитета и на први поглед нерешив, уз посредовање одговарајућих стручних лица и служби може бити разрешен изналажењем решења које је прихватљиво за оба родитеља.

³⁸ Наведено према: Г. Ковачек-Станић, *Породично право: партнерско, деље и старатељско право*, Нови Сад, 2007, стр. 315.

³⁹ У земљама које су много пре нас увеле заједничко старање, у почетној фази његове примене је било пуно проблема, тако да је ова форма родитељског старања временом, пошто су уочене њене предности, стекла популарност и постала доминантан вид родитељског старања разведених супружника. Опширније о почетним проблемима у примени заједничког старања у Великој Британији и Норвешкој: L. Parkinson, *Child Custody Orders: A Legal Lottery?*, Family Law, Volume 18, January 1988, стр. 26-30. Такође, у Канади је присутан тренд све чешћег одређивања заједничког старања. На пример, 2002. г. заједничко старање је одређено у 41,8% развода, док је самостално старање поверено мајци у 49,5% а оцу у 8,5% бракоразводних предмета. Насупрот томе, 1988. г. је самостално старање било поверено мајци у близу 80% случајева. Наведено према: J. D. Payne, M. A. Payne, *Canadian Family Law*, op. cit., стр. 7.

⁴⁰ О тешкоћама са којима се суочавају деца над којом родитељи имају заједничко физичко старање видети: J. Wallerstein, S. B. Corbin, *Father – Child Relationships after Divorce: Child Support and Educational Opportunity*, Family Law Quarterly, 1986, 20 (2), стр. 30.

Међутим, домаће право не предвиђа опцију обраћања надлежном органу чији би задатак био да настали конфликт реши. У овој ситуацији једина алтернатива је обраћање суду са захтевом да се заједничко вршење родитељског права трансформише у самостално. Са једне стране, немогућност договарања имплицира неспремност родитеља да остваре задовољавајући ниво сарадње у сфери старања о детету, што изискује и оправдава досуђивање самосталног старања. Са друге стране, чини нам се да се оваквим решењем олако одустаје од заједничког старања које има и значајних предности. У том смислу, постојеће решење је преоштро, јер се при појави првих проблема у реализацији заједничког старања прибегава његовом укидању, при чему се не води довољно рачуна о значају ове форме вршења родитељског права, како за дете тако и за родитеље.

Стога би било пожељно нормирати механизме и поступке за превазилажење сукоба родитеља у домену постизања споразума о питањима од битног значаја за дете. У том смислу, могла би бити предвиђена могућност обраћања органу старатељства, који би посредовао између родитеља у циљу изналагања оптималног решења, док би обраћање суду у циљу измене одлуке о вршењу родитељског права било могуће, уколико напори на плану разрешења неспоразума родитеља не резултирају конструктивним решењем.

Tanja Kitanović, LL.M.

Assistant, Faculty of Law, Niš

***THE IMPACT OF DIVORCE ON THE PARENTAL RIGHT
(in the Legislation of the Republic of Serbia)***

Summary

In this paper, the author discusses the impact of divorce and the changes it causes in the field of parental right to custody. In the course of living in matrimony, the parents they have a joint and consensual custody of their under-aged children (minors). In case of a divorce, it is highly practical for the parents to come to a mutual agreement on the form of custody. In exercising their right to custody, parents may opt for a joint custody or a sole custody. The court will accept their mutually agreed custody arrangement providing that it is in the best interest of the child. If the parents have failed to come to an agreement on the form of custody, the court is entitled to regulate this issue and determine which parent shall be given custody; the other parent shall not have the right to custody but he/she will still be entitled to some other parental rights and duties. Therefore, divorce has a significant impact on the manner of exercising the right to custody. In this paper, the author focuses on the models of exercising the right to custody after the divorce, the advantages of the parents' mutual agreement on the custody arrangement, as well as the impact of the child's opinion (i.e. freedom to choose the parent he/she would like to live with) on the final judicial decision on the form of custody which is to be exercised by the former spouses.

OSTAVLJANJE LEGATA

Dr Ilija Babić*

Apstrakt: Legat je odredba testamenta kojom testator ostavlja određenom licu jednu ili više stvari ili pravo (prava), nalaže neko činjenje ili nečinjenje, ali tako da ispunjenje ovih prestacija poverilac može zahtevati od naslednika ili legatara.

Rimsko civilno pravo poznavalo je: *legatum per vindicationem*, *legatum per damnationem*, *legatum sinendi modo* i *legatum per praeceptionem*. *Legatum per vindicationem* bio je osnov za sticanje prava svojine ili drugog stvarnog prava, u momentu smrti ostavioca. Pod uticajem rimskog prava stvarnopravnu prirodu legata usvojio je Francuski građanski zakonik iz 1804. Obligacionu prirodu legata usvojili su: Opšti austrijski građanski zakonik iz 1811, Srpski građanski zakonik iz 1844, Nemački građanski zakonik iz 1896, Švajcarski građanski zakonik iz 1907, zakoni o nasleđivanju država proisteklih iz SFRJ i Zakon o nasleđivanju Republike Srpske.

Dužnik legata je naslednik ili legatar (*sublegat*). Legat može biti ostavljen zaveštaočevom poveriocu (*legatum debiti*), ili dužniku zaveštaoca (*legatum liberationis*); može imati za predmet zaveštaočevo potraživanje (*legatum nominis*), stvari određene po rodu (*legatum generis*), zbirnu stvar (*universitas rerum*) ili individualno određene stvari (*legatum speciei*).

Legat pada ako legatar ne može ili neće da ga primi. Pravo da se zahteva legat zastareva za jednu godinu od dana proglašenja testamenta, odnosno od dana kada je legatar saznao za to pravo i bio ovlašćen da zahteva legat.

Ključne reči: legat, legatar, sublegat, prelegat, priroda legata, vrste legata, prestanak legata.

I. POJAM

1. Uopšte

Sloboda testiranja omogućava zaveštaocu da svojom voljom odredi sadržinu testamenta. Zaveštalac najčešće testamentom postavlja naslednike. Svojstvo testa-

* Др Илија Бабић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци.

menta ima, međutim, i poslednja izjava volje fizičkog lica kojom se ne postavlja naslednik, nego se vrši raspolaganje zaostavštinom na drugi način, nalažu pojedine prestacije u vezi sa zaostavštinom i slično. Najznačajnija odredba testamenta je određivanje naslednika, ali njime može biti ostavljen jedan ili više legata, određen zamenik (supstitut) naslednika ili legatara, izvršilac testamenta, postavljeni uslovi ili rokovi, nalozi, izvršeno raspolaganje u dozvoljene svrhe, odnosno osnivanje zadužbine. Testament može sadržavati i odredbu o oproštaju od nedostojnosti, o isključenju ili lišenju nužnog naslednika, o opozivu ranijeg testamenta, ali i odredbe koje imaju prvenstveno statusni značaj (priznanje očinstva ili materinstva). Ovaj rad nastoji da istorijski, komparativno i kritički ispita zakonske odredbe o legatu.

2. Pojam legata. Razgraničenje

Legat¹ je odredba testamenta (poslednje volje zaveštaoca) kojom testator ostavlja određenom licu jednu ili više stvari ili pravo (prava), nalaže neko činjenje ili nečinjenje, ali tako da ispunjenje ovih prestacija ovlašćeno lice (poverilac) može zahtevati od naslednika ili legatara.² Testament kojim je ostavljen samo legat ili je, pored postavljanja naslednika, ostavljen i legat, proizvodi dejstvo samo za slučaj smrti testatora. U slučaju da ne proizvodi dejstvo *mortis causa*, takva izjava volje ne predstavlja legat nego neki drugi pravni posao.³ Legatar, kao i naslednik, mora biti određen (član 101. Zakona o nasljeđivanju Republike Srpske – ZON⁴). Odredba testamenta kojom se nekom licu ostavlja neka stvar ili pravo, naziva se legat, ali i sama stvar ili pravo, koja je predmet testamenta. Na sličan način sadržinu legata određuje član 108. ZON.⁵ Lice koje stiće neku stvar ili pravo naziva se legatar, a ako je obaveza naložena legataru da iz onoga što mu je ostavljeno legatom da neku stvar ili pravo trećem, ono, u tom slučaju stiće svojstvo sublegatara, a stvar ili pravo koju potražuje od legatara, sublegat.

¹ Latinska reč *legatum* označava ono što se nekome testamentom ostavlja.

² Član 141. Zakona o nasljeđivanju Srbije („Službeni glasnik RS“, broj 46/95) legat označava arhaičnim nazivom iz Srpskog građanskog zakonika – isporuka. Relevantna pravna književnost između dva svetska rata nije, međutim, usvojila taj naziv. O kritici arhaičnih naziva u Zakonu o nasljeđivanju Srbije vidi: Babić, Ilija, O „novim“ (arhaičnim) izrazima u Zakonu o nasljeđivanju, *Pravni život*, broj 10/2001.

³ Kreč, Milan i Pavić, Đuro, *Komentar Zakona o nasljeđivanju*, Narodne novine, Zagreb, 1964, strana 271.

⁴ „Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 1/2009. Vidi o sadržini legata: član 141. Zakona o nasljeđivanju Srbije; član 45. Zakona o nasljeđivanju Hrvatske („Službene novine“, broj 48/2003); član 89. Zakona o nasljeđivanju koji se primenjuje u FBiH, kao federalni zakon na osnovu člana IX 5. Ustava Federacije Bosne i Hercegovine („Službeni list SR BiH“, br. 7/80 i 15/80) i član 100. Zakona o nasljeđivanju Crne Gore („Službeni list CG“, broj 74/2008).

⁵ Legat su definisali na sličan način član 141. stav 1. Zakona o nasljeđivanju Srbije (legat je u Srbiji označen kao isporuka), član 100. stav 1. Zakona o nasljeđivanju Crne Gore, Zakon o nasljeđivanju koji važi u FBiH, dok definiciju legata (zapisa) ne određuje Zakon o nasljeđivanju Hrvatske.

Zaveštalac legataru ostavlja testamentom “jednu ili više određenih stvari ili neko pravo određenom licu” (član 108. stav 1. ZON)⁶. Suprotno tome, zaveštalac postavlja naslednika tako što mu ostavlja celokupnu imovinu ili deo te imovine određen prema celini. Naslednikom se smatra i onaj kome je testamentom ostavljena “jedna ili više određenih stvari ili prava, ako se utvrdi da je volja zavještaoca bila da mu to lice bude nasljednik” (član 101. stav 3. ZON).⁷ Kada je nejasno da li je jedno lice legatar ili nasljednik, kao nasljednik se smatra ono lice kome je testamentom stvar ili pravo ostavljena neposredno, direktno (tako da ih stiče u momentu smrti testatora). Najčešće, svojstvo legataru ima ono lice kome je stvar ili pravo ostavljeno indirektno – tako što je naloženo testamentarnom nasledniku da iz onoga što mu je ostavljeno dâ neku stvar ili pravo određenom ili odredivom licu.

Legatar je singularni sukcesor koji ima samo potraživanje prema jednom ili više lica kojima je njeno ispunjenje naloženo, dok je nasljednik *ipso iure* univerzalni sukcesor, u momentu smrti ostavioca.⁸ Svojstvo poverioca legatar stiče od trenutka smrti zavještaoca, a pravo svojine na stvarima koje su predmet legata legatar stiče u momentu kada mu dužnik legata preda stvari.

Legat se razlikuje od poklona za slučaj smrti (*donatio mortis causa*)⁹, iako ova dva instituta imaju i zajedničke osobine. Tako, poklon za slučaj smrti, kao i legat, proizvode dejstvo pod uslovom da poklonoprimac i legatar nadžive poklonodavca, odnosno testatora. Važenje legata i ugovora o poklonu za slučaj smrti prestaju ako legatar umre pre zavještaoca. I legatar i poklonoprimac stiču obligaciono pravo u momentu smrti testatora odnosno poklonodavca. Legat ostavljen zakonskom nasledniku uračunava se u njegov zakonski nasledni deo kao i poklon (v. čl. 51. i 52. ZON).

Značajnije su, međutim, razlike između poklona za slučaj smrti i legata. Poklon za slučaj smrti je ugovor obligacionog prava, a legat (sublegat) institut naslednog prava. Ugovor o poklonu za slučaj smrti predaju stvari i sticanje prava svojine vezuje za činjenicu smrti poklonodavca, ali se na njega primenjuju pravila obligacionog prava i odredbe zakona koji uređuju formu ugovora i načine sticanja prava svojine. Forma, sadržina i dejstvo legata (sublegata) regulisani su Zakonom o nasljeđivanju. Poklon za slučaj smrti samo se vezuje za činjenicu smrti, a ne za institut nasljeđivanja. Predaja predmeta poklona tereti sve naslednike, dok legatar ima pravo da traži izvršenje legata od lica kome je testamentom naloženo da legat

⁶ Slično rešenje sadrži i član 141. stav 1. ZON Srbije.

⁷ Takvo rešenje usvojio je i član 114. stav 3. ZON Srbije.

⁸ Kad je zaveštalac svojim testamentom odredio tužene za svoje naslednike, a svom bračnom drugu ostavio polovinu još neplaćenih i budućih prihoda od zavještaočevih autorskih prava, onda se ovakvo raspolaganje ostavioca ima uzeti kao njegova namera da svom bračnom drugu ostavi legat, a ne nasleđe, jer su u pitanju tražbena prava iz autorskih ugovora ostavioca, a ne njegova autorska imovinska prava koja ima na autorskim delima (Odluka VSS Rev – 1968/82, ZSOGP; PRIS).

⁹ O poklonu za slučaj smrti vidi: Babić, Ilija, *Ugovori građanskog prava – posebni deo obligacionog prava*, Službeni glasnik i Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2008, str. 97 i 98.

izvrši – naslednika ili legatara (vidi član 109. ZON). Kad je povređen nužni deo prvo se smanjuju raspolaganja testamentom – i legati, a ukoliko nužni deo time ne bi bio namiren, vraćaju se i pokloni. Raspolaganja testamentom, uključujući i ostavljanje legata, u slučaju povrede nužnog dela, smanjuju se u istoj srazmeri, bez obzira na njihovu prirodu i njihov obim i bez obzira da li se nalaze u jednom ili više testamena, ako iz testamenta ne proizlazi što drugo (vidi član 41. ZON). Suprotno tome, u slučaju povrede nužnog dela, kada smanjenjem testamentarnih raspolaganja nije namiren nužni deo, vraćaju se pokloni, ali počev od poslednjeg poklona i dalje “obrnuto redu kojima su pokloni činjeni” – član 43. stav 1. ZON.

II. ISTORIJAT

U rimskom civilnom pravu (period civilnog prava trajao je od 754. do 201. godine pre naše ere) bila su poznate četiri vrste legata (razlikovali su se prema pretpostavkama za nastanak, prema formi i dejstvu), i to: 1) *legatum per vindicationem*, 2) *legatum per damnationem*, 3) *legatum sinendi modo* i 4) *legatum per praeceptionem*.

Legatum per vindicationem nastajao je ako je dequjus upotrebio reči *do* (dajem) ili *lego* (legiram). Na osnovu ovog legata pravo svojine ili drugo stvarno pravo neposredno je prelazilo na legatara. Legatar je mogao naslednika tužiti stvarnopravnim tužbama – na primer, reivindikacionom tužbom za predaju legirane stvari.

Legatum per damnationem određivao se upotrebom izraza: *heres damnas esto dare...* (“moj naslednik je obavezan da preda...”). Na taj način nastajao je obligacioni odnos (kvazikontrakt). Legatar je bio ovlašćen da zahteva od naslednika ispunjenje legata ličnom tužbom *actio ex testamento*.

Legatum sinendi modo određivan je rečima: *heres meus damnas esto sinere* (“moj je naslednik dužan dopustiti”). Naslednik je dužan da dopusti (trpi) da legatar uzme legirani predmet, pa je u ovom slučaju nastao obligacioni odnos.

Legatum per praeceptionem nastajao je upotrebom reči *praeceptio* (uzeti). Sabinovci (*Sabiniani*)¹⁰ su smatrali da se ovaj tip legata naređivao u korist jednog od sanaslednika koji je stvar uzimao pre nego što se izvrši deoba zaostavštine (a deoba se sprovodila na ostatku zaostavštine). Prokulovci (*Proculiani*)¹¹ su pravo na legat proširivali i na honorata koji nije sanaslednik i davali mu stvarnopravno dejstvo.¹²

¹⁰ Sabinovci (lat. *Sabiniani*) su pristalice tzv. sabinovske pravne škole u Rimu. Nastala je početkom principata i trajala do polovine II veka naše ere. Osnivač ove škole je pravnik Gaj Atej Kapiton (*Gaius Ateius Capito*), ali ime potiče od nastavljača škole Masurija Sabina (*Massurius Sabinus*) – Romac, Ante, *Rječnik rimskog prava*, Informator, Zagreb, 1975, strana 496.

¹¹ Prokulovci (lat. *Proculiani*) su pristalice tzv. prokulovske pravne škole u Rimu koja je postojala od početka I do kraja prve polovine II veka naše ere. Školu je osnovao Antistije Labeon (*Labeo Antistius*), ali je nazvana po nastavljaču škole pravniku Prokulu (*Proculus*) – Romac, Ante, *op. cit.*, strana 455.

¹² Horvat, Marijan, *Rimsko pravo*, Školska knjiga, Zagreb, 1974, strana 340.

U ranom klasičnom pravu (trajalo je od 27. godine pre naše ere do 235. godine naše ere) jurisprudencija je, tumačenjem, *legatum per vindicationem* približila *legatum-u per praeceptionem*, a *legatum sinendi modo legatum-u per damnationem*. Važila su, praktično, dva oblika legata: *legatum per vindicationem*, koji je imao stvarnopravno dejstvo, i *legatum per damnationem*, koji je imao obligaciono dejstvo, sa uprošćenim formama. Naime, ako nisu bile ispunjene pretpostavke forme za određeni legat, ali je po sadržini odgovarao drugoj vrsti legata, smatralo se da je sačinjen u toj drugoj formi. U postklasičnom pravu (trajalo je od 235 – 565. godine naše ere) potpuno su nestale svečane forme. Najzad je u Justinijanovom pravu stvoren jedan tip legata koji je imao realna (stvarnopravna) ili obligacionopravna dejstva. Shodno tome, legatar je mogao izabrati akciju *in rem* ili *in personam*.¹³

U rimskom pravu, poslednja izjava volje ostavioca u pogledu raspolaganja imovinom za slučaj smrti, kojom nije postavljan naslednik predstavljala je *codicil*.¹⁴ Imenovanje naslednika u rimskom pravu bilo je punovažno samo ako je učinjeno testamentom. Kodicil je, najčešće, za sadržinu imao određivanje fideikomisa. Prvobitno su imali dejstvo običnog privatnog pisma upućenog nasledniku s molbom da on nešto učini u korist trećih. Pravnu zaštitu fideikomisa sadržanog u kodicilima prvi je dozvolio Avgust. Kodicil je zatim dobio karakter javne isprave koja je sastavljena u prisustvu svedoka. Ostavilac je mogao narediti da će njegov testament, ako nije punovažan zbog nekih nedostataka, imati karakter kodicila (kodicilarna klauzula).¹⁵

III. PРАВНА ПРИРОДА LEGATA

1. Stvarnopravna priroda legata

U rimskom pravu, *legatum per vindicationem* bio je osnov za sticanje prava svojine ili drugog stvarnog prava, u momentu smrti ostavioca, a legatar je predaju stvari mogao zahtevati akcijom *in rem*. Takvo rešenje usvojeno je u Francuskom građanskom zakoniku iz 1804. godine (CCF). Univerzalni legatar, posle smrti testatora, stiče na stvarima pravo svojine. Od tog momenta, “univerzalni legatar je ovlašćen da zahteva predaju svih stvari koje su navedene u testament” (član 1004. CCF). “U istim slučajevima, univerzalni legatar imaće pravo korišćenja stvari koja su navedena u testamentu, računajući od momenta smrti, ako je zahtev za predaju legata bio podnesen u tekućoj godini, a ako to nije slučaj, korišćenje će početi onda kad to sud odredi, ili od dana kada je legat mogao da bude dobrovoljno predat” (član 1005. CCF).

¹³ Uporedi: Horvat, Marijan, *op. cit.*, str. 339. i 340; Salkovski, Karl, *Institucije s istorijom rimskog privatnog prava*, Državna štamparija Kraljevine Srbije, Beograd, 1894, str. 550–552; Stanojević, Obrad, *Rimsko pravo*, Pravni fakultet – Dosije, Beograd, 1997, str. 244–246; Stojčević, Dragomir, *Rimsko privatno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1985, str. 322. i 323.

¹⁴ Latinska reč *codicilli* se prevodi kao pismo, molba, naredba.

¹⁵ Romac, Ante, *Rječnik rimskog prava*, Informator, Zagreb, 1975, strana 107.

2. Obligaciona priroda legata

Legatar (sublegatar) ne stiče na stvari koja je predmet legata (sublegata) pravo svojine ili neko drugo građansko pravo, u momentu smrti ostavioca, nego samo potraživanje prema dužniku legata. Legatar, prema tome, stiče prema nasledniku ili legataru obligaciono pravo – potraživanje.¹⁶ U momentu smrti ostavioca legatar stiče svojstvo poverioca legata (sublegata), a naslednik ili legatar su dužnici legata (sublegata). Obligacionu prirodu legata usvojio je Opšti austrijski građanski zakonik iz 1811 (OAGZ). Tako je u paragrafu 684. OAGZ propisano: “Legatar stiče po pravilu (paragraf 699) odmah po smrti zaveštaoca pravo na legat za sebe i svoje poslednike. Ali pravo svojine na zaveštanu stvar može se steći samo po propisima sadržanim u poglavlju petom o sticanju svojine”.¹⁷

Stav da legat ima obligacionu prirodu preuzeo, prihvatio je Srpski građanski zakonik iz 1844. godine (SGZ).¹⁸ Legat se može ostaviti samo testamentom. Zakon ne propisuje obavezu ostavljanja legata.¹⁹ Paragraf 469. SGZ prvo, kazuistički, određuje pojam legata: “Kad zaveštalcu u svom testamentu, ili dokumentu, jednu ili više stvari poimenice ostavi jednom ili drugom, npr. baštinu, kuću, njivu, livadu, pokućanstvo, konja, vola, kravu, les, rušadinu, nakit, sersan, oružje, ili ovoliko ili onoliko novaca itd. onda se ta stvar smatra kao poklon ili isporuka ili legat”. Obligaciona priroda legata određena je, zatim, u paragrafu 471. SGZ: “Ako li zaveštalcu takvu stvar ostavi drugom kom, koji nije naslednik, onda će naslednik dužan biti iz nasleđenoga imanja kao osobitu isporuku isporučiti”.

Nemački građanski zakonik iz 1896. (NGZ) i Švajcarski građanski zakonik iz 1907. (ŠvGZ) usvojili su, takođe, obligacionu prirodu legata. Paragraf 2174. NGZ, u tom smislu, propisuje da: “Legat stvara legataru pravo da zahteva od opterećenog da mu preda predmet legata”. Član 484. ŠvGZ određuje da se testamentarno raspolaganje po osnovu legata može činiti sa slobodnim (raspoloživim delom) delom koji ne podleže nužnom nasleđivanju. Legat može zavisiti od predmeta nasleđivanja, kompletnog ili delimičnog plodouživanja, “ili se naslednici ili legatari mogu obavezati da nešto učine za vrednost tih dobara, prezentaciju u korist jednog lica ili da ga oslobode duga” (st. 1. i 2). Radnje koje mogu biti naložene legatom su, u stvari,

¹⁶ Marković, Lazar, *Nasledno pravo*, Beograd, 1930, strana 258.

¹⁷ Poglavlje peto reguliše sticanje svojine predajom. Stvari koje imaju vlasnika, stiču se posredno, kada sa vlasnika prelaze na nekog drugog (par. 423. OAGZ). Osnov sticanja je ugovor, naredba za slučaj smrti, sudska odluka ili naređenje zakona (par. 424. OAGZ). Sam osnov nije dovoljan za sticanje svojine. Izvan slučajeva određenih u zakonu, pravo svojine i sva stvarna prava mogu se steći, kada se po zakonu predaju i prime (par. 425. OAGZ). Pokretne stvari stiču se predajom, a nepokretne upisom u javne knjige (vidi par. 246 – 446. OAGZ).

¹⁸ Đorđević, Andra, *Sistem privatnog (građanskog) prava, četvrta knjiga: Nasledno pravo*, Državna štamparija Kraljevine Srbije, Beograd, 1910, strana 16.

¹⁹ *Ibidem*.

prestacije koje čine predmet obligacije. Član 484. stav 3. ŠvGZ izričito propisuje: “Dužnik legata neke određene stvari koja se ne nalazi u zaostavštini je oslobođen (da ispuni legat), osim ako suprotno ne proističe iz raspolaganja”.

Rešenja usvojena u rimskom pravu preuzeta su, prema tome, različito u velike kodifikacije građanskog prava. Nedorečene odredbe republičkih zakona o nasleđivanju koji su važili u SFRJ, te sada važeće odredbe zakona o nasleđivanju u državama nastalim na području bivše SFRJ, izazivaju nedoumicu – da li legatar stiče u momentu smrti ostavioca stvarno (ili neko drugo prenosivo pravo, kao što je to slučaj sa naslednikom) ili stiče samo obligaciono pravo (potraživanje)?

Po jednom mišljenju legati mogu biti vindikacioni i damnacioni. Vindikacioni legati su prava koja legatarima zasnivaju pravnu vlast u pogledu pojedinih ostavljenih stvari – tako, ako je predmet legata stvar, u momentu smrti testatora legatar stiče pravo svojine na stvari koja je predmet legata, bez ičijeg posredovanja. Svojstvo vindikacionog legata, shodno tome, ima sticanje predmeta domaćinstva manje vrednosti. Damnacioni legat je pravo koje legataru ovlašćuje da od naslednika zahteva ispunjenje određene prestacije, na teret onoga što je naslednik stekao nasleđivanjem.²⁰ Slična ovoj podeli je i podela legata na indirektni (posredni) i direktni (neposredni) legat. Indirektni legat obavezuje naslednika ili legataru da iz onoga što mu je namenjeno za slučaj zaveštaočeve smrti, ispuni prestaciju legataru. Direktni legat nastaje kad zaveštalac testamentom neposredno iz zaostavštine ostavi legataru jednu ili više individualno određenih stvari ili neko pravo određenom licu koga nije postavio za svog naslednika, a da nije odredio koji je naslednik u obavezi da ispuni legat.²¹ Shodno tome, predmete domaćinstva manje vrednosti određena lica stiču po sili zakona kao zakonski legat (ako su istovremeno i zakonski naslednici oni su prelegatari).²²

Po drugom mišljenju, predmeti domaćinstva stiču se po naslednopravnom osnovu. Lica koja su stekla predmete domaćinstva manje vrednosti postali su posebni univerzalni sukcesori ostavioca. Na ova lica pravo svojine na predmetima domaćinstva prelazi u momentu smrti ostavioca, ali ne i ostaviočeve obaveze – tako da se poverioci ostavioca ne mogu namiriti na predmetima domaćinstva manje vrednosti.²³ Blisko ovom mišljenju je i ono koje ističe da je sticanje predmeta domaćinstva “posebno nasledno pravo”, jer ga “stiču određena lica nakon smrti ostavioca, i povodom smrti ostavioca, što je osnovna karakteristika svih naslednih prava”.²⁴ Slabost drugog mišljenja je što sticanje pojedinih stvari - predmeta domaćinstva manje vred-

²⁰ Gavella, Nikola, *Nasljedno pravo*, Informator, Zagreb, 1990, str. 102. i 103.

²¹ Kreč, Milan, Pavić, Đuro, *op. cit.*, str. 271, 272.

²² *Ibidem*, str. 102. i 103.

²³ Đorđević, Vladislav, *Nasljedno pravo*, Pravni fakultet Niš, Niš, 1997, str. 72. i 73.

²⁴ Svorcan, Slobodan, *Komentar Zakona o nasleđivanju Srbije*, Pravni fakultet, Kragujevac, 2004, strana 12.

nosti, koji služe svakodnevnim potrebama taksativno određenih lica (ostaviočevi potomci, njegov supružnik i roditelji, pod uslovom da su sa ostaviocem živeli u istom domaćinstvu) od tih lica, smatra univerzalnom sukcesijom. Naime, univerzalna sukcesija je prelazak svih prava i obaveza sa prethodnika (u ovom slučaju ostaviooca) na sledbenike na osnovu jednog akta. Sledbenik postaje imalac imovinsko-pravne celine (*universitas iuris*) u kojoj prava i obaveze nisu individualno određeni, nego na opšti način.²⁵

Sticanje predmeta domaćinstva ne predstavlja univerzalnu sukcesiju po svojoj pravnoj prirodi ni po odredbama zakona. Prema odredbama člana 2. stav 3. ZON i člana 1. stav 3. Zakona o nasleđivanju Srbije, koji imaju istu sadržinu: “Zaostavštinu ne čine predmeti domaćinstva manje vrednosti...”. Sticanje predmeta domaćinstva predstavlja singularnu sukcesiju i više odgovara prirodi zakonskog legata, kako je to istaknuto u prvom mišljenju.

IV. PREDMET LEGATA

Legat je obligaciono pravo. Stoga predmet legata može biti sve ono što može biti predmet obligacije – davanje, činjenje, nečinjenje ili trpljenje. U tom smislu paragraf 653. OAGZ propisuje da se kao legat može zaveštati “sve što je u običnom saobraćaju: stvari, prava, radnje i druga delanja, koja imaju vrednosti”. Ali, ako su zaveštane stvari “koje se istina nalaze u običnom saobraćaju, ali koje legatar nije sposoban držati za sebe, onda će mu se naknaditi obična vrednost takvih stvari” (paragraf 654. OAGZ). ZON nije regulisao sudbinu pripadaka i plodova stvari. Shodno tome, na ove odnose primenjuju se opšta pravila o sticanju stvarnih prava. Legat na glavnoj stvari, naime, prostire se na pripatke stvari i plodove stvari.²⁶ Dužnik legata duguje legataru (sublegataru) plodove od dana otvaranja nasleđa, ako testator u testamentu nije što drugo odredio.²⁷ Predmet legata, isto kao i predmet obligacije, mora biti moguć, dopušten i određen. Mogućnost je subjektivna ako legat ne može ispuniti dužnik legata, ali moglo bi neko drugo lice, ili objektivna – kad nijedno lice ne može ispuniti legat. Nedopušten je legat koji je protivan prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima, a odrediv ako testament sadrži podatke pomoću kojih se može odrediti koju obavezu mora ispuniti dužnik legata legataru. Ako testament sadrži odredbe o predmetu legata koje su nemoguće, nedopuštene, neodređene ili neodredive, testament je u celini ili delimično ništav (vidi čl. 46. do 50, a u vezi sa članom 25. stav 3. Zakona o obligacionim odnosima).²⁸

²⁵ Vidi: Babić, Ilija, *Osnovi imovinskog prava – Uvod u građansko pravo i stvarno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2010, strana 189.

²⁶ Pojam pripatka i pojam plodova stvari određen je u čl. 11–13. Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske („Službeni glasnik RS“, br. 124/2008 i 58/09).

²⁷ Marković, Lazar, *op. cit.*, strana 272.

²⁸ „Službeni list SFRJ“, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89 i „Službeni list SRJ“, broj 31/93.

Shodno tome, zaveštalac može ostaviti legataru jednu ili više stvari ili prava (zaveštalac ostavi legataru koncertni klavir i biblioteku, obaveže dužnika legata da legataru isplati 1.000 000 dinara, da legataru izdržava itd.); naložiti dužniku legata da u korist legataru izvrši pravne ili faktičke radnje (da ga zastupa u sporu do okončanja određene parnice, da mu sagradi kuću itd.); da se uzdrži od radnji (nečinjenje) koje bi dužnik legata mogao preduzeti da testamentom nije ostavljen legat (na primer, da ne sadi blizu međe legataru stabla ni druge visoke kulture) ili da trpi određene radnje legataru, itd.²⁹

V. FORMA I NAČIN ODREĐIVANJA LEGATA. PRELEGAT I SUBLEGAT

Legat se ostavlja u bilo kojem obliku testamenta koji ispunjava pretpostavke za punovažnost. On je punovažan ako je zaveštalac testamentarno sposoban, volja za sačinjavanje testamenta ozbiljna, stvarna i slobodna, a namera za sačinjavanje testamentu (u obliku i pod uslovima određenim ZON-om) određena i безусловna.³⁰ U testamentu legatar mora biti određen ili odrediv. Odrediv je ako testament sadrži podatke na osnovu kojih se može utvrditi ko je on. Legatar se, po pravilu, postavlja bez ikakvog ograničenja, tako da nakon zaveštaočeve smrti stiče pravo na legat. S obzirom da se legat ostavlja testamentom zaveštalac može za sticanje predmeta legata postaviti uslove i rokove ili nametnuti legataru nalog (vidi član 105. ZON). Legat može primiti i zahtevati samo onaj ko je živ ili zastupnik začetog deteta u trenutku ostaviočeve smrti, ako se živo rodi, i ko je dostojan za nasleđivanje, a nije se odrekao nasleđa. Kao legatar može se pojaviti i pravno lice (v. član 104. ZON-a).

Testator može ostaviti legat neposredno i posredno. Zaveštalac ostavlja legat neposredno ako direktno ostavi određenom ili odredivom licu jednu ili više stvari i prava. U ovom slučaju testator ne određuje ko je dužan da ispuni legat. Stoga, naslednici ne odgovaraju pojedinačno za ispunjenje legata, nego kao celina, a srazmerno svojim naslednim delovima. Mogućnost direktnog određivanja legata proizlazi iz člana 109. stav 3. ZON, koji propisuje da obaveza izvršenja legata tereti sve zakonske i testamentarne naslednike, srazmerno njihovim naslednim delovima, ako je zaveštalac propustio da odredi ko je dužan da izvrši legat.³¹ Za izvršenje legata stara

²⁹ “Testamentom (legatom) može se konstituisati pravo službenosti stanovanja (*habitatio*) u korist nasljednika (legataru)” – (Odluka VS BiH Rev – 25/90 od 28. juna 1990, *Bilten sudske prakse VS BiH* broj 4/90; PRIS).

³⁰ “Priznanica u kojoj je navedeno da zajmoprimac u slučaju smrti zajmodavca dug treba vratiti trećoj osobi, može se smatrati valjanom ispravom o legatu ako je to osim po svom sadržaju, a i po formi u kojoj je sačinjena, a to je forma oporuke. Kako te forme iz člana 86. Zakona o nasljeđivanju nema, to nema ni legata” (Odluka Vrhovnog suda Hrvatske Rev – 1754/84 od 4. decembra 1984, PSP, broj 27/85).

³¹ Isto rešenje prihvatio je i član 145. stav 3. ZON Srbije.

se izvršilac testamenta ako ga je odredio testator ili privremeni staralac zaostavštine.³² Ovaj način ostavljanja legata je neprikladan i može izazvati nedoumice da li je lice kome testator ostavlja stvar ili pravo naslednik ili legatar. Zbog toga se legat retko ostavlja nekom licu neposredno. Zaveštalac ostavlja legat posredno, ako naloži nasledniku da iz onoga što mu je ostavljeno u nasleđe preda neku stvar ili prenese pravo nekom licu – legataru koji, shodno tome, predmet legata stiče indirektno.

Legat može biti ostavljen u korist bilo kog lica. Ukoliko je legat ostavljen nekom od zakonskih naslednika, naziva se prelegat (*prelegatum*).

Zaveštalac može u testamentu predvideti određene modifikacije postavljanjem legataru uslova ili rokova, odnosno legatara opteretiti nalogom. U testamentu kojim je ostavljen jedan ili više legata, može biti određen i supstitut legatara, ako on ne može ili neće da primi legat.

Testamentom može biti naloženo legataru da iz vrednosti primljenog legata nekom drugom licu da legat. Legat naložen prvom legataru naziva se sublegat (*sublegatum*). Legatar je, u tom slučaju, dužan da iz onoga što mu je ostavljeno, dalje prenese određenu stvar ili pravo, sublegataru. Sublegat se razlikuje od legata po licu koje duguje ispunjenje – oneratu. Dužnik legata (onerat) je naslednik testatora, a dužnik sublegata je legatar.³³ Sublegatar može biti testamentom obavezan da iz predmeta sublegata nešto ispuni trećem licu, a i to lice može biti dalje opterećeno. Za ispunjenje sublegata legatar odgovara samo do vrednosti svog legata.³⁴ Ukoliko legatar (kome je naloženo da iz vrednosti primljenog legata nekom licu ostavi legat) ne može ili neće da primi legat, obaveza ispunjenja sublegata prelazi na lice kome ostaje imovina koja je predmet legata.

VI. DUŽNICI LEGATA

Dužnik legata je lice koje ima obavezu da ispuni predmet legata. Testamentom može biti određen jedan ili više dužnika legata. Legat je dužan izvršiti naslednik (ili drugo lice) kome je on naložen ako se time ne vređa nužni deo. Sublegat je, takođe, dužan ispuniti onaj kome je naložen pod uslovom da vrednost sublegata ne premašuje vrednost legata koji mu je ostavljen.

Kada je jedan ili više legata dužno ispuniti više naslednika, svaki odgovara srazmerno delu zaostavštine koju dobija ako testamentom nije određeno što drugo (vidi član 109. stav 2. ZON).³⁵ Ukoliko je jedan naslednik ili legatar sam ispunio legat (iako je ona naložena nekolicini ili svim naslednicima) ima pravo da se regresira od

³² Kreč, Milan i Pavić, Đuro, *op. cit.*, strana 272.

³³ Gavella, Nikola, *op. cit.*, strana 109.

³⁴ *Ibidem*, strana 279.

³⁵ Slično rešenje usvojili su: član 145. ZON Srbije; član 90. ZON koji važi u FBiH; član 51. ZON Hrvatske i član 102. ZON Crne Gore.

ostalih nasljednika ili legatar, srazmerno delu koju dobija iz zaostavštine. Ispunjenje legata tereti sve nasljednike srazmerno njihovim naslednim delovima (koji nasleđuju na osnovu testamenta i zakona), ako zaveštalac nije odredio ko je dužnik legata (vidi član 109. stav 3. ZON).

Legatar ima pravo da zahteva ispunjenje legata i kada je lice koje je po testamentu bilo dužno da izvrši legat umrlo pre zaveštaoca ili se odreklo nasleđa ili je nedostojno da nasledi (član 112. ZON). Od načina određivanja naslednih delova testamentarnih nasljednika, zavisi i koga će, u toj situaciji, teretiti legat, ako naslednici neće ili ne mogu da naslede. Ako zaveštalac postavi više nasljednika, a ne odredi njihove nasledne delove, deo nasljednika koji ne može ili neće da nasledi jednako prirasta ostalim postavljenim naslednicima koji postaju i dužnici legata srazmerno delovima koji im prirasta.

Kad zaveštalac postavi nasljednike tako da jednima odredi nasledne delove, a drugima ne odredi, deo nasljednika koji ne može ili neće da nasledi jednako prirasta samo naslednicima čiji delovi nisu određeni, te legat njih tereti. Ukoliko su testamentarnim naslednicima određeni nasledni delovi, a neki od njih ne mogu ili neće da naslede, taj nasledni deo pripada zakonskim naslednicima zaveštaoca, koji postaju i dužnici legata.³⁶

O izvršenju legata dužan je da se stara izvršilac testamenta, ako je postavljen. Ako nema izvršioca testamenta, ispunjenje legata se može zahtevati od nasljednika koji upravlja nasledstvom.

VII. DEJSTVO LEGATA

Pravo na legat stiće legatar u momentu smrti testatora, *ipso iure* i bez svog znanja, pod uslovom da je nadživeo testatora ili da je u vreme smrti testatora začet, a dostojan je da stekne legat. Sticanje legata se legataru, međutim, ne može nametnuti. Legatar se, isto kao i naslednik, može odreći legata. Lice koje se odreklo legata gubi svojstvo legatar. U tom slučaju predmet legata ostaje licu koje je bilo dužno da ga izvrši, ako iz samog testamenta ne proističe kakva druga namera zaveštaoca (član 113. stav 2. ZON). Ukoliko se legatar nije odrekao legata ili se legata primio ili nije dao nikakvu izjavu o legatu, pretpostavlja se da je u času smrti ostavioca stekao pravo na legat.³⁷ Stečeno pravo na legat postaje imovina poverioca legata i kad nije izvršena predaja stvari (obligaciona prava, takođe, čine imovinu jednog lica). Pravo na legat je obligaciono pravo i prenosivo je isto kao i ovo pravo. Shodno tome, legatar se može odreći prava na legat, opteretiti predmet legata založnim pravom, prebiti

³⁶ Pripadanje nasledstva, u slučaju da testamentom određeni naslednik ne može ili neće da nasledi, nije regulisano Zakonom o nasljeđivanju Republike Srpske. Istaknuta pravila o tome ko i kojoj razmeri duguje legat proističu iz opštih pravila o nasljeđivanju. Zakon o nasljeđivanju Srbije uređuje pripadanje nasledstva čl. 136–140.

³⁷ *Ibidem*, strana 275.

potraživanje legata sa potraživanjem koje dužnik legata ima prema legataru, preneti potraživanje legata na novog poverioca, itd.³⁸ U slučaju da legatar koji je stekao pravo na legat umre, ovo pravo je nasledivo. Kada je okončano raspravljanje zaostavštine, a pravo na legat ne osporava ni dužnik legata, sud će doneti rešenje o nasleđivanju, koje sadrži i određivanje predmeta legata, te dužnika i poverioca legata (vidi član 131. stav 2. tačka d. Zakona o vanparničnom postupku - ZOVP³⁹). Ako naslednici ne osporavaju legat, sud može, i pre donošenja rešenja o nasleđivanju, na zahtev legataru, doneti posebno rešenje o legatu (vidi član 135. ZOVP). Legat ostavljen zakonskom nasledniku uračunava se u njegov nasledni deo ako iz testamenta ne sledi što drugo (v. član 68. ZON-a). Testamentarni naslednik čiji je nasledni deo smanjen zbog dopune nužnog dela može zahtevati srazmerno smanjenje legata koji ga tereti ako iz testamenta ne sledi što drugo, odnosno nije uopšte dužan ispuniti legat ili nalog ako se time vređa njegov nužni deo.

Ako je zaveštalac ostavio više legata i naredio da se neki od njih ispuni pre ostalih – privilegovani (pogodovni) legat, taj se legat smanjuje samo ako vrednost ostalih ne doseže da se namiri nužni deo. Privilegovani legatar postaje dužnik nužnog naslednika samo ako ostali legatari ne mogu namiriti nužni deo.

Legatari ne odgovaraju za dugove zaveštaoca, izuzev ako je zaveštalac to odredio u testamentu u granicama vrednosti legata (član 115. ZON-a). Za dugove ostavioca odgovaraju naslednici do visine vrednosti nasleđene imovine, izuzev ako su se odrekli nasleđa. Naslednici su prvenstveno obavezni da ispune ili osiguraju potraživanja poverilaca, a zatim legataru.

Testamentarni naslednik, čiji je nasledni deo smanjen zbog dopune nužnog dela, može zahtevati srazmerno smanjenje legata koji ga tereti ako iz testamenta ne sledi što drugo, odnosno nije uopšte dužan ispuniti legat ili nalog ako se time vređa njegov nužni deo. Isto pravilo važi i za legataru, ako vrednost legata ili tereta koje treba da izvrši premašuje vrednost njegovog legata. U tim situacijama svi legati i tereti smanjuju se u istoj srazmeri, ako testator nije drugačije odredio (vidi član 111. ZON).

Poverioci zaveštaoca se namiruju pre legataru. Ovo pravilo je usvojeno zbog toga što za dugove zaveštaoca ne odgovara legatar (vidi čl. 110. i 115. ZON). Za zaveštaočeve dugove, naime, odgovaraju naslednici i to do visine vrednosti nasleđene imovine (ne odgovara ako se odrekao nasleđa, jer se tada smatra da nikada nije ni bio naslednik). Zaveštalac može narediti da legatar odgovara za sve ili neke njegove dugove, ali samo u granicama vrednosti legata.

³⁸ Uporedi: Gavella, Nikola, *op. cit.*, strana 108.

³⁹ „Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 36/2009.

VIII. POSEBNE VRSTE LEGATA

1. Legat ostavljen zaveštaočevom poveriocu (*legatum debiti*)

Poverilac legata može istovremeno biti poverilac zaveštaoca iz neke druge obligacije. Takav poverilac je ovlašćen da (po oba osnova) zahteva ispunjenje legata i potraživanja, ako iz testamenta ne sledi što drugo, pod uslovom da postoji dovoljno imovine iz koje se može ispuniti i legat. Zaveštaočevi poverioci se, naime, namiruju pre legatara (v. član 110. ZON-a), a nakon toga se namiruju legatari.

Za razliku od ZON, član 150. ZON Srbije reguliše slučaj (koji nije redak u praksi) kad zaveštalc svom poveriocu ostavi stvar (pokretnu ili nepokretnu) koju mu je dugovao. Tada poverilac ne može zahtevati ispunjenje i legata i duga iz druge obligacije nego se mora opredeliti za ispunjenje po jednom od osnova. Za legatara je bolje rešenje da zahteva predaju stvari kao poverilac, jer se poverioci namiruju pre legatara. Najčešća namera testatora je – da ostavljanjem određene stvari poveriocu, u stvari, ispuni svoj dug. Istaknuta pravila bi trebalo prihvatiti i u pravu Republike Srpske.

2. Legat ostavljen zaveštaočevom dužniku (*legatum liberationis*)

Zakon o nasleđivanju Republike Srpske nije regulisao slučaj kad zaveštalc kao poverilac svom dužniku ostavi legat. Prema odredbama člana 151. ZON Srbije, legat ostavljen zaveštaočevom dužniku ima dejstvo otpuštanja duga ako iz testamenta ne sledi što drugo.⁴⁰ Ovo rešenje bi trebalo usvojiti i za pravo Republike Srpske. Bilo bi neracionalno da naslednici zaveštaoca prvo zahtevaju od legatara da vrati dug, a da mu zatim, kao dužnici legata, ispunjavaju legat. Zaveštalc može otpustiti samo dug koji je postojao u vreme sačinjavanja testamenta. Ostavljanjem legata dužniku, potraživanje prema dužniku prestaje u celosti, ako je predmet legata iste visine kao dug ili ako je veći od duga. Ukoliko je zaveštalc svom dužniku ostavio legat koji je manji od duga, smatra se da postoji delimično otpuštanje duga – u visini legata.

3. Legat zaveštaočevog potraživanja (*legatum nominis*)

Ako je legataru, kao predmet legata, ostavljeno potraživanje poverioca prema trećem licu, legat je punovažan ako potraživanje postoji u vreme smrti zaveštaoca. Dužnici legata su dužni da predmet legata ustupe legataru i s tim ciljem mu predaju potrebne isprave (obveznicu ili drugu ispravu o dugu, ako ih ima, kao i druge dokaze o ustupljenom potraživanju i sporednim pravima).

⁴⁰ Otpuštanje duga nastaje sporazumom poverioca i dužnika, na osnovu koga poverilac izjavljuje da neće zahtevati njegovo ispunjenje, a dužnik se sa time saglasi (v. čl. 344. do 347. ZOO). U ovom slučaju nema takvog sporazuma i on se po članu 151. ZON Srbije fingira.

4. Legat stvari određenih po rodu (*legatum generis*). Zbirna stvar (*universitas rerum*)

Ako su predmet legata stvari određene po rodu, važe, shodno njihovoj prirodi, posebna pravila za njihovo ispunjenje, odnosno prestanak. Stvari su određene po rodu (generične stvari) ako se u obligaciji označavaju po vrsti, broju ili jedinici mere (litar, kilogram, metar itd.). One mogu biti potrošne ili nepotrošne, a mogu se individualizovati, ako je neka količina izdvojena iz roda i posebno obeležena (pšenica je upakovana u vreće koje su označene i sl.).

ZON postavlja oborivu pretpostavku – da kada su predmet legata stvari određene po rodu, a nije određena njihova količina (nekom jedinicom mere), tada sve stvari koje se zateknu u zaostavštini pripadaju legataru. Može se dokazivati da iz testamenta proizlazi što drugo, naročito ako je on nejasan. Tada je potrebno tumačiti testament prema pravoj nameri zaveštaoca. Kad se prava namera zaveštaočeva ne može utvrditi, testament se tumači u smislu koji je povoljniji za zakonske naslednike ili kako je povoljnije za lice kome je testamentom naložena neka obaveza.

Pravilo je da obaveza, koja ima za predmet stvari određene po rodu, ne prestaje čak i kad sve što dužnik ima od takvih stvari propadne usled okolnosti za koje on ne odgovara (član 355. stav 2. ZOO). Shodno tome, ako stvari, koje su legatom određene po rodu, nema u zaostavštini, dužnik legata je u obavezi da ih pribavi i preda legataru. Ako je dužnik legata onemogućen da po rodu određene stvari pribavi i preda legataru, to je razlog da legat padne (prestane).

Testator može ostaviti legat zbirne stvari, iako svaka od pojedinih stvari iz zbira može biti predmet legata. Naime, zbirna stvar je skup istovrsnih, fizički samostalnih stvari, koje imaju istu namenu i u pravnim odnosima se pojavljuju kao celina (npr. filatelistička zbirka maraka, galerija slika, stado ovaca).⁴¹ U slučaju da je predmet legata zbirna stvar legatar (sublegatar) stiče pravo da potražuje predaju svih stvari, koje u momentu smrti zaveštaoca čine zbirnu stvar.⁴² Zaveštalac može i samo pojedine stvari iz zbira stvari ostaviti legataru.

5. Legat individualno određene stvari (*legatum speciei*)

Individualno određena stvar je stvar određena pojedinačno (konkretno) bilo zato što je jedina takve vrste, neponovljiva, ili su joj takvo svojstvo dale strane u zaključenom pravnom poslu (npr. slika poznatog slikara, pisci sto izrađen prema određenom projektu, određena zemljišna čestica, stan, kuća).

Kada se određena količina stvari izdvoji iz roda, ona se individualizira i tako

⁴¹ Pravo svojine, naime, postoji na svakoj marki u zbirci, na svakoj slici u galeriji i svakoj ovci u stadu. Zbog toga pojedine stvari, u zbiru stvari, mogu biti u svojini različitih lica. Ako je prodato stado ovaca, među kojima je bila jedna susedova ovca, kupac ne stiče pravo svojine na susedovoj ovci – vidi potpunije: Babić, Ilija, *Osnovi imovinskog prava – Uvod u građansko pravo i stvarno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2010, strana 207; paragraf 191. SGZ.

⁴² Arandelović, Dragoljub, *op. cit.*, strana 139.

postaje individualno određena (npr. iz zbira stvari izabrana je određena količina, iz berbe grožđa određene godine izdvojene su 3 bačve vina i obuhvaćene legatom).

Pravo svojine na stvari legatar stiže kad mu je pokretna stvar predata, a na nepokretnosti upisom u zemljišni registar. Pravo na legat prestaje ako individualno određena stvar propadne pre smrti zaveštaoca, ili ako je otudio predmet legata ili ga potrošio, ali i u slučaju da je stvar propala slučajno posle smrti zaveštaoca (v. član 114. ZON).⁴³

Ako propadne individualno određena stvar, kao predmet obligacije, obaveza prestaje (vidi član 354. stav 1. ZOO).

IX. SUPSTITUCIJA

Testator može postavljenom legataru (koji se naziva institut), odrediti zamenika (supstitut) u slučaju da institut ne može ili neće da primi legat.⁴⁴ Iako se supstitut za legatara postavlja pod uslovom, potrebno je da ispuni sve pretpostavke koje su neophodne za institut. Tako supstitut mora ispunjavati sledeće uslove: 1) da bude sposoban za sticanje legata – živ u trenutku ostaviočeve smrti, odnosno začet, ako se kasnije rodi živ; 2) da nije nedostojan za sticanje legata; 3) da se nije odrekao legata.

Supstitut zamenjuje institut samo u situaciji ako institut nije postao legatar. Ukoliko je institut stekao prava određena izjavom poslednje volje kao legatar, supstitut ne postaje legatar. Ova supstitucija (*supstitutio vulgaris*) naziva se i prosta ili obična supstitucija. Supstitut je legatar postavljen pod suspenzivnim uslovom (da ne može ili neće da primi legat) i mora ispunjavati pretpostavke koje se za njih zahtevaju. Ne može da stekne legat postavljeni legatar ako nije nadživeo ostavioca, ili nije začet ili je nedostojan za prijem legata, a neće da primi legat i ukoliko se odrekao legata. Ukoliko institut doživi momenat delacije, ali pre nego što je umro nije dao izjavu da li se prima legata, nastupa transmisija njegovog prava na legat na naslednike instituta, tako da izostaje supstitucija.

Zaveštalac može jednom institutu postaviti jedan supstitut, ili dva ili više supstituta (koji bi se, po određenom redosledu, pozivali na legat). Jedan isti supstitut može biti određen jednom, dvojici ili nekolicini instituta, ali se i sanaslednici mogu međusobno supstituisati (ako što drugo nije predviđeno testamentom, sanaslednici su jedan drugom supstituti, srazmerno svojim naslednim delovima).

Zakon o nasleđivanju zabranjuje da zaveštalac odredi naslednika svom legataru (zabrana fideikomisorne supstitucije) – v. član 102. stav 3. ZON-a.⁴⁵ Za razliku od vulgarne supstitucije, kod koje naslednik ili legatar postaje ili institut ili supstitut, kod fideikomisarne supstitucije zaveštalac određuje dva ili više lica koja sukcesivno

⁴³ *Ibidem*, str. 136. i 137.

⁴⁴ Član 487. propisuje: „Testator može imenovati jedno ili više lica koja će naslediti ili steći legat, ako naslednik ili legatar umre ranije ili se odrekne“.

⁴⁵ Postavljanje naslednika svome nasledniku je tzv. fideikomisorna supstitucija koja ne važi (Odluka VSV Rev – 129/59, “Službeni glasnik NRS”, broj 2/60).

nasleđuju zaostavštinu, tj. prava naslednika ili legatara istovremeno stiće lice kome je to pravo namenjeno (prvi naslednik), ali i naslednik postavljenog naslednika, odnosno legatara – kasniji naslednik, koji npr. stiće prava naslednika ili legatara u slučaju i posle njegove smrti, a ne umesto tog naslednika, odnosno legatara.

X. PRESTANAK LEGATA. ZASTARELOST

Legat prestaje: 1) ako legatar umre pre zaveštaoca; 2) kad se legatar odrekne legata; 3) kad je legatar nedostojan da primi legat; 4) ako predmet legata čine stvari određene po rodu, a te se stvari nisu zatekle u zaostavštini, a njihova količina (po nekoj jedinici mere) nije određena niti određiva; 5) ako zaveštalac otuđi ili potroši individualno određeni predmet legata ili taj predmet inače prestane da postoji za života zaveštaoca; 6) ako je ispunjenje legata postalo nemoguće zbog događaja za koji dužnik legata ne odgovara.

Ako je legat pao zbog toga što je legatar umro pre zaveštaoca, što se odrekao legata ili je nedostojan, predmet legata ostaje onom ko je bio dužan da ga ispuni ako iz testamenta ne sledi što drugo (član 113. stav 2. ZON). Ukoliko je ispunjenje legata naloženo nekolicini, a legat padne, lica koja su bila dužna da ga ispune zadržavaju ga srazmerno njihovim naslednim delovima (analogna primena člana 145. stav 2. ZON-a).⁴⁶

Pravo da se zahteva legat zastareva za jednu godinu od dana proglašenja testamenta, odnosno od dana kada je legatar saznao za to pravo i bio ovlašćen da zahteva legat.⁴⁷ Legatar stiće ovlašćenje na legat nastupanjem delacije (smrti ili proglašenja nekog lica za umrlo). Ako je zaveštalac ostavio legat začetku koji treba da se rodi ili je sticanje legata učinio zavisnim od nekog uslova ili odložio do određenog roka, tada se sticanje ovlašćenja da se zahteva legat i smrt zaveštaoca ne poklapaju.

Legat se određuje testamentom, te se kao najraniji momenat saznanja za pravo na legat uzima u obzir proglašenje testamenta. Ukoliko legatar nije prisustvovao proglašenju testamenta on će, po pravilu, za legat saznati kasnije. Nakon proteka roka od jedne godine od proglašenja testamenta odnosno saznanja za legat, ukoliko je u tom periodu legatar bio ovlašćen da zahteva legat, nastupa zastarelost tog zahteva. Naime, pravo na legat je obligaciono, te je podložno zastarelosti. Zastarelošću prestaje pravo zahteva za ispunjenje obaveze i na nju se sud ne može obazirati ako se dužnik legata na njega nije pozvao (v. član 360. ZOO).

⁴⁶ Vidi: čl. 148. i 149. ZON Srbije; čl. 94. i 95. ZON koji važi u FBiH; čl. 55. i 56. ZON Hrvatske i član 106. ZON Crne Gore.

⁴⁷ Vidi: član 117. ZON Republike Srpske; član 98. ZON koji važi u FBiH; član 154. ZON Srbije i član 112. ZON CG predviđaju jednogodišnji rok zastarelosti za ispunjenje legata, računajući od dana proglašenja testamenta. Član 59. ZON Hrvatske propisuje da pravo zahtevati ispunjenje legata zastareva za tri godine od dana kad je legatar saznao za svoje pravo i bio ovlašćen zahtevati ispunjenje legata, a najkasnije u roku od pet godina od dana kada je mogao zahtevati ispunjenje legata.

Ilija Babić, L.L.D.

Professor at the Faculty of Law, University of Banja Luka

LEAVING A LEGACY

Summary

Legacy is a provision of a will by which a testator leaves to a specific person one or more things or right (rights), requires an act commission or omission, but such that a creditor may demand fulfillment of these obligations from heirs or legatees.

Roman civil law reconised: legatum per vindicationem, legatum per damnationem, legatum sinendi modo and legatum per praeceptionem. Legatum per vindicationem was the grounds for acquiring proprietary rights or other property right at the moment of legator's death. Under the influence of Roman law the proprietary nature of legacy was adopted by the French Civil Code of 1804. Obligatory nature of legacy was adopted by: Austrian General Civil Code of 1811; Serbian Civil Code of 1844; German Civil Code of 1896; Swiss Civil Code of 1907; laws of succession of former member states of SFRY and the Law on Inheritance of the Republic of Srpska.

A legatee acquires the right to a legacy at the moment of testator's death, ipso iure and without their knowledge, under condition that they have outlived the testator or have been conceived at the moment of testator's death, and is worthy of the legacy. A person to whom a legacy is bequeathed is an heir or a legatee. A legacy can be bequeathed to a legator's creditor (legatum debiti) or a legator's debtor (legatum liberationis); it can be an object to a legator's debt-claim (legatum nominis), a thing not determined by its kind (legatum generis), an aggregate of things (universitas rerum) or an individually determined thing (legatum speciei).

A legacy falls if a legatee predeceases a legator, renounces a legacy, when a legatee is unworthy to receive a legacy, if the object of a legacy are things determined by its kind, and as such are not a part of the testator's estate, if a legator alienates or spends individually determined object of the legacy, or that thing ceases to exist during legator's lifetime, or if fulfillment of legacy has become impossible. The right to request a legacy lapses a year after the probation of the will, that is from the day a legatee became aware of the right and is authorized to request the legacy.

Key words: legacy; legatee; sublegacy; pre-legacy; nature of legacy; kinds of legacy; end of a legacy.

ПЛОДОУЖИВАЊЕ У НАСЛЕДНОПРАВНИМ УГОВОРИМА

Dunja Popivoda*

***Apstrakt:** Plodouživanje kao lična službenost omogućava titularu najšire pravo upotrebe, korišćenja i pribiranja plodova na stvari, odnosno nepokretnosti, sem prava raspolaganja, u kom slučaju vlasniku ostaje samo gola svojina. Naslednopravni ugovori predstavljaju jedan od načina konstituisanja plodouživanja, u praksi ne toliko čest, mada veoma zanimljiv. Autor ovim radom ukazuje na značaj plodouživanja kroz ugovor o doživotnom izdržavanju, kvazi-ugovor o doživotnom izdržavanju i ugovor o ustupanju i raspodeli imovine za života.*

***Ključne reči:** lične službenosti, plodouživanje, ugovori, primalac, davalac, ustupilac, titular, nekretnina, imovina.*

U V O D

Lične službenosti su stvarna prava koja ovlašćuju titulara na korišćenje tuđe stvari bez prava zahvatanja supstance poslužnog dobra. Lične službenosti čine tri stvarna prava: pravo plodouživanja (ususfructus), pravo upotrebe (usus) i pravo stanovanja (habitatio). U ovom radu autor je posebnu pažnju posvetio proučavanju prava plodouživanja u naslednopravnim ugovorima, i to: ugovoru o doživotnom izdržavanju, ugovoru o ustupanju i raspodeli imovine za života i aleatornom teretnom ugovoru kao kvazi ugovoru o doživotnom izdržavanju.

Posmatranje plodouživanja, kao dela stvarnog prava, kroz naslednopravne ugovore, kao dela naslednog prava, pokazuje da su ove dve grane prava međusobno isprepletene. Ta povezanost, kako praktična tako i teorijska, doprinosi kompleksnosti same teme. Problematika plodouživanja, kao tereta prisutnog na nekretninama, veoma je rasprostranjena u praksi. Plodouživanje je kao tema naučno bliska ne samo pravnicima, već i laicima, s obzirom da je životno interesantna i vrlo zastupljena u svakodnevnom životu.

* Дуња Попивода, дипл. правник-мастер, адвокат у адвокатској канцеларији Попивода у Новом Саду.

Česti primeri iz prakse su sledeći: ukoliko jedan supružnik pokloni svoju polovinu nekretnine drugom supružniku, najčešće na svojoj polovini zadržava pravo doživotnog plodouživanja; ukoliko roditelj pokloni sinu ili kćerki deo kuće ili stana, takođe zadržava, tačnije ustanovljava za sebe, drugog roditelja ili pak za oboje, pravo doživotnog plodouživanja itd. Vlasniku nepokretnosti koja je opterećena plodouživanjem ostaje samo „nuda proprietas“ ili gola svojina, što opet, sa svoje strane ima pravne posledice i ograničava svojinu kao apsolutno pravo!

Iz navedenih primera, koji su deo svakodnevice, upravo se vidi pravna priroda ovog instituta: prevashodno je to zaštita jedne ugovorne strane od samovoljnog postupanja druge ugovorne strane. Pored (izvorne) funkcije zbrinjavanja nadživelog supružnika, lične službenosti vrše i druge funkcije kao na primer: socijalnu funkciju, humanitarnu funkciju, sticanje prihoda, obezbeđenje i naplata potraživanja...

Istorijski posmatrano, u skladu sa razvojem društvenih odnosa i promenom svojinskih odnosa u našoj zemlji, razumno je očekivati reafirmaciju ličnih službenosti. Imajući u vidu da je privatna svojina stavljena u prvi plan, oživljavanje „privatne“ brige o porodici čini aktuelnim lične službenosti posebno plodouživanje. Nasledno-pravni ugovori su idealna podloga za konstituisanje ili prenos plodouživanja, bilo da su u pitanju ugovorne strane ili treća lica.

Naravno, pravo plodouživanja je neuporedivo kompleksnije i bogatije od napred rečenog, a što će dalje izlaganje u ovom radu i pokazati.

RAZVOJ PRAVA PLODOUŽIVANJA

Plodouživanje u arhaičnim pravima

Hamurabi je plodouživanjem zaštitio životnu egzistenciju udovica i siročadi i predupredio je sukobe između porodica. Pravo udovičkog plodouživanja obuhvata pravo stanovanja u muževljevoj kući i pravo uživanja dara (nudunu).

Stari Egipćani su poznavali plodouživanje, npr. tutor je bio plodouživalac, dok su deca imala голу svojinu.

U staroj Grčkoj postojali su tragovi ovog instituta. U slučaju udaje žena je dobijala miraz koji se u slučaju razvoda vraćao ocu ili braći što ukazuje da muž nije mogao da sa njim raspolaže, već je na njemu imao neki oblik lične službenosti.

Izraz *ususfructus* je veoma rano korišćen u rimskom pravu, ali ne kao lična službenost, već kao posebno pravo. Plodouživanje je prvobitno pružalo pravo na pribiranje plodova i nije omogućavalo titularu nikakvu vlast na samoj stvari. Justinijanovo pravo je proširilo pojam službenosti i podelilo ih na stvarne i lične, te je *ususfructus* tako postalo lična službenost. Sadržina plodouživanja nije uvek bila ista: prema Gaju, plodouživalac ima pravo na „*ius utendi et fruendi*“; prema Paulusu „plodouživanje je pravo korišćenja i pribiranja plodova sa tuđih stvari, ne dirajući u njihovu suštinu.“

Plodouživanje je moglo nastati na pokretnim i nepokretnim stvarima. To je bilo lično i neprenosivo pravo izuzev kada je bio u pitanju poklon, zakup ili prodaja.

Plodouživanje se moglo konstituisati doživotno i to samo u korist fizičkog lica. Tek sa Justinijanovim pravom dopušteno je da se konstituiše u korist pravnog lica najduže na period od 100 godina. Plodouživalac je imao pravo na plodove stvari, naturalne i civilne, kao i mladunčad životinja, ali ne i dete robinje. On je bio obavezan da predmet plodouživanja čuva, da postupa kao dobar domaćin, snosi nužne troškove održavanja predmeta, ne menja ekonomsku namenu stvari, kao i da sopstveniku pruži garanciju da će svoja prava vršiti savesno. Plodouživalac je imao obavezu da dovede jemca koji će garantovati zajedno sa njim vlasniku da će stvar koristiti kao dobar domaćin i da će je po prestanku plodouživanja vratiti vlasniku. Time je postao odgovoran za štetu nastalu njegovim ponašanjem. Vlasniku stvari je ostala samo gola svojina.¹

Plodouživanje u našem pravu

U Srbiji se prvi tragovi plodouživanja pojavljuju u Milutinovoj povelji manastiru Banjskoj (1313-1318), kao udovičko uživanje. Pravo uživanja se pominje u sintagmi Matije Vlastara i u Dušanovom Zakoniku 1349. godine i to kod pronije i prava uživanja ženinog miraza (muž ima pravo uživanja na miraznim dobrima žene, ali se u slučaju njegove smrti vraćaju ženi).

U Srpskom građanskom zakoniku lične službenosti regulisane su u okviru VIII glave - O službenostima „servitutima“, i razlikovale su se tri vrste: upotrebljenje, uživanje i obitavanje. Prihvaćen je klasični rimski pojam plodouživanja - „Kome pripada pravo na uživanje tuđe stvari, onaj može tuđu stvar, samo suštinu njenu ne narušavajući, bez svakog ograničenja uživati“². U Zakoniku postoji uživanje muža na miraznim dobrima žene i udovički užitek.

Opšti Imovinski zakonik za Crnu Goru (u daljem tekstu OIZ) iz 1888. godine reguliše lične službenosti u II delu u posebnoj glavi VII - „O uživanju“. OIZ takođe prihvata rimski koncept plodouživanja.

Što se tiče zakonske regulacije ličnih službenosti, prvenstveno plodouživanja u SR Jugoslaviji, nakon završetka II svetskog rata izvršena je abrogacija predratnih pravnih pravila Zakonom o nevažnosti pravnih propisa, donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije, ukinuti su udovički užitek i užitek muža na miraznim dobrima žene. U ovom periodu plodouživanje se retko javljalo u praksi.

Prvi korak ka reafirmaciji prava plodouživanja izvršen je donošenjem Zakona o nasleđivanju Republike Srbije i to mogućnosti konstituisanja plodouživanja na celini ili delu zaostavštine u korist nadživelog bračnog druga. Time je potvrđen socijalni i alimentacioni karakter ovog instituta.

Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa Republike Srbije predviđa da

¹ Lazić M., *Lične službenosti*, Univerzitet u Nišu, Pravni fakultet, 2000. god.

² Ibidem.

se „pravo plodouživanja, pravo upotrebe i pravo stanovanja, kao i pravo stvarnog tereta, uređuju zakonom“ (čl. 60)³.

Plodouživanje u uporednom pravu

Francuski građanski zakonik iz 1804. god. reguliše plodouživanje kao posebno i samostalno pravo na tuđim stvarima, a ne kao ličnu službenost. Plodouživanje je očuvalo svoju aktuelnost u porodičnim i naslednim odnosima kao sredstvo zbrinjavanja i očuvanja standarda života nadživelog supružnika.⁴

Austrijski građanski zakonik iz 1811. god. pojam plodouživanja (fruchtniezung) određuje kao pravo da se može „upotrebljavati tuđa stvar bez ograničenja, ali sa čuvanjem njene supstance“.

Nemački građanski zakonik iz 1900. god. prihvata rimski koncept ličnih službenosti, ali ga u odnosu na moderne zakonike najviše dograđuje. Plodouživanje postoji kada vlasnik prenese pravo korišćenja na plodouživaoca.

Švajcarski građanski zakonik iz 1907. god. ne određuje pojam prava plodouživanja, ali je njegova sadržina detaljno regulisana - „plodouživanje ovlašćuje, ako nije drugačije određeno, na potpuno korišćenje predmeta“.

Grčki građanski zakonik iz 1940. god. i Italijanski građanski zakonik iz 1942. god. plodouživanje su regulisali po uzoru na Nemački građanski zakonik.

Države bivšeg istočnog bloka, sem građanskog zakonika Poljske iz 1964. god. nisu regulisale lične službenosti.

PLODOUŽIVANJE

Pojam plodouživanja

U opštem privatnom pravu koje je važno na teritoriji Vojvodine s početka XX veka, lična službenost je definisana kao „najličnije pravo koje pripada neposredno određenoj osobi, doživotno ili na određeno vreme“, dok je plodouživanje „ona lična službenost koje ovlašćuje na ubiranje svih vrsta stvari“⁵. Plodouživanje je stvarno pravo koje ovlašćuje plodouživaoca na sveobuhvatnu upotrebu i ubiranje plodova sa tuđe stvari, bez prava zahvatanja supstance poslužnog dobra. Ova definicija je opšteprihvaćena u građanskim kodifikacijama i predstavlja izraz Paulusove izreke: „Usus fructus est ius alieni rebus utendi fruendi, salva rerum substantia“ (Just. Inst.2,4).⁶

Plodouživanje ima za predmet veoma različite objekte, što modifikuje neke

³ Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa Republike Srbije, *Sl. List SFRJ*, br. 6 od 08.II 1980, 36 od 29.IV 1990, *Sl. List SRJ*, br. 29 od 26.VI 1996.

⁴ Lazić, supra note 1.

⁵ Bogdanfi G. i Nikolić N., *Opšte privatno pravo koje važi u Vojvodini*, Pančevo, 1925. god.

⁶ Kovačević Kuštrimović R. i Lazić M., *Stvarno pravo*, Niš, 2006. god.

njegove karakteristike. Prema objektu razlikujemo plodouživanje na stvari, pravu, imovini i zaostavštini.⁷

Konstituisanje plodouživanja

Kod konstituisanja ličnih službenosti važno je utvrditi vreme njihovog nastanka. Za trenutak nastanka plodouživanja vezuju se različite pravne posledice: nastaje pravni odnos između vlasnika i plodouživaoca, plodouživalac i vlasnik stiču određena prava i obaveze, ... Plodouživanje nastaje u momentu kada plodouživalac može da koristi predmet plodouživanja, a što je različito u zavisnosti od načina konstituisanja istog.

Voljno sticanje plodouživanja je način ustanovljavanja plodouživanja, gde postoji saglasnost vlasnika poslužnog dobra. To su: ugovorno plodouživanje i testamentalno plodouživanje.

Prinudno sticanje plodouživanja postoji u slučajevima zakonskog, sudskog, na osnovu održaja i sticanjem plodouživanja od nevlasnika.

Pravni položaj plodouživaoca i vlasnika poslužnog dobra

Pravni položaj plodouživaoca čine prava i obaveze kojima se određuje njegov položaj u odnosu na vlasnika i treća lica povodom predmeta plodouživanja. Plodouživalac je subjekt stvarnog i obligacionog odnosa; stvarnopravni odnos garantuje neposrednu vlast na objektu plodouživanja i sastoji se iz ovlašćenja plodouživaoca i negativne obaveze svih trećih lica uključujući i vlasnika, dok u obligacionom odnosu preovlađuju obaveze plodouživaoca u odnosu na prava vlasnika.

Ovlašćenja plodouživaoca su da stvar drži, da je upotrebljava i pribira plodove. Plodouživalac nema pravo da raspolaže svojim pravom, niti da ga založi, s obzirom da je ono neprenosivo i nenasledivo, ali ima pravo da ustupi vršenje plodouživanja i da ga konvertuje u doživotnu rentu.

Obaveze plodouživaoca su da očuva supstancu stvari, postupa sa pažnjom dobrog domaćina, očuva namenu stvari, osigura poslužno dobro, obavesti vlasnika ukoliko je došlo do ugrožavanja poslužnog dobra i da nakon prestanka prava vrati stvar vlasniku.

Prava vlasnika poslužnog dobra su: pravo raspolaganja sa stvari, pravo na vanredne prihode, vršenje nadzora i pravo na povraćaj stvari.

Obaveze vlasnika su: obaveza trpljenja kao negativna obaveza i odgovornost za mane stvari.

Plodouživanje prestaje zbog razloga koji su na strani subjekta plodouživanja: smrt plodouživaoca, odricanje, sporazumni prestanak, konverzija plodouživanja u doživotnu rentu, nastupanje raskidnog uslova ili roka, zastarelost i liberatorna

⁷ Ibidem.

uzakupija, konsolidacija, zloupotreba prava plodouživanja, konfiskacija predmeta plodouživanja, nepoštovanje obaveza.

Prestanak plodouživanja vezan za objekt plodouživanja može biti zbog: propasti ili oštećenja poslužnog dobra i promene pravnog režima svojine na predmetu plodouživanja- eksproprijacije, arondacije, komasacije, nacionalizacije, plenidbe i javne prodaje poslužne stvari, sticanja prava na poslužnoj stvari od strane trećeg lica itd...

Funkcije plodouživanja

Konstituisanje plodouživanja uslovljeno je funkcijom koju ono vrši i određenim interesom za vlasnika i plodouživaoca. Prvobitna funkcija plodouživanja je alimentacionog i humanog karaktera, pošto je njime vršena korekcija u naslednim i porodičnim odnosima neravnopravnosti između muža i žene, brata i sestre. Najveći značaj plodouživanje ima u naslednopravnim odnosima gde vrši funkciju materijalnog zbrinjavanja nadživelog supružnika i bliskih srodnika, najčešće roditelja i dece, štiteći ih od uzajamne nebrige. Sve to rasterećuje državni budžet i dovodi do privatne brige o članovima porodice.

Naslednopravni ugovori pružaju mogućnost za konstituisanje odnosno razvoj prava plodouživanja.

NASLEDNOPRAVNI UGOVORI U NAŠEM PRAVU

Zakon o nasleđivanju⁸ Republike Srbije (u daljem tekstu ZON) reguliše ugovor o doživotnom izvržavanju i ugovor o ustupanju i raspodeli imovine za života. Značajno je pomenuti i aleatorni teretni ugovor, po nekima kvazi ugovor o doživotnom izdržavanju (aleatorni teretni ugovor je po svojoj pravnoj prirodi kvazi ugovor o doživotnom izdržavanju, nikako po svojoj suštini, isti je zaključen po odredbama Zakona o obligacionim odnosima, a ne po odredbama Zakona o nasleđivanju!). Naslednopravni ugovori predstavljaju put za sticanje stvarnih prava na nekretninama i to, pored prava svojine, i ostalih stvarnih prava poput stvarnih i ličnih službenosti, a za potrebe ovog rada, sticanje prava plodouživanja.

⁸ Zakon o nasleđivanju Republike Srbije, *Sl. Glasnik RS*, br. 46/1995, 101/2003.

Уговор о доживотном издржавању

Појам и карактеристике

Уговор о доживотном издржавању је уговор којим се primalac издржавања обавезује да се после његове смрти на даваоца издржавања пренесе право својине на тачно одређеној ствари или какво друго право, а davalac издржавања се обавезује, да га, као накнаду за то, издржава и брине се о њему до краја његовог живота и да га после смрти сакрије.⁹ Овај уговор у нашем праву може настати по општим правилима грађанског права захваљујући слободи уговоранја, на основу тестамена или на основу одредбе у уговору о уступању и расподели имовине за живота. Права, тј. ствари која су предмет овог уговора, морају постојати у тренутку закључења уговора и морају бити тачно одређене. Ако шта друго није одређено, обавеза издржавања обухвата, пре свега, обезбеђивање становања, хране, одеће, обуће, одговарајућу негу у старости и болести, трошкове лечења и svakodnevnih uobičajenih potreba (чл. 194 ZON).

Уговор о доживотном издржавању је облигациони уговор без обзира што га регулише Закон о наслеђивању, те има посебан значај за наследно право, јер имовина која је њиме обухваћена не улази у заоставштину primaoca издржавања. Уговор је двострано обавезан, teretan, aleatoran, intuitu personae, formalan и са трајним извршењем обавезе.

За закључење овог уговора предвиђена је строга форма: мора бити закључен у писменом облику и мора га overiti судија који је дужан да га пре overe прочита странкама и primaoca издржавања нарочито упозори да имовина која је предмет уговора не улази у његову заоставштину и да се њоме не могу намирити нужни наследници. У супротном, уговор је ништак. Закон о облигационим односима¹⁰ Републике Србије (у даљем тексту ZOO) у чл. 73 предвиђа да, ukoliko су странке у целости или у pretežnom delu izvršile своје уговорне обавезе, уговор је punovažan ако то није protivno cilju radi koga је propisana forma уговора. Такође, ZON у чл. 196 предвиђа и један посебан случај ништавости овог уговора, када је davalac издржавања физичко или правно лице које се у оквиру свог занимања, односно делатности, стара о primaocu издржавања, npr. medicinsko osoblje, и то управо због постојања могућности zloupotreba у пракси.

Престанак уговора

Уговор о доживотном издржавању може бити raskinut из више разлога: sporazumno (у свако доба сем када је уговор у potpunosti извршен), због променjenih okolnosti - rebus sic stantibus (када наступе такве okolnosti које отежавају испуњење уговорних обавеза или osujete ostvarenje cilja уговора, и то тако да више не

⁹ Попивоџа Д., Aleatorni teretni ugovor, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, број 4, Нови Сад, 2004. год.

¹⁰ Закон о облигационим односима Републике Србије, *Sl. List SFRJ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, *Sl. List SRJ*, бр. 31/93, *Sl. List SCG*, бр. 1/2003 - Уставна Пovelja.

odgovara očekivanjima stranaka, a bilo bi nepravično održati ga na snazi), zbog poremećenih odnosa, neispunjenja, kada davalac izdržavanja umre pre primaoca izdržavanja.

Posebno je važno napomenuti da se ne može tražiti raskid ugovora zbog prekomernog oštećenja, jer se radi o aleatornom ugovoru.

Plodouživanje u ugovoru o doživotnom izdržavanju

Ugovor o doživotnom izdržavanju, poput plodouživanja, ima socijalnu funkciju i humanu dimenziju. Ugovor obezbeđuje određenu „dozu“ materijalne sigurnosti ugovornim stranama, dok plodouživanje titularu takođe omogućava najšire pravo upotrebe i pribiranja plodova sa nekretnine i zaštitu od nebrige članova porodice ili trećih lica. Ugovor o doživotnom izdržavanju i plodouživanje dele određene sličnosti: ugovor se zaključuje, a plodouživanje ustanovljava s obzirom na naročita svojstva ličnosti (intuitu personae), samim tim se zbog smrti davaoca izdržavanja odnosno plodouživaoca ugovor raskida, a lična službenost prestaje; odlikuje ih aleatornost, upisuju se u katastarskoj evidenciji (pre „C“ list Zemljišnih knjiga) kao tereti s obzirom da usled smrti primaoca izdržavanja svojina na nekretnini koja je predmet ugovora prelazi na davaoca izdržavanja, a zaključenje ugovora onemogućava vlasnika da dalje raspolaze nekretninom, dok se plodouživanje na nekretnini prenosi na svakog sledećeg sticaoca (ili jednostavnije rečeno, kupac dobija nekretninu sa teretom).

Ukoliko je predmet ugovora nepokretnost na kojoj je prethodno ustanovljeno pravo plodouživanja za treće lice, davalac izdržavanja će u momentu smrti primaoca izdržavanja steći golu svojinu na nekretnini, odnosno treće lice i dalje ima pravo plodouživanja. Ukoliko treće lice umre, lična službenost prestaje i uspostavlja se puna svojina davaoca izdržavanja.

Sporno je da li je moguće da prilikom zaključenja ugovora bude ustanovljeno pravo plodouživanja za davaoca izdržavanja. Sa jedne strane, za tim nema potrebe, jer će steći svojinu trenutkom smrti primaoca izdržavanja, dok sa druge strane, plodouživanje obespravluje primaoca izdržavanja, jer mu ostaje gola svojina. Praktično gledano, ovakav slučaj je pravno nelogičan i nepotreban.

Treba napomenuti da je konstrukcija u kojoj primalac izdržavanja za sebe zadržava plodouživanje apsurdna, s obzirom da je nepokretnost do kraja života u njegovoj svojini i tek trenutkom smrti prelazi na davaoca izdržavanja. Stoga, takvim postupanjem dolazi do konsolidacije vlasnika i plodouživaoca u jednoj ličnosti - primaoca izdržavanja, a što jedno drugo isključuje. Ne može vlasnik sam sebi ograničiti svojinu sopstvenim plodouživanjem na istoj nepokretnosti.

Ugovor o doživotnom izdržavanju se zaključuje ne samo sa članovima porodice, već i sa trećim licima i najčešće ga zaključuju stara i bolesna lica, kako bi sebi obezbedila brigu i staranje i određeni mir i spokoj do kraja života. Naravno, izuzetaka uvek ima. Plodouživanje se ustanovljava najčešće kada su u pitanju članovi porodice, a što pokazuje i istorijski razvoj ovog instituta.

Aleatorni teretni ugovor (kvazi-ugovor o doživotnom izdržavanju)**Pojam i karakteristike**

Aleatorni teretni ugovor je neimenovani ugovor, zaključen u smislu čl. 26 ZOO, koji predstavlja nastavak tradicije ugovora o doživotnom izdržavanju po pravnim pravilima obligacionog prava sadržanim u Austrijskom građanskom zakonu koji je važio na teritoriji Vojvodine.¹¹

Aleatorni teretni ugovor je po svojoj sadržini kvazi ugovor o doživotnom izdržavanju. On nije zaključen po odredbama ZON, već po opštim pravilima ugovornog prava i njegova važnost se procenjuje prema odredbama ZOO-a. Kompleksnost ovog ugovora ogleda se u činjenici što je i po stanovištu Vrhovnog Suda Srbije njegova punovažnost zavisna od zakonskih odredaba ZOO, opštih pravila imovinskog prava, načela obligacionog prava, a, sa druge strane, mora se voditi računa o odredbama ZON koje regulišu ugovor o doživotnom izdržavanju. Sastavljač ovog ugovora je dužan da ugovorne strane, prenosioca i sticaoca prava, upozna sa prirodom ovog ugovora i posledicama njegovog zaključivanja i da ukaže na aleatornost kao uslov njegove punovažnosti. Ugovor nema svečanu formu, za razliku od ugovora o doživotnom izdržavanju, već se za njegovu punovažnost traži da bude zaključen u pismenoj formi i overen kod nadležnog Osnovnog suda (pre Opštinskog suda), a zatim prikazan Ministarstvu finansija - Upravi prihoda i da se nakon plaćanja poreza na prenos apsolutnih prava podnese molba (zahtev) radi uknjižbe prava vlasništva kod nadležne Zemljišne knjige ili Republičkog geodetskog zavoda, Službe za katastar nepokretnosti.¹²

Aleatornost predstavlja neizvesnost u dužini trajanja ovog ugovora, a sa druge strane aleatornost je uslov punovažnosti ovog ugovora; njegova punovažnost se ne može procenjivati prema pravilima o rušljivim, već prema pravilima o ništavim pravnim poslovima. Prenos prava vlasništva na nekretnini sa imena prenosioca prava na ime sticaoca prava vrši se u trenutku zaključenja ovog ugovora i upravo je u tome primarna razlika u odnosu na ugovor o doživotnom izdržavanju gde se pravo svojine stiće u trenutku smrti primaoca izdržavanja.

Imajući u vidu da je veoma redak ugovor u našoj sudskoj praksi, a vezano za prenos prava svojine i drugih stvarnih prava na nekretninama, ovaj ugovor može da sadrži sledeće obaveze za sticaoca prava: da svakog meseca isplaćuje režijske troškove stanovanja, plaća troškove stana, održava stan, posećuje prenosioca prava, vodi računa o higijeni stana, da u slučaju bolesti prenosioca neguje, leči i dvori, obezbedi lekove, nakon smrti sahrani itd. U odnosu na ugovor o doživotnom izdržavanju, vidi se da su obaveze sticaoca slične obavezama davaoca izdržavanja.

¹¹ Bilten sudske prakse 1, Okružni sud N. Sad, odeljenje sudske prakse Vrhovni sud Srbije, *Službeni Glasnik*, Beograd, 2002. god.

¹² Popivoda, supra note 9.

Široko područje autonomije volje pruža mogućnost strankama da ugovor kreiraju po svojoj volji.

Prema Presudi Vrhovnog Suda Srbije¹³ posl. br. Rev.1967/05 od 13.04.2006. aleatorni teretni ugovor kao neimenovani pravni posao sadrži elemente nekih imenovanih ugovora. U pitanju su dvostrano teretni pravni poslovi.

Prestanak ugovora

Aleatorni teretni ugovor može biti raskinut iz više razloga: sporazumno, zbog promenjenih okolnosti - rebus sic stantibus, zbog poremećenih odnosa, neispunjenošću. Posebno ističem da kada sticalac umre pre prenosioca prava to ne dira u njegova već stečena prava, jer je prenos prava vlasništva izvršen u trenutku zaključenja ugovora, te na taj način njegovu imovinu nasleđuju njegovi naslednici.¹⁴

Plodouživanje u aleatornom teretnom ugovoru

Aleatornim teretnim ugovorom se mogu zasnivati službenosti na nekretninama. Posebno je interesantno zasnivanje ličnih službenosti, prvenstveno prava plodouživanja. Imajući u vidu da sticalac, kao jedna ugovorna strana, stiče pravo svojine na stanu trenutkom zaključenja ugovora (poput sticanja svojine kod ugovora o poklonu ili kupoprodaji) prenosilac kao druga ugovorna strana može da zadrži za sebe pravo plodouživanja i na taj način prenese sticaocu samo голу svojinu. Time onemogućava sticaocu da stekne svojinu u punom kvalitetu, a sebi obezbeđuje sigurnost i pruža zaštitu od samovoljnog i malicioznog postupanja sticaoca. Iz ove situacije, nadalje, mogu da proisteknu sporovi pred sudom, s obzirom da sticalac može od strane prenosioca da bude onemogućen npr. da se useli u stan, izdaje ga u zakup itd. Takođe, ugovorom se može ustanoviti pravo plodouživanja za treće lice, ili pak, da treće lice već ima pravo plodouživanja na stanu, u kom slučaju sticalac stiče nekretninu zajedno sa teretom. Moguć je i treći slučaj, da na nekretnini koja je predmet ugovora pravo plodouživanja imaju i prenosilac i treće lice na određenim delovima stana.

Treba posebno istaći apsurdnost pravne situacije u kojoj sticalac trenutkom zaključenja ugovora stiče pravo svojine na stanu, pa još hoće i pravo plodouživanja, i to je slučaj konsolidacije u istom licu vlasnika i plodouživaoca.

Može se primetiti da je kod ugovora o doživotnom izdržavanju pravno nelogično da primalac izdržavanja za sebe ugovori pravo plodouživanja, jer je on vlasnik sve do svoje smrti, dok je kod aleatornog teretnog ugovora pravno nelogično da sticalac za sebe ugovori pravo plodouživanja, jer isti postaje vlasnik trenutkom zaključenja ugovora.

¹³ Presuda Vrhovnog suda Srbije, posl. br.1967/05 od 13.04.2002. god.

¹⁴ Kod ugovora o doživotnom izdržavanju to nije slučaj, ugovor se raskida ukoliko davalac izdržavanja umre pre primaoca izdržavanja, a naslednici prvog naslednog reda ne prihvate obavezu iz ugovora koji je njihov prethodnik zaključio.

Razlika aleatornog teretnog ugovora u odnosu na ugovor o doživotnom izdržavanju, posebno kroz pravo plodouživanja

Aleatorni teretni ugovor je neimenovan, aleatoran, teretan, dvostrano obavezan, formalan, za razliku od ugovora o doživotnom izdržavanju, koji je imenovan - reguliše ga ZON, a primenjuju se pravila ZOO, dvostrano obavezan, teretan, aleatorna, intuitu personae, formalan, sa trajnim izvršenjem obaveze. Odmah se uočavaju određene sličnosti - aleatornost, teretnost, dvostrana obaveznost i formalnost. Suštinska razlika između ova dva ugovora jeste u trenutku prenosa prava vlasništva: kod ugovora o doživotnom izdržavanju prenos prava vlasništva vrši se nakon smrti primaoca izdržavanja, dok se kod aleatornog teretnog ugovora prenos prava vlasništva vrši u momentu zaključenja ugovora, a obaveze sticaoca svakako traju do kraja života prenosioca, jer se ugovor u suprotnom može raskinuti zbog neispunjenja obaveza.¹⁵

U odnosu na plodouživanje, aleatorni teretni ugovor pruža veću slobodu ugovaranja i dozvoljava da prenosilac za sebe ustanovi pravo plodouživanja, jer sticalac stiće svojinu trenutkom zaključenja ugovora, pa je ovakva pravna konstrukcija moguća čak poželjna radi pravne zaštite jedne ugovorne strane. Sa druge strane, za sticaoca znači ograničenje prava svojine i sticanje nuda proprietas. Ugovor o doživotnom izdržavanju čini nemogućim sticanje prava plodouživanja za primaoca izdržavanja, jer je on vlasnik svoje nekretnine do kraja života, a davalac izdržavanja stiće svojinu u momentu smrti primaoca. Ne može vlasnik za sebe da ustanovi službenost, jer konsolidacijom ista prestaje.

Ova dva ugovora ni u kom slučaju ne treba poistovećivati, jer zahvaljujući razlikama među njima ugovorne strane, na osnovu autonomije volje, svoje odnose mogu do najsitnijih detalja da urede i da ih prilagode svojim potrebama, a istovremeno da njihove želje budu pravno uobličene¹⁶.

Autor smatra da aleatornom teretnom ugovoru, upravo zbog značaja i pravnih mogućnosti koje pruža ugovornim stranama, treba dati posebno mesto i ne svrstavati ga u model ugovora o doživotnom izdržavanju. To je neimenovani ugovor te kao takav neregulisan niti ZOO niti ZON, iako se na njega primenjuju odredbe ovih pozitivnih propisa i opšta pravila ugovornog prava. Ovaj ugovor omogućava ugovornim stranama da stiču stvarna prava na nekretninama, pravo svojine, stvarne i lične službenosti.

¹⁵ Primarna sličnost između aleatornog teretnog ugovora, ugovora o poklonu i ugovora o prodaji, je sticanje prava svojine trenutkom zaključenja ugovora, zatim što je uslov punovažnosti pismena forma i potpisi overeni u Sudu. „Donatio mortis causa je jednostrani ugovor prema kojem darodavac na uštrb svoje ostavine obećava drugome besplatno imovinsku prednost, a ovaj drugi istu kao takvu prima“, vidi Bogdanfi i Nikolić, supra note 5.

¹⁶ Jedan deo pravne misli se priklanja stanovištu da je aleatorni teretni ugovor samo modalitet ugovora o doživotnom izdržavanju i nazivaju ga kvazi ugovorom o doživotnom izdržavanju.

Ugovor o ustupanju i raspodeli imovine za života

Pojam i karakteristike

Ugovorom o ustupanju i raspodeli imovine za života predak može svojim potomcima ustupiti i razdeliti imovinu (čl.182 ZON). Ugovor je punovažan samo ako su se sa ustupanjem i raspodelom saglasili svi ustupiočevi potomci, koji će po zakonu biti pozvani da ga naslede (čl.183 ZON). Ugovor mora biti sačinjen u pismenoj formi i overen kod sudije koji je dužan da ga pre overe pročita strankama i naročito ih upozori da ustupljena imovina ne ulazi u ustupiočevu zaostavštinu i da se njome ne mogu namiriti nužni naslednici (čl.184 ZON).

Ugovor može obuhvatiti samo imovinu koja postoji u času ustupanja i raspodele, u celini ili delimično (čl.185 ZON).

Prestanak ugovora

Ugovor može da opozove ustupilac ukoliko naslednik pokaže grubu neblagodarnost¹⁷ prema njemu, ukoliko ne daje ugovoreno izdržavanje ili ne namiri ostaviočeve dugove ako je tako bilo predviđeno ugovorom. Takođe, ugovor mogu pobijati ustupiočevi poverioci pod uslovima za pobijanje besplatnih pravnih raspolaganja (čl.190 st. 2 ZON). Pomenuta rešenja sadrži Zakon o nasleđivanju¹⁸ iz 1955. god. u čl. 120. Naravno, potomak ne gubi pravo na nužni deo koji mu po zakonu pripada, ali mora da vrati ono što je po osnovu ugovora primio.

Plodouživanje u ugovoru o ustupanju i raspodeli imovine za života

Pri ustupanju i raspodeli, ustupilac može za sebe ili svog bračnog druga, ili za oboje, ili za nekog drugog, zadržati pravo uživanja na svim ili nekim ustupljenim dobrima, može ugovoriti doživotnu rentu u stvarima ili novcu, doživotno izdržavanje ili kakvu drugu naknadu. Kada su uživanje ili doživotna renta ugovoreni za ustupioca ili njegovog bračnog druga zajedno, pa jedno od njih umre, uživanje ili renta pripadaju u celini drugom do njegove smrti, ako šta drugo nije ugovoreno ili ako šta drugo ne proizlazi iz okolnosti (čl.188 ZON). Ovakvo rešenje poznaje i Zakon o nasleđivanju iz 1955. god. u čl. 116. Iz navedenog se vidi da zakon podržava socijalnu i humanu funkciju plodouživanja i kroz ovaj naslednopravni ugovor. Naslednici stiču imovinu bez odgovornosti za dugove ostavioca. Međutim, njihovo pravo može biti ograničeno plodouživanjem ostavioca i/ili njegovog bračnog druga. Na taj način naslednici stiču голу svojinu na nepokretnim ili pokretnim stvarima, dok ostavilac sebe štiti od samovoljnog postupanja svojih potomaka, da u budućnosti ne dođe u situaciju da bude npr. isteran iz stana ili da mu budu uskraćena druga prava. Ovo je

¹⁷ Pod grubom neblagodarnosti treba shvatiti takvu povredu tela, časti ili imovine zbog koje bi se mogao pokrenuti krivični postupak, bilo na zahtev povređenog ili po službenoj dužnosti.

¹⁸ Zakon o nasleđivanju, Savez Udruženja pravnika Jugoslavije, Beograd, 1955. god.

veoma važno, imajući u vidu funkcije plodouživanja, ali i naslednopravnih ugovora, jer time ostvaruju svoju socijalnu dimenziju u punom obimu.

Kada se sa ustupanjem i raspodelom imovine nije saglasio neki od potomaka koji je postao naslednik, delovi imovine koji su ustupljeni ostalim naslednicima smatraju se kao pokloni (čl.187 ZON), što znači da će im se uračunati u njihov nasledni deo. Ukoliko je ostavilac zadržao pravo plodouživanja prilikom zaključenja ugovora na celokupnoj ili delu imovine, ovo pravo ostaje netaknuto, bez obzira što se u takvoj situaciji ustupanje smatra poklonom.

ZAKLJUČAK

Konstituisanje plodouživanja, kao i ostalih ličnih službenosti, znači teret za vlasnika. Iz tog razloga je konstituisanje ovog prava uvek uzrokovano određenim interesom, imovinskim ili neimovinskim, i za vlasnika i plodouživaoca. Prvobitna, izvorna funkcija plodouživanja je alimentacionog i humanog karaktera, što važi i danas. Ova lična službenost, pre svega, ima socijalnu dimenziju i to je njena najbitnija karakteristika, ali pored zbrinjavanja ono pruža mogućnost očuvanja ili pak podizanja standarda života jedne ugovorne strane. Bez obzira što, sa jedne strane, vlasnik trpi da mu je pravo svojine znatno ograničeno, odnosno što mu ostaje samo gola svojina, sa druge strane, plodouživalac uživa najšire pravo korišćenja i uživanja stvari, izuzev prava raspolaganja i zadiranja u njenu suštinu, ili kako starija prava navode, zabrana zadiranja u supstanciju stvari.

Plodouživanje ima najveći značaj u naslednom pravu kroz naslednopravne ugovore, gde vrši funkciju materijalnog zbrinjavanja između roditelja i dece, supružnika, ostalih članova porodice...štiteći ih od uzajamne nebrige i nepažnje, gde se u prvi plan ističe interes porodice i društvene zajednice.

Naslednopravni ugovori pružaju dobru podlogu za konstituisanje prava plodouživanja. U zavisnosti od vrste ugovora i željene pravne konstrukcije između ugovornih strana, plodouživanje je „pametno“, odnosno poželjno ugovoriti, dok sa druge strane, isto predstavlja pravnu nelogičnost. Tako, na primer, primalac izdržavanja kod ugovora o doživotnom izdržavanju nema nikakve potrebe da za sebe ustanovljava plodouživanje, jer ima svojinu na stanu, dok, ukoliko davalac izdržavanja stekne plodouživanje, time primalac biva obespravljen, jer mu ostaje nuda propriets. Isto tako, kod aleatornog teretnog ugovora, nema potrebe da sticalac stiče plodouživanje, jer je trenutkom zaključenja ugovora postao vlasnik stvari, dok bi ugovaranjem plodouživanja za prenosioca, sticalac stekao svojinu sa teretom.

Međutim, kod ugovora o ustupanju i raspodeli imovine za života, posebno ako je u pitanju celokupna imovina pretka-ustupioca, pravo plodouživanja zauzima važno mesto, što potvrđuje i rešenje u Zakonu o nasleđivanju.

Autor smatra, da za razliku od ugovora o doživotnom izdržavanju i aleatornog teretnog ugovora, ugovor o ustupanju i raspodeli imovine za života pruža najbolju mogućnost za nastanak prava plodouživanja. Imajući u vidu da ugovorom može da

bude obuhvaćena celokupna imovina ustupioca ili njen deo, isti ima pravo da ugovori za sebe i/ili svog bračnog druga pravo plodouživanja na celokupnoj ili delu imovine koja je predmet ugovora i time ograniči pravo svojine sticaocu-potomku. Na ovaj način, ostavilac sebi „obezbeđuje budućnost“, tačnije štiti se od samovoljnog i bezobzirnog postupanja drugih saugovarača.

Ogroman broj primera iz prakse pokazuje da se najveće nepravde i neljudski odnosi dešavaju upravo među najbližima. Velik je broj sporova radi raskida ili poništaja naslednopravnih ugovora pred sudovima, što je očigledan pokazatelj loših međuljudskih odnosa. Ugovaranjem plodouživanja, vlasniku ostaje samo gola svojina, dok plodouživalac ima neposrednu pravnu vlast na poslužnoj stvari i najšire pravo korišćenja i uživanja iste. Međutim, kako vlasnik mora da trpi plodouživačeva prava, tako plodouživalac nema pravo raspolaganja i promene suštine stvari, jer su ta prava isključivo rezervisana za vlasnika. Plodouživanje pruža svojevrstu zaštitu i sigurnost ugovornim stranama, jer ograničava pravo svojine odnosno neposrednu pravnu vlast na stvari i onemogućava i vlasnika i plodouživaoca da se maliciozno ponašaju.

Autor smatra da pravo plodouživanja zaslužuje posebno mesto u stvarnom pravu, ali i u naslednom pravu. Ono je dodirna tačka između stvarnog prava i naslednog prava, prevashodno kroz različite modalitete naslednopravnih ugovora. Život je uvek raznovrsniji i bogatiji od zakonskih formulacija i ugovaranje plodouživanja u naslednopravnim ugovorima potvrđuje njegov porodični i društveni značaj.

Summary

Usufruct as a private servitude allows its beneficiary the right to enjoy the use or the profit of the property or land of another person, except the right to dispose, in which case the owner keeps only bare ownership. Contracts of Inheritance Law represent one of the ways to establish usufruct, not so often in practice, yet very interesting. Author indicates the importance of usufruct through contract of support for lifetime, quasi-contract of support for lifetime and contract to assign property.

Key words: *private servitudes, usufruct, contract, acceptor, giver, assignor, holder, real estate, property.*

ОСНОВНА НАЧЕЛА ВАНПАРНИЧНОГ ПОСТУПКА

Др Гордана Станковић*

***Апстракт:** Аутор у раду даје преглед функционалних процесних начела на којима се заснива ванпарнични поступак Републике Србије, по чијим правилима се поступа приликом пружања правне заштите у различитим ванпарничним стварима. У раду се констатује да су истоимена процесна начела, на којима је заснован парнични поступак, као редовни, основни и општи метод правне заштите у домену грађанскоправне заштите, на различите начине конкретизована у сваком поједином ванпарничном поступку, у зависности од врсте поступка, намене конкретног метода грађанскоправне заштите, правно-техничких циљева који се остварују у сваком поједином поступку и правно-политичких циљева који треба, по оцени законодавца, да буду остварени приликом пружања правне заштите у сваком од њих.*

***Кључне речи:** грађански судски поступак, ванпарнични поступак, основна процесна начела.*

1. Начела су општа и основна правна правила кроз која се изражавају одређени правно-политички и правно-технички циљеви који треба да се остваре у грађанском судском поступку и која служе као путоказ приликом уређивања поступка за пружање правне заштите у домену грађанскоправних односа. Основни постулати правне заштите који кроз поступак треба да се остваре су: законитост, правичност, ефикасност и економичност.

Процесна начела изражавају битне карактеристике сваког грађанског судског поступка, као метода правне заштите, и представљају идеје водиле у обликовању процесних института и појединих процесних овлашћења и дужности у сваком грађанском судском поступку. Основна процесна начела конкретизована су у сваком поједином грађанском судском поступку кроз различита процесна правила, на различите начине и у различитој мери. Законодавац увек има у виду одређена процесна начела кад уређује процесни систем и сваки

* Др Гордана Станковић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија.

конкретни метод правне заштите. Основни процесни принципи руководе законодавца приликом одређивања физиономије, садржине и тока сваког од метода грађанскоправне заштите и приликом нормирања појединих процесних института. Законодавац мора да води рачуна, не само о начелима организационог процесног права и основним функционалним процесним начелима, већ и о појединим посебним процесним принципима који се тичу одређених процесних института или конкретних процесних радњи.

Поједина процесна начела на којима се заснива савремена цивилна процедура представљају резултат вековног искуства стеченог у процесној делатности судова, како домаћих, тако и страних. Она несумњиво омогућавају да се остваре одређени правно-политички циљеви и жељени и очекивани квалитети у судском раду. Због тога се и став законодавца према појединим процесним начелима, и код нас и у свету, мењао током историје, зависно од оцене вредности и схватања самог законодавца о значају сваког начела, одређених правнополитичких ставова и зависно од практичних потреба сваке друштвене заједнице у одређеном временском тренутку.

Међусобни однос основних процесних начела у сваком грађанском судском поступку је различит. Поједина основна начела се преплићу, те законодавац често у поједином степену, етапи поступка или процесној ситуацији даје превагу поједином начелу¹ или одступа од њега, из различитих разлога, тако да је понекад тешко утврдити однос између појединих начела у истом грађанском судском поступку.

Због инструменталног карактера цивилне процедуре, поједина процесна начела конкретизована су на различит начин и у различитом обиму не само у сваком грађанском судском поступку² већ и у појединим посебним поступцима у оквиру сваког од њих. То је посебно карактеристично за ванпарничну процедуру јер су, за разлику од парничне процедуре, која је релативно униформна, ванпарнични поступци, по природи ствари, разноврсни и хетерогени чак и кад се ради о ванпарничним поступцима који су креирани за поједине врсте ванпарничних ствари.

Процесна начела имају значај не само за законодавца, већ и за судију који примењује процесна правила у вршењу судске функције. И судија, као примењивач права у поступку правне заштите, мора да води рачуна и има у виду и процесна начела приликом примене и интерпретације процесних правила у сваком од грађанских судских поступака, јер су норме којима су фор-

¹ Тако се, нпр. у домаћој савременој парничној процедури све више инсистира на расправном начелу и примена истражног начела своди на изузетак. Или, ограничава се у одређеној мери начело диспозитивности увођењем система преклузија да би се спречило одуговлачење поступка и остварио принцип суђења у разумном року, па чак и на штету принципа законитости, или се напушта, у све већој мери, принцип непосредности у првостепену поступку, у корист принципа посредности.

² Поједина процесна начела важе у току читавог поступка и свим фазама поступка, док су поједина начела од значаја само за поступак у одређеном степену судске заштите.

мулисани основни процесни принципи императивне природе и увек морају бити примењене. Са начелима, као највишим и најопштијим нормама правног система које изражавају основне правне вредности, мора да буду усклађене и тумачене све остале правне норме.

Улога судије у интерпретацији процесних правила посебно је специфична и карактеристична за ванпарничне поступке, пошто се у овим поступцима сходно примењују правила парничне процедуре, тако да конкретизацију појединог основног функционалног принципа, поред законодавца, врши и сам суд у сваком конкретном случају.

У овом раду биће дат сумаран преглед основних процесних начела која важе у ванпарничном поступку Републике Србије, јер она представљају не само смернице приликом законодавног уобличавања ове материје, већ и смернице за поступање субјеката ванпарничног поступка у појединим ванпарничним стварима. Република Србија у скорој будућности треба да реформише своје ванпарнично процесно право, те из тог разлога треба преиспитати принципе на којима се овај метод правне заштите заснива и начин на који су ти принципи конкретизовани због ширине ванпарничне материје и разноврсности ванпарничних ствари. Озбиљан законодавни захтват претпоставља анализу постојећих законских решења и проблема које је евидентирала судска пракса.

Приликом предстојеће реформе ванпарничне процедуре, са којом се неоправдано касни, потребно је да се ванпарнично процесно право усклади не само са новим уставноправним решењима из Устава из 2006. г., већ и са Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода (1950),³ коју је прихватила и ратификовала и наша држава, да би и ванпарнични поступак, попут парничног поступка, пружао неопходне правне гаранције у складу да одредбом чл. 6. ЕК.⁴ Будућа реформа ванпарничне процедуре претпоставља, исто тако, и имплементацију препорука Комитета министара Савета Европе⁵ и

³ Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, измењене у складу са Протоколом бр. 11, „Сл. лист СЦГ“, Међународни уговори, 9/23, стр.16. У даљем тексту: ЕК.

⁴ С обзиром на елементарно функционално право странке, да јој правну заштиту пружа независан и непристрасан суд основан у складу са законом, несумњиво је да ће приликом предстојеће реформе ванпарничне процедуре бити потребно да се из законског текста елиминише одредба по којој поједине радње у поступку могу да предузимају и судски помоћници. На тај начин правила ванпарничне ускладиће се не само са ЕК, већ и са важећим Уставом, по коме у суђењу учествују само судије и судије поротници (чл. 142. ст. 4. УС). Осим тога, и принцип о праву на суђење у разумном року мора да доведе до измене одредаба о упућивању на парницу, које карактерише ванпарничну процедуру, јер постојеће законско решење несумњиво доприноси дугом трајању ванпарничног поступка.

⁵ Видети: Препоруку бр. Р (81) 7 о мерама које омогућавају приступ суду; Препоруку бр. Р (84) 5 о начелима грађанског поступка за унапређивање остваривања правде; Препоруку бр. Р (86) 12 о мерама за спречавање и смањивање оптерећења судова; Препоруку бр. Р (95) 5 о увођењу и унапређивању жалбених поступака у грађанским и привредним предметима; Препоруку бр. Р

стандарда који су прихваћени у пракси Европског суда за људска права. Пре-суде Европског суда за људска права, међународни правни инструменти које је усвојио Комитет министара и закључци са састанака који су организовани у оквиру програма правне сарадње, садрже основне принципе и правила која треба да инспиришу националне законодавце приликом предузимања законодавних мера које су намењене функционисању система правне заштите.⁶

2. Ванпарничну процедуру Републике Србије, за разлику од парничне процедуре, коју карактерише низ функционалних фундаменталних начела изричито формулисаних у основним одредбама ЗПП,⁷ по правилу, не одликује посебно развијен систем процесних принципа.⁸ То је, с једне стране, последица околности што ванпарничну процедуру, као метод грађанскоправне правне заштите, карактерише низ хетерогених и разноврсних поступака или групација поступака тако да законодавац, по природи ствари, није у стању да формулише сва заједничка начела у оквиру општих одредаба Закона о ванпарничном поступку.⁹ С друге стране, то је последица нормативне технике која је коришћена у току рада и која се, у ствари, заснива на схватању да је ванпарнична процедура изузетан метод грађанскоправне заштите који је изричито предвиђен и допуштен у појединим грађанскоправним стварима кад постоји потреба за посебном правном заштитом, али и околности да је низ ванпарничних ствари регулисан у оквиру закона којима се уређује материјално право.

Поједини процесни принципи на којима се заснива ванпарнична процедура регулисани су експлицитно у уводном делу ЗВП,¹⁰ у оквиру његових општих одредаба, док је један број принципа регулисан или кроз правила о сходној примени ЗПП¹¹ или имплицитно, преко институција којима су ти принципи (98) 1 о породичној медијацији; Препоруку бр. Р (2002) 10 о медијацији у грађанским стварима, Збирка одабраних препорука Савета Европе, Савет Европе, Београд, 2004, стр. 47-75.

⁶ Видети: Оптималне мере које предузимају државе у циљу унапређења ефикасности правосуђа, Извештај Европског комитета за правну сарадњу, 23. Конференција европских министара правде, Лондон, јуни 2000.

⁷ „Сл. гласник РС“ бр. 125/04, 111/09.

⁸ Детаљно о томе: Станковић, Г. – Грађанско процесно право, друга свеска, Ванпарнично и извршно процесно право, Ниш, 2007, стр. 24.

⁹ „Сл. гласник СРС“ бр. 25/82, 48/88, „Сл. гласник РС“ бр. 46/95, 18/2005. У даљем тексту ЗВП (1982).

¹⁰ Начело законитости, начело диспозиције и официјелности, начело социјалне заштите, расправно и истражно начело, начело јавности и начело искључења јавности, начело обостраног саслушања, начело о праву на правни лек.

¹¹ Сходна примена правила ЗПП, посебно кад су у питању поједина фундаментална процесна начела која важе у свим грађанским судским поступцима и која нису изричито формулисана у ЗВП (као што су нпр. начело савесног поступања, начело забране злоупотребе процесних овлашћења или начело привидне суверености суда), требало би да, у одређеној мери, ублажи хетерогеност ванпарничних поступака. Пошто сходну примену врши ванпарнични суд, а организација правосуђа у Републици Србији не омогућава да контролу у том погледу изврши највиши суд, нити постоје посебни органи који би то омогућили уједначавање судске праксе у домену ванпарничне процедуре, уједначавање се врши на нивоу виших судова који поступају као

конкретизовани. Исто тако, важење одређених фундаменталних процесних начела се претпоставља, јер непосредно произлази из самог Устава и чињенице да поступање ванпарничног суда представља вршење судске функције.¹² Поједина ванпарнична процесна начела су или регулисана изричито, као метод поступања у појединим посебним ванпарничним поступцима, или су регулисана фрагментарно, с тим што имају сасвим друго значење или домет у односу на истоимена процесна начела парничног поступка. Ванпарнична начела не прожимају на исти начин све посебне поступке, нити су на исти начин конкретизована у сваком од њих.

Начело законитости поступка или начело законског регулисања поступка је једино процесно начело које важи за све ванпарничне поступке. Одредбама ванпарничне процедуре предвиђени су субјекти ванпарничног поступка, одређена надлежност ванпарничног суда и регулисана активност свих субјеката у ванпарничном поступку. Норме ванпарничног процесног права су когентне и субјекти ванпарничног процесног односа су дужни да поступају по њима. На тај начин законодавац је омогућио не само правилну примену правила ванпарничне процедуре већ је створио услове за јединствену и једнообразну примену правила одговарајућег ванпарничног поступка на читавом правном подручју у интересу владавине права и правне сигурности.

3. Групацију имовинских ванпарничних поступака чине различите ванпарничне правне ствари, у којима постоји потреба за интервенцијом државе ради уређивања садашњих или будућих грађанскоправних односа између лица која не могу сама да се сложе око њиховог уређивања или која без судске одлуке не могу већ стечена права да врше. У овим ванпарничним поступцима испољава се, у највећој мери, превентивна улога поступка ванпарничне правне заштите којом се предупређују евентуални спорови у будућности.

Ванпарнични поступци у имовинским стварима знатно се разликују од осталих посебних ванпарничних поступака. То је видљиво не само по начелима на којима су они засновани, већ и по начину на који су она конкретизована у сваком од њих. Поступци у овим ванпарничним стварима су најчешће двостраначки и контенциозни.

У групацији ванпарничних имовинских поступака у ЗВП уређени су: поступак за расправљање заоставштине, поступак за деобу заједничких ствари или имовине, поступак за уређење међа, поступак за уређење и управљања и коришћења заједничке ствари и поступак за одређивање накнаде за експроприсану непокретност. Поједини имовински ванпарнични поступци уређени су

инстанциони судови. На овај начин Врховни касациони суд је ускраћен да оствари своју уставну функцију у погледу јединствене примене права, уједначавања судске праксе и остваривања равноправности грађана и у ванпарничним поступцима.

¹² Околност да контролу законитости многих одлука ванпарничног суда не може да изврши највиши суд у држави озбиљно доводи у питање реализацију принципа о праву на правни лек, али и принцип владавине права, прокламован Уставом.

појединим материјалноправним законима тако што је предвиђено да се правна заштита у тим стварима пружа по правилима ванпарничне процедуре.

4. Основна начела на којима су конципирани имовински ванпарнични поступци су: начело диспозиције и начело официјелности у погледу покретања поступка,¹³ расправно¹⁴ и истражно начело у погледу прикупљања процесног материјала,¹⁵ начело судског кретања поступка, које важи независно од тога ко је имао иницијативу у погледу покретања поступка,¹⁶ начело изјашњавања странака,¹⁷ начело непосредности¹⁸ и начело посредности,¹⁹ начело јавности,²⁰ начело усмености и писмености, начело слободне оцене доказа, начело јединста читавог поступка, начело социјалног поступања, начело поучавања неуке странке. У погледу обима заштите у ванпарничном поступку нема посебних правила, те се сходно примењује ЗПП.

Правила ванпарничног процесног права, упркос својој самосталности, због свог инструменталног карактера стоје у непосредној вези са правилима

¹³ У ванпарничним поступцима који припадају групацији имовинских ванпарничних поступака, у погледу покретања поступка важи или један или други принцип. У појединим ванпарничним поступцима у статусним или у породичним стварима, међутим, важе оба принципа у погледу покретања поступка, јер се на тај начин пружа потпунија заштита права и интереса који по природи ствари захтевају посебно старање. О томе и: Благојевић, Б. – Начела приватног процесног права, Београд, 1936, стр. 271.

¹⁴ Странке имају право да износе процесни материјал, али суд одлучује о томе који ће се докази изводити.

¹⁵ У поступцима у којима доминира принцип официјелности, наглашенија је примена истражног начела. На тај начин омогућено је суду да потпуније остварује своја официјелна овлашћења, те суд може да утврђује и правно релевантне чињенице које учесници нису изнели или оне које међу њима нису спорне, уколико су значајне за одлучивање.

¹⁶ Суд одлучује о временском току поступка, о заказивању рочишта и о одређивању рокова за поједине страначке процесне радње.

¹⁷ Начело изјашњавања странака, у складу са принципом једнакости и равноправности странака, остварује се, по правилу, на рочишту, јер оно омогућава да се сви учесници, као субјекти поступка, непосредно изјашњавају о истакнутим предлозима и процесној грађи. Међутим, одредбом чл. 11. ЗВП предвиђено је да се рочиште одржава само кад је то законом предвиђено или кад суд оцени да је то потребно ради разјашњења и утврђивања битних чињеница или да је то целисходно. Изјашњавање учесника је неформално. Учесници се могу изјашњавати и у одсуству других учесника, јер изостанак појединих учесника са рочишта не спречава суд да даље поступа, осим кад законом није друкчије одређено, а могућно је да се изјашњавају и у писменој форми (у пракси Европског суда се сматра да се у том случају не ради о повреди одредбе чл. 6. ЕК). У складу са овим принципом, изјављени правни лек суд доставља свим учесницима.

¹⁸ Начело непосредности је, углавном, изражено у конценциозним ванпарничним стварима.

¹⁹ У ванпарничном поступку доминира начело посредности, јер, с једне стране, доказе не мора увек да изводи судија, док се, с друге стране, доказивање може вршити и без учешћа предлагача или учесника. Осим тога, ванпарнични суд користи и доказе које он није изводио, а који су изведени у неком другом поступку из кога потичу. У том случају, међутим, суд је дужан да омогући изјашњавање странака о тим доказима.

²⁰ Начело јавности, као основно уставно начело, важи у имовинским ванпарничним стварима, и манифестује се и као страначка и као општа јавност.

материјалног права чијем остваривању и заштити служе, те је свака врста ванпарничног поступка прилагођена посебном предмету. То је и разлог што су поједина основна начела ванпарничне процедуре у појединим имовинским поступцима конкретизована на специфичан начин или што је на различите начине одступљено од њих или што су предвиђени одређени изузеци од појединих заједничких начела, тако да се у погледу конкретизације истог принципа понекад јављају екстремне разлике. Осим тога, сходна примена правила ЗПП знатно доприноси хетерогености у конкретизацији појединих класичних начела.

5. У оставинском поступку важи, пре свега, начело официјелности, које представља примарно начело у погледу покретања поступка,²¹ док се начело диспозиције,²² по правилу, односи на режим предузимања страначких процесних радњи,²³ истражно начело, које се односи на иницијативу у погледу прикупљања процесног материјала,²⁴ начело изјашњавања странака,²⁵ начело

²¹ Учесници у оставинском поступку нису овлашћени да својом вољом утичу на покретање поступка, одређивање предмета поступка, развијање и окончање оставинског поступка. Осим тога, ово начело је конкретизовано и тиме што је изричито прописано са оставински суд *ex officio* одређује мере за заштиту права и правних интереса малолетних лица о којима се родитељи не старају, о заштити интереса насцитуруса и о заштити лица која нису у могућности да се самостално старају о заштити својих права и интереса, што доноси решење о попису и процени заоставштине када су непознати наследници или је непознато њихово бориште или када су наследници лица која услед малолетства, душевне болести или из других разлога не могу самостално да се старају о заштити својих права и интереса, што оставински суд поставља колизијског старатеља кад постоји потреба за тим.

²² Начело диспозиције испољава се у погледу покретања поступка само уколико иза оставиоца нису остале непокретности (чл. 113. ст. 2. ЗВП). Осим тога, предлагач у поступку који је сам покренуо може да располаже предметом поступка и да утиче на ток поступка повлачењем предлога. У официјелно покренутом поступку принцип диспозиције се испољава тако што странке имају потпуну слободу у погледу предузимања процесних радњи и вршењу својих права, и грађанских и процесних, и потпуно су слободне да одлуче да ли ће и коју ће процесну радњу предузети и каква ће бити садржина те радње, с тим што странка мора да води рачуна о томе да њено процесно понашање буде у складу са правом. У поступку за расправљање заоставштине санаследници могу да се споразумеју о начину деобе наслеђа и да на тај начин утичу на садржину решења о наслеђивању.

²³ Без обзира што је законодавац дао примат начелу официјелности у погледу покретања поступка у односу на принцип диспозиције који у том погледу важи као изузетак, на тај начин је ипак и у овом ванпарничном имовинском поступку усвојен систем кумулације у погледу покретања поступка, јер важе оба начела.

²⁴ Према законским одредбама, суд, по правилу, сам утврђује правно релевантне чињенице које су битне за утврђивање наследноправних последица оставиоцеве смрти, без обзира да ли су оне спорне или неспорне међу странкама. Ово начело посебно доминира кад се ради о утврђивању круга оставиоцевих наследника. Из тог разлога, суд саслушава *ex officio* лица за која сматра да би могла имати једнако или јаче право на наслеђе и та лица позива огласом да се јаве суду (видети одредбу чл. 117. ст. 5. ЗВП).

²⁵ Принцип обостраног саслушања конкретизован је на специфичан начин. Оставински суд је дужан да закаже рочиште за расправљање заоставштине и да на њега позове и законске и тестаменталне наследнике, као и лица која имају право на легат. Међутим, изјашњавање учесника је могућно и кад рочишту не присуствују остали учесници, нити је суд увек дужан да сваком

посредности,²⁶ које је доминантно у односу на начело непосредности, начело социјалног поступања, које је конкретизовано на специфичан начин.²⁷

6. У поступку за одређивање накнаде за експроприсану непокретност, који припада групи контенциозних ванпарничних поступака, важе: начело официјелности, у погледу покретања поступка,²⁸ начело диспозиције, у погледу предузимања страначких ванпарничних радњи,²⁹ начело хитности, начело обостраног саслушања,³⁰ истражно³¹ и расправно начело³² у погледу прибављања процесног материјала, и начело социјалног поступања.³³

7. У осталим имовинским ванпарничним поступцима важи начело диспозиције у погледу покретања поступка, одржавања поступка у току, одређивања предмета поступка, располагања предметом поступка и располагања процесним материјалом. Поред овог начела, поступак се заснива на расправном

учеснику омогући да се изјашњава о изјавама, наводима и предлозима других учесника. Овакво законско решење представља директну последицу околности што се оставински поступак покреће по службеној дужности, а не предлогом странке.

²⁶ Начело посредности манифестује се у томе што наследничку изјаву о прихватању наслеђа, као и друге изјаве и предлоге, може да узме и стручни сарадник (чл. 118. ст. 4. ЗВП), што оставински судија приликом утврђивања последица оставиочеве смрти узима у обзир и доказе који нису изведени пред њим или које он није извео, што на рочишту за расправљање заоставштине чита записнике о наследним изјавама, што решење о наслеђивању може да донесе и судија који није сам непосредно предузимао све радње у оставинском поступку.

²⁷ Оставински суд је дужан да обавести орган старатељства о постојању насцитуруса, као и о покретању оставинског поступка у коме се одлучује о наследним правима малолетних лица или лица под посебном друштвеном заштитом.

²⁸ У овом ванпарничном поступку доминира заштита јавног интереса. Пошто је неопходно садејство суда да би се ограничио приватни интерес, у овом поступку претежу принцип официјелности и истражно начело, док су начело диспозиције и расправно начело сужени у одређеном обиму и конкретизовани у мери која је потребна ради заштите права ранијег сопственика.

²⁹ У току поступка учесници могу да се споразумеју о облику и обиму, одн. висини накнаде и у том случају суд ће своју одлуку засновати на њиховом споразуму, под условом да он није у супротности са принудним прописима и правилима морала.

³⁰ Ванпарнични суд је дужан да закаже рочиште на коме се странке изјашњавају о облику и обиму, одн. висини накнаде, као и о наводима и предлозима друге странке.

³¹ Ванпарнични суд је дужан да по службеној дужности прибави доказе о вредности непокретности.

³² Странке имају право да на рочишту предложе да се изведу докази који су од значаја за одређивање накнаде.

³³ Ово начело конкретизовано је кроз правило о постављању привременог законског заступника по службеној дужности, уколико ранији сопственик непокретности умре или изгуби пословну способност или је његово боравиште непознато. У том случају ванпарнични суд је дужан да о томе без одлагања обавести орган старатељства.

начелу,³⁴ начелу обостраног саслушања,³⁵ начелу слободне оцене доказа, писмености и усмености, јавности и непосредности. Разуме се, у складу са правилном о сходној примени ЗПП важе и друга фундаментална процесна начела.

8. Ванпарнични поступци у стамбеним стварима нису посебно уређени ЗВП-ом. Област ванпарничне стамбене јурисдикције обухвата многе поступке који су нису регулисани ЗВП-ом, јер су регулисани другим законима или који, по природи ствари, спадају у област потенцијалне ванпарничне стамбене јурисдикције. Правила о посебним ванпарничним поступцима у имовинскоправним стварима која су предвиђена за деобу ствари или за уређење управљања и коришћења заједничке ствари из ЗВП тичу се и станова, па самим тим улазе и у област ванпарничних поступака у стамбеним стварима.

Поступак у ванпарничним стамбеним стварима парцијално је регулисан ЗВП-ом, тако што су поједина основна ванпарнична начела посебно конкретизована кад се ради о овим стварима или су у одредбама о посебним ванпарничним поступцима у групацији имовинских поступака садржана и посебна правила која се односе на стамбене ванпарничне ствари. Законодавац је прописао ванпарнични поступак, као метод за решавање низа стамбених ствари, у самом тексту Закона о становању (1992),³⁶ у Закону о одржавању зграда, Закону о својини на деловима зграде итд., тако што је само означио да се у тим правним стварима поступа по правилима ванпарничног поступка или је у појединим законским одредбама конкретизовао основна ванпарнична начела на посебан начин.

Ванпарнични поступци у многим стамбеним стварима данас су у доброј мери маргинализовани и више немају некадашњи значај, што је последица приватизације стамбеног фонда који је некада био у друштвеној, односно државној својини.

У ванпарничним поступцима у стамбеним стварима, без обзира да ли су уређени ЗВП-ом или неким другим законом, доминира, пре свега, начело диспозиције. У основним одредбама ЗВП-а у овим ванпарничним поступцима посебно су апострофирани: начело обостраног саслушања³⁷ и о праву на ванредни правни лек (ревизију³⁸, уколико она законом није искључена), док

³⁴ Од расправног начела одступљено је нпр. у поступку за уређење управљања и коришћења заједничке ствари, јер је одредбом чл. 144. предвиђено да суд, уколико се заједничари не споразумеју, изводи потребне доказе и на основу целокупног поступка и да доноси решење којим уређује начин коришћења или управљања заједничком стварју у складу са правилима материјалног права, водећи рачуна о њиховим посебним и заједничким интересима.

³⁵ У поступку за уређење међа факултативно је одржавање рочишта.

³⁶ „Сл. гласник РС“ бр. 50/92, 76/92, 84/92, 33/93, 53/93, 67/93, 46/94, 47/94, 48/94, 44/95, 49/95, 16/97, 46/98, 26/01.

³⁷ У стамбеним стварима увек је обавезно одржавање рочишта, јер се ради о контенциозним стварима.

³⁸ Према правном схватању које је било утврђено на седници Грађанског одељења некадашњег Врховног суда Србије од 23. септембра 2008. г., после ступања на снагу Закона о парничном

су у одредама о појединим посебним ванпарничним поступцима предвиђена одређена одступања од појединих основних начела или су она конкретизована на специфичан начин, примерен правилима материјалног права. Тако је, нпр., упркос важећу расправног начела, у одредби чл. 144. ст. 2. ЗВП предвиђена примена истражног начела кад се предлогом тражи уређење коришћења заједничког стана или пословних просторија, те ће суд нарочито уредити које ће просторије заједничари користити посебно, а које заједнички, како ће се користити заједничке просторије, као и како ће се сносити трошкови коришћења просторија.

9. Законом о привредним друштвима Републике Србије,³⁹ који ће, пошто је донет нови Закон о привредним друштвима,⁴⁰ престати да важи крајем 2011. г., предвиђени су многобројни и разноврсни ванпарнични поступци који се тичу привредних друштава, у којима се пружају различити видови правне заштите.⁴¹ Поједини од ових поступака имају технички карактер, док се највећи број њих примењује ради решавања спорних правних ствари, тј. ради отклањања несагласности правних субјеката у току и поводом оснивања привредних друштава, њихових статусних промена и промена правне форме, управљања, вршења права и испуњења обавеза оснивача и чланова друштава, као и поводом других питања везаних за организовање, управљање, функционисање или престанак привредних друштава.

Нови Закон о привредним друштвима знатно је смањео број ванпарничних поступака у привредним стварима, с једне стране, а с друге стране, појединим ванпарничним стварима променио је правну природу и за њих предвидео парнични поступак као метод правне заштите. Ванпарнични поступци у стварима које се тичу привредних друштава нису регулисани као посебни методи ванпарничне заштите, већ су само именовани као ванпарнични

поступку ("Службени гласник РС", бр. 125/04), била је дозвољена ревизија у парничним стамбеним стварима уколико је тужба била подигнута после 23. фебруара 2005. године (када је ступио на снагу ЗПП), ако је тужилац у тужби означио или суд на погодан начин утврдио вредност предмета спора изнад меродавне вредности за изјављивање ревизије. То се, по аналогији, односило и на ванпарничне стамбене ствари.

³⁹ Закон о привредним друштвима „Службени гласник РС“, број 125/04. У даљем тексту: ЗПД.
⁴⁰ „Сл. гласник РС“ бр. 36/11 од 25.5.2011.

⁴¹ У тексту ЗПД именовани су следећи поступци: поступак за процену неновчаних улога, поступак за заштиту права информисања и увида, поступак за одређивање лица које заказује ванредну седницу скупштине чланова друштва са ограниченом одговорношћу, поступак за продужење рока за одржавање скупштине отвореног друштва, поступак за доношење одлуке о објављивању позива уписницима акција да преузму своје уплате, поступак за доношење одлуке о одржавању годишње скупштине акционарског друштва, поступак за доношење одлуке о одржавању ванредне скупштине акционарског друштва, поступак за проширење дневног реда скупштине акционара, поступак за остваривање права на обавештавање, поступак за именовање стручног повереника, поступак за доношење одлуке о одржавању ванредне скупштине акционарског друштва ради усвајања извештаја стручног повереника, поступак за остваривање права на увид у акта акционарског друштва и поступак за забрану куповине акција несагласних акционара.

поступци, тако да се у њима примењују малобројна посебна ванпарнична процесна правила и општа ванпарнична процесна правила предвиђена ЗВП-ом. Приликом регулисања ванпарничних поступака, законодавац је предвидео извесна посебна правила поступања. Број ових посебних ванпарничних правила релативно је мали и њихово прописивање условљено је потребом да се поступак прилагоди природи ванпарничне ствари у којој се примењује, као и циљу и садржини ванпарничне делатности.

10. Ванпарнични поступци за уређење личних стања (статусне ствари) и поступци у породичним стварима засновани су на принципима који се разликују од појединих принципа на којима се заснивају поступци у имовинским ванпарничним стварима. То је директна последица околности да се ради о правима и правним односима који су регулисани когентним материјалноправним нормама и да у тим ванпарничним правним стварима доминира јавни интерес, као и да суд у тим правним стварима има функцију старања о личности и правима и интересима странака.

Поступци за уређење личних стања су: поступак за стицање пословне способности,⁴² поступак за лишење пословне способности, поступак за враћање пословне способности, поступак за принудну хоспитализацију, поступак за проглашење несталог лица за умрло и поступак за доказивање смрти.⁴³

Поступак за стицање потпуне пословне способности малолетног родитеља је нов ванпарнични поступак⁴⁴ који је предвиђен одредбама Породичног закона.⁴⁵ С обзиром да ванпарнична процедура у време кад је Породични закон усвојен није била реформисана, законом је предвиђено да се до уређења овог посебног ванпарничног поступка процесним законом сходно примењују правила поступка којима је уређен поступак за давање дозволе за закључење брака.

⁴² О овом поступку детаљно: Станковић, Г. – Ванпарнични поступак за стицање пословне способности, Правни живот, бр. 13/2008, Станковић, Г. – Поступак за стицање пословне способности, Зборник на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје во чест на Стефан Георгијевски, Скопље, 2009, стр. 29.

⁴³ Интересантно је да се у једном убенику, као посебан ванпарнични поступак, наводи и поступак за признавање правне личности физичког лица, иако он није регулисан ниједним законским прописом. (Видети: Познић, Б. - Ракић-Водинелић, В. – Грађанско процесно право, Београд, 2011. стр. 549).

⁴⁴ Поступак за стицање потпуне пословне способности или поступак судске еманципације на балканским просторима први пут је био предвиђен у праву друге југословенске државе Законом о браку и породичним односима Републике Словеније (*Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih*, „Uradni list SR Slovenije“, br. 15/76). Одредбом чл. 117. Закона о браку и породичним односима Републике Словеније било је предвиђено да малолетник који је постао родитељ, ако за то постоје оправдани разлози, може да стекне потпуну пословну способност. Према одредби чл. 117. Закона, било је предвиђено да одлуку о еманципацији малолетног родитеља доноси суд на предлог надлежног органа старатељства.

⁴⁵ “Сл. гласник РС”, бр. 18/05.

Листа поступака за уређење личних стања није комплетна, те предстојећа законодавна реформа представља прилику да се уреде нови ванпарнични поступци као што су поступак за промену полног идентитета и поступак за легализацију промењеног полног идентитета.⁴⁶

У статусним ванпарничним стварима у општим одредбама закона изричито је ограничен принцип диспозиције,⁴⁷ фаворизовано истражно начело,⁴⁸ и прокламован принцип искључења јавности. У појединим статусним стварима, у погледу покретања поступка, поред принципа диспозиције, важи и принцип официјелности. Ови поступци засновани су на начелу хитности и начелу изјашњавања странака.⁴⁹

11. Ванпарнични поступци у породичним стварима⁵⁰ су: поступак за давање дозволе за ступање у брак у случају малолетства, поступак за давање дозволе за ступање у брак у случају сродства и поступак за продужење родитељског права.

Породични закон, који је у посебној глави регулисао посебне парничне поступке у парницама које се тичу породичних односа, донео је одређене новине у домену ванпарничне процедуре. Пре свега, законом је предвиђено да престају да важе одредбе ЗВП-а које се односе на поступак за лишење и враћање родитељског права. Законодавац је променио правну природу овим правним стварима и оне више немају карактер ванпарничних ствари, јер је за њихово решавање предвиђен парнични поступак као редовни правни пут. Породични закон је у појединим одредбама изричито предвидео ванпарнични метод правне заштите или то произлази из саме природе конкретне правне ствари.

⁴⁶ Детаљно о томе: Станковић, Г. – Пледоаје за легализацију права на промену пола и поступка за промену полног идентитета, Правна ријеч, Бања Лука, 2008; Станковић, Г. – Поступак за промену полног идентитета, *de lege ferenda*, Зборник радова “Двадесет година Закона о ванпарничном поступку Републике Србије”, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2003.

⁴⁷ Видети одредбу чл. 8. ст. 1. ЗВП.

⁴⁸ Видети одредбу чл. 8. ст. 2. ЗВП.

⁴⁹ Зависно од тога да ли је статусни поступак једностраначки или двостраначки, принцип изјашњавања странака је различито конципиран. У једностраначким официјелним поступцима суд је дужан да упозна странку, према којој се поступак води, са предметом поступка, док у двостраначким поступцима важи принцип обостраног изјашњавања.

⁵⁰ Број ванпарничних поступака у породичним стварима у Републици Србији смањује се тако што многе ванпарничне ствари добијају природу и карактер парничних ствари или, због тога што поједини институти више нису регулисани правилима породичног права (нпр. побрачење или позаконење), престаје и потреба да се уреде поједини ванпарнични поступци. Зако је Породични закон предвидео да престају да важе одредбе ЗВП које се односе на поступак за лишење и враћање родитељског права. Законодавац је променио правну природу овим правним стварима и оне више немају карактер ванпарничних ствари, јер је за њихово решавање предвиђен парнични поступак као редовни правни пут. Међутим, у појединим регионалним правним системима, као што је то случај са Републиком Црном Гором, број ванпарничних поступака у породичним стварима се повећава. Слична је ситуација и у аустријском праву, где многе парничне ствари из домена породичних односа постају ванпарничне.

Основна начела на којима су засновани ванпарнични поступци у породичним стварима су: начело диспозиције, расправно и истражно начело,⁵¹ начело тражења истине, начело саслушања странака, начело хитности, начело слободне оцене доказа, начело социјалног поступања и начело искључења јавности. Ова начела су конкретизована у одредбама којима су регулисани ови ванпарнични поступци. Поред експлицитно предвиђених начела, у овим поступцима важе и општа начела предвиђена правилима ЗПП и одредбама Породичног закона.

12. Ванпарнични поступак Републике Србије, као део позитивног права, заснован је на низу основних процесних принципа који треба да омогуће остваривање циљева сваког ванпарничног поступка понаособ и циљева правне заштите уопште. Остваривање тих циљева, међутим, не зависи само од прокламованих принципа и начина на који су они конкретизовани у сваком поједином поступку, већ и од тога како се у судској пракси примењују правила цивилне процедуре. Један наш познати процесуалиста, проф. др Миливоје Марковић, средином прошлог века написао је да поступак не чине само формуле законског текста и да за стварну вредност поступка пресудан значај имају људи којима је поверено да садржину законских прописа спроведу у живот.⁵²

⁵¹ За разлику од посебних парничних поступака у којима доминира истражно у односу на расправно начело, у појединим породичним ванпарничним стварима, важе оба начела, с тим што суд има задатак да у јавном интересу утврди правно релевантне чињенице од којих зависи примена породичног материјалног права, чије су одредбе когентне.

⁵² Видети: Марковић, М. – Грађанско процесно право, књига прва, свеска 1, Београд, 1957, стр. 65.

GORDANA STANKOVIĆ, Ph.D, Full Professor
Faculty of Law, University of Niš
The Republic of Serbia

BASIC PRINCIPLES OF OUT-OF COURT PROCEEDINGS

Summary

In the work, the author offers a review of functional process principles on the basis of which is founded the contemporary civil court procedure of the Republic of Serbia the rules of which are used when acting while offering legal protection in proprietor and residential disputes, regardless the fact that they are implicitly or explicitly formulated in the legal text which regulates the concrete civil court procedure.

In the work, the author claims that the process principles having the same name are concretized in different ways in each separate civil court procedure regarding the kind of civil court procedure, purpose of the concrete method of civil-legal protection, legal-technical aims which are realized in each separate procedure and legal-political aims which should, regarding the appraisal of the legislator, be realized while offering legal protection in each of them.

Realization of aims which are served by fundamental process principles depends not only on the ways they are concretized in each separate procedure, but also on the way of applying the rules of civil procedure in court practice, since the real value of the procedure is significantly defined by the judges who have been authorized to make the contents of legal regulations alive in each separate case.

Key words: *Civil Court Procedure of the Republic of Serbia, Basic Functional Process Principles*

**УКИДАЊЕ ПРВОСТЕПЕНЕ ПРЕСУДЕ И ВРАЋАЊЕ
ПРАВНЕ СТВАРИ НА ПОНОВНО ОДЛУЧИВАЊЕ
- поводом једне судске одлуке-**

Проф. др Ранка Рачић*

***Апстракт:** Приликом контроле законитости првостепене одлуке у поступку по жалби, другостепени суд понекад превиђа да је повреда расправног начела разлог за укидање првостепене пресуде, само ако је на ту повреду жалилац указао у жалби и ако је та повреда била од утицаја на доношење законите и правилне одлуке. Жалбени суд погрешно утврђено чињенично стање и погрешну примјену норми материјалног права, каткад, цијени као повреду расправног начела и због тога укида првостепену пресуду и предмет враћа првостепеном суду на поновно извиђање и одлучивање. На тај начин, другостепени суд избјегава да отвори расправу и заузме правни став, те одлаже контролу свога рада у поступку по ревизији.*

Поред тога, у нашем процесном законодавству није ограничено колико пута другостепени суд може укинути првостепену одлуку. Вишекратно укидање првостепене одлуке доводи до одуговлачења парничног поступка, различитог поступања и, на крају, има за посљедицу несигурност грађанина у правосуђе.

***Кључне ријечи:** првостепена пресуда, жалба, другостепени суд, расправно начело, враћање правне ствари на поновно одлучивање.*

1. Закон о парничном поступку Републике Српске из 2003 године¹ донесен је са циљем да се парнични поступак убрза и да се правна заштита пружи правовремено и у разумном року. Приликом доношења овог закона, учињени су велики законодавни захвати и нека законска рјешења су допринијела бржем и ефикаснијем поступању, а самим тим и рјешавању спорне ствари у релативно кратком временском периоду. Друга, опет, процесна правила, без обзира на жељени циљ, нису дала очекиване резултате. Наиме, у парничној процедури Републике Српске побијана пресуда првостепеног суда се у неким случајевима укида и правна ствар враћа на поновно одлучивање, иако би требало да

* Проф. др Ранка Рачић, Правни факултет у Источном Сарајеву, Правни факултет у Бањој Луци.

¹ Видјети, „Службени гласник РС“, бр. 58/03, 85/03, 74/05 и 63/07 (у даљем раду ЗПП).

другостепени суд отвори расправу и донесе одлуку², а никако да правну ствар враћа на поновно извиђање и одлучивање. Такво поступање другостепеног суда води одуговлачењу парничног поступка и доношењу различитих пресуда у истој правној ствари. Поред тога, другостепени суд није лимитиран колико пута може укинути првостепену пресуду и правну ствар вратити првостепеном суду на поновно извиђање и одлучивање.

Није спорно да другостепени суд укине првостепену пресуду и врати на поновно извиђање и одлучивање одлуку, из законом предвиђених разлога. Али у судској пракси другостепени суд, понекад, сасвим неправилно и призвољно поступа и одређене грешке погрешно цијени и на тај начин „оправдава“ своје поступање. У тим случајевима другостепени суд, из само њему познатих разлога, избјегава отварање расправе и заузимање правног става и на тај начин одлаже контролу свога рада поводом ревизије. У судској пракси могу се наћи одлуке другостепеног суда, гдје се погрешна примјена материјалног права подводи под члан 227 ст.1 тач. 2 ЗПП, у коме је изричито предвиђено да ће „другостепени суд у сједници вијећа или на основу одржане расправе, рјешењем укинути првостепену пресуду и предмет вратити истом првостепеном суду ради одржавања нове главне расправе, ако којој странци незаконитим поступањем, а нарочито пропуштањем достављања није дата могућност да расправља пред судом, а то је поступање било од утицаја на доношење законите и правилне пресуде“. Другостепени суд може, из овог разлога, укинути пресуду и правну ствар вратити на поновно извиђање и одлучивање, ако је странка на ову повреду указала у жалби, и ако је поступање суда било од утицаја на доношење законите и правилне одлуке. Ако жалилац у жалби није истакао овај разло, суд не би могао укинути пресуду, чак и ако утврди да је ова повреда учињена у првостепеном поступку.³

² Одлуке другостепеног суда у поступку по жалби могу да буду различите. Одлуке зависе од резултата разматрања подобности правног лијека да буде предмет мериторног испитивања и одлучивања. Прије свега, инстанциони суд може да одбаци жалбу као недопуштenu или да одбије жалбу као неосновану и да потврди првостепену одлуку суда. Уколико другостепени суд утврди да је жалба основано изјављена, зависно од врсте повреде у питању, он има ревизиона (или реформаторна) и касаторна овлашћења. Ревизиона (реформаторна) овлашћења омогућавају другостепеном суду да мериторно одлучи о тужбеном захтјеву, тако што ће преиначити побијану одлуку и тиме анулирати грешке првостепеног суда. Касаторна овлашћења омогућавају другостепеном суду да укине побијану пресуду и предмет врати првостепеном суду на поновно суђење. Оцјењујући испуњеност услова за допуштеност и основаност жалбе, другостепени суд, као суд правног лијека, доноси одговарајуће одлуке: одбацује жалбу као недопуштenu; одбија жалбу као неосновану и потврђује првостепену пресуду; укида првостепену пресуду и упућује предмет првостепеном суду на поновно суђење; укида првостепену пресуду и одбацује тужбу или усваја жалбу и преиначује првостепену пресуду. (О томе детаљно видјети, Г. Станковић, Р. Рачић, Парнично процесно право, Бања Лука, 2010).

³ О томе детаљно видјети, Куленовић, З. Микулић, С. Миличић, С. Станишић, Ј. Вучина, Д., Коментари Закона о парничном поступку у Федерацији Босне и Херцеговине и Републици Српској, Сарајево, 339.

2. У неким земљама у региону, које су настале распадом бивше СФРЈ, другостепени суд, за разлику од другостепеног суда у Босни и Херцеговини, може само једанпут⁴ или двапут⁵ укинути побијану првостепену пресуду и вратити правну ствар на поновно извиђање и одлучивање. Након тога, ако другостепени суд оцијени да је одлука незаконита, сам ће одлучити поводом изјављеног правног лијека.

3. Предмет анализе у овом раду су законска правила, која се односе на поступање другостепеног суда, и судска пракса која је настала након ступања на снагу Закона о парничном поступку из 2003 године.

У одредби чл. 227 ЗПП предвиђени су разлози који имају за посљедицу укидање првостепене пресуде и враћање правне ствари на поновно одлучивање. Наиме, другостепени суд је овлашћен да, због процесних повреда, укине првостепену пресуду и врати правну ствар на поновно суђење: ако је првостепени суд, противно одредбама ЗПП, донио пресуду на основу признања и пресуду на основу одрицања, ако којој странци незаконитим поступањем, нарочито пропуштањем достављања, није дата могућност да расправља пред судом, а то је поступање било од утицаја на доношење законите и правилне одлуке, ако је суд донио пресуду без одржавања главне расправе или ако је донио пресуду судија који је морао бити искључен. Жалбени суд може из напријед набројаних разлога укинути првостепену пресуду, ако странка у жалби изнесе ове разлоге.

Ако другостепени суд утврди да се ради о процесним повредама поступка, које се односе на страначку способност и уредно заступање, под условом да се ради о отклоњивим процесним сметњама, вратиће правну ствар на поновно одлучивање.

Када другостепени суд укине првостепену пресуду и правну ствар врати на поновно одлучивање истом суду, може наредити да се главна расправа одржи пред другим судијом.

⁴ Законом о парничном поступку Републике Србије „изричито је забрањено виšekратно укидање првостепене пресуде. Другостепени суд може да укине првостепену пресуду и врати правну ствар на поновно суђење, само ако је жалба у конкретној парници први пут изјављена и уколико приликом првог разматрања и одлучивања по жалби не одлучи да отвори другостепену расправу да би отклонио учињене битне повреде. У случају да је првостепена одлука већ једанпут била укинута, другостепени суд не може укинути првостепену одлуку и предмет вратити на поновно суђење“. О томе детаљно видјети, Г. Станковић, Грађанско процесно право, прва свеска Парнично процесно право, Ниш, 2010, стр. 500.

⁵ У складу са законским рјешењем које је садржано у чл. 375. ст. 3 ЗПП Црне Горе, другостепени суд може двапут да укине првостепену пресуду. “Другостепени суд ће заказати расправу и у случају када је већ првостепена пресуда два пута укинута и када у сједници вијећа оцијени да се пресуда против које је изјављена жалба, заснива на битним повредама одредаба парничног поступка или на погрешно или непотпуно утврђеном чињеничном стању.“ О томе детаљно видјети, Г. Станковић, Р. Рачић, Грађанско процесно право, прва свеска Парнично процесно право, Подгорица, 2010, стр. 451.

3. Правило које је садржано у одредби члана 227 ЗПП, на први поглед, чини се да није спорно и да не даје судовима повод за различито, а самим тим и незаконито поступање. Међутим, у судској пракси може се примијетити сасвим другачије поступање. Уколико не постоји ниједан од напријед наведених разлога, другостепени суд не би могао укинути првостепену пресуду и правну ствар вратити на поновно извиђање и одлучивање. У судској пракси нису ријетки случајеви да другостепени суд, умјесто да отвори другостепену усмену расправу, пресуду укида и правну ствар враћа на поновно извиђање и одлучивање. То се најчешће дешава кад суд погрешно утврђено чињенично стање цијени као повреду расправног начела. Од ступања на снагу ЗПП, па до данас, повреда правила која је садржана у одредби чл. 227 ст.1. т. 2 углавном се дефинисала као „повреда расправног начела“. У судској одлуци која је била предмет анализе у овом раду, такође, ова повреда се цијени као повреда расправног начела. Међутим, чини се да је законодавац овим правилом одредио далеко шире „оквире“ и да се не ради само о повреди начела расправности. До повреде из члана 227. ст.1. т. 2 ЗПП долази ако којој странци незаконитим поступањем, а нарочито пропуштањем достављања, није дата могућност да расправља пред судом, а то је поступање било од утицаја на доношење законите и правилне одлуке. Незаконито поступање је повреда начела законитости. Суд није правилно примијенио правило процесног права и одлука је, као резултат незаконитог поступања, и сама незаконита. Суд је или погрешно примијенио неко процесно правило или га није уопште примијенио. Свака повреда правила процедуре представља незаконито поступање (радња је незаконита). У овом правилу само достављање се посебно апострофира због значаја радње. Поред тога, незаконитим поступањем суда, у овом случају, не долази само до повреде расправног начела, већ и до повреде права на приступ суду и начела контрадикторности. Повреда расправног начела, као методског начела, је посљедица повреде права на приступ суду и начела обостраног саслушања странака. Према томе, да би се првостепена пресуда укинула из овог разлога, странка мора у жалби навести овај разлог, потом другостепени суд мора утврдити да је првостепени суд незаконитим поступањем онемогућио странку да расправља пред судом. Међутим, управо „незаконито поступање“ је правни стандард који судијама представља посебан проблем. Наиме, „незаконито поступање“ суда на пољу усменог расправљања није прецизирано, па често другостепени судови под „незаконито поступање“ подводе „све и свашта“. Међутим, јасно је, из самог употребљеног израза, да се ради о погрешној примјени правила поступка. За разлику од усменог расправљања, гдје је законодавац само навео да поступање суда може бити незаконито, повреда „расправног начела“ је сасвим прецизирана код писменог изјашњења „пропуштањем достављања“. У овом дијелу потпуно је јасно у чему се састоји повреда расправног начела, али и повреда начела контрадикторности. Наиме, „незаконито поступање“ за поједине судије представља сувише апстрактну и неодређену формулацију, што у пракси често апсорбује све,

па и оно што нема никакве везе са повредом расправног начела. Примјена овог правила у пракси показала се као изузетно погодна за злоупотребу процесних овлашћења од стране суда или боље и прецизније злоупотребу судске власти.

4. Примјер за овакво поступање је једна одлука Окружног суда у Бијељини⁶. Тужбени захтјев у цитираној пресуди односио се на заштиту права из радног односа. Наиме, тужиоцима је изречена дисциплинска мјера престанак радног односа због теже повреде радне обавезе. Тужиоци су у тужбеном захтјеву тражили да се спорна одлука поништити⁷ и да се „ туженом обавезе⁸ „да их врати на рад и распореди на радна мјеста који су обављали прије отказа уговора о раду.

Након спроведеног првостепеног поступка, Основни суд у Зворнику је донио пресуду и одбио тужбени захтјев тужиоца. Диспозитив првостепене пресуде гласи: „тужбени захтјев тужилаца којим су тражили да суд поништи као незаконите одлуке тужене бр. 250/08 и бр. 251/08, обе од 31.03.2008 године, одлуке бр. 23/08 од 8.02.2008. године на име С. Р. и Д. Р., те рјешења тужене бр. 23/08 од 8.02.2008 год. на име С. Р. и Д. Р., те да се обавезе⁹ тужени да тужиоце врати на рад и распореди на радна мјеста која су обављали прије отказа уговора о раду, као и да им исплати накнаде на име изгубљених плата и припадајуће доприносе и порез на плате, почев од 31.03.2008 г., па до враћања на рад, одбија се као неоснован.

Тужиоци се обавезују¹⁰ да туженој накнаде трошкове парничног поступка у износу од 600 КМ, а све у року од 30 дана од дана пријема пресуде под пријетњом извршења¹¹.

Против ове пресуде тужиоци су благовремено изјавили жалбу преко својих пуномоћника, „а жалбе је Окружни суд третирао као једну јединствену жалбу“. Жалба је изјављена због погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања, повреде одредба парничног поступка, погрешне примјене материјалног права и истом се предлаже да се жалба усвоји, првостепена пресуда укине у цијелости и предмет врати првостепеном суду на поновно суђење¹².

Тужени је поднио одговор на жалбу, побио наводе из жалбе и предложио да се жалба одбије као неоснована и првостепена пресуда потврди уз дужност тужилаца на накнаду трошкова за састав одговора на жалбу.

⁶ Видјети одлуку бр. 83 0 П 001626 10 Гж од 27.5.2010. године.

⁷ Видјети пресуду Основног суда у Зворнику бр. 83 0 П 001626 08 П од 31.3.2010.

⁸ У цитираној одлуци се наводи да су тужиоци тражили да се тужена обавезе, да их врати на рад и распореди на радна мјеста која су обављали прије отказа уговора о раду (Подвукла Р.Р.). Ово је примјер непрецизног изражавања судије. Наиме, туженом се може само наложити, а никако да се тужени обавезе, јер суд не може никога да обавезе (Видјети пресуду Основног суда у Зворнику бр. бр.83 0 П 001626 08 П од 31.3.2010).

⁹ Ibidem.

¹⁰ Умјесто „тужиоци се обавезују“, правилно би било: „налаже се тужиоцима да туженој...“

¹¹ Ibidem.

¹² Ibidem.

5. Другостепени суд је усвојио жалбу као основану. У образложењу другостепене пресуде се наводи да је: првостепени суд утврдио чињенице¹³ и „заключио да није од значаја околност да се тужена побијаним рјешењима позвала на тежу повреду радне обавезе прописаном чланом 55 ст. 1 т. 9 Правилника о раду без навођења одређене квалификације повреде из члана 98 став 2 Закона о раду („Службени гласник РС“, бр. 55/07 - пречишћени текст у даљем тексту Закон о раду), јер то не чини рјешење незаконитим и да је битно да ли је радник тежу повреду на раду заиста и учинио. Оцијењено је да је отказ уговора о раду тужиоцима дат у складу са чланом 99. став 2. Закона о раду, којим је прописано, ако колективним уговором и Правилником о раду није другачије одређено, о отказивању уговора о раду због теже повреде радних обавеза одлучује директор на приједлог непосредног руководиоца радника или непосредно, те да је и испоштована одредба члана 128. истог закона, којим је прописано да, ако послодавац даје раднику отказ уговора о раду због теже повреде радних обавеза, дужан је да му омогући да буде саслушан и да изнесе своју одбрану уколико је то могуће, с обзиром на околности, као и да размотри мишљење синдиката или савјета радника, ако му је мишљење достављено прије доношења коначне одлуке. Закључено је да су ове законске одредбе испоштоване, јер су оба тужиоца саслушана у поступку који је претходио доношењу побијаних рјешења и о том поступку је упознат и предсједник синдиката, чиме је дата могућност синдикату да достави своје мишљење, а о отказу уговора о раду је одлучио директор тужене. Поред тога је оцијењено да је чланом 99. Закона о раду послодавцу

¹³ „Расправљајући о овом тужбеном захтјеву тужилаца након провођења доказа првостепени суд је утврдио чињенице: да су тужиоци били радници тужене и то тужилац С. Р. по основу закљученог уговор о раду од 01.01.2007. године, гдје је код туженог обављао послове фасера у млину, а тужилац Д. Р. по основу уговора о раду закљученог 01.10.2002. године је обављао послове смјеновође у млину; да је 16.01.2008. године директор тужене покренуо дисциплински поступак против оба тужиоца, а на основу пријаве управника РЈ Млин од 15.01.2008. године, а из разлога што су тужиоци дана 10.01.2008. године заједно са радницима Ж.П и М.М. око 17,30 извршили утовар сточног брашна у приватни путнички аутомобил „Seat“ без одобрења и налога у чему су спријечени доласком управнице М. Б., да су наведене радње квалификоване као тежа повреда радне обавезе из члана 55. став 1. тачка 9. Правилника о раду тужене; да је тужена 18.01.2008. године донијела рјешење о удаљењу тужиоца са посла; да је проведен дисциплински поступак против тужилаца пред дисциплинском комисијом, у чијем саставу је био М.Т., који је и подносилац наведене дисциплинске пријаве, те Д.Ћ. који је предсједник синдиката тужене; да је 08.02.2008. године дисциплинска комисија донијела одлуку о изрицању дисциплинске мјере престанак радног односа за оба тужиоца, а из разлога што је утврдила намјеру тужилаца да отуђе сточно брашно из предузећа, што је квалификовано тежом повредом радне обавезе; да је директор тужене 08.02.2008. године на основу члана 99. став 2. у вези са чланом 128. Закона о раду донио рјешење о престанку уговора о раду за оба тужиоца, а због теже повреде радне обавезе из члана 55. став 1. тачка 9. Правилника о раду тужене; да су тужиоци изјавили приговор на наведене одлуке и рјешење од 03.03.2008. године и да су ти приговори одбијени одлуком тужене од 31.03.2008. године. Утврђено је да су тужиоци починили тежу повреду која је утврђена у дисциплинском поступку, јер искази свједока који су саслушани у дисциплинском поступку и који су саслушани пред првостепеним судом нису оспорени од стране тужилаца“. (Видјети одлуку другостепеног суда бр. 83 0 П 001626 10 Гж од 27.5.2010. године.)

остављена слобода да сам уреди начин утврђивања повреде на раду од стране радника и како ова правила нису одређена законом, то се закључује да и повреда тих правила не представља повреду Закона о раду. У вези с тим, цијени се да учешће председника синдикалне организације тужене и подносиоца пријаве у дисциплинском поступку против тужилаца, тај поступак не чине незаконитим, па да нема ни законског основа за поништење предметних одлука и рјешења тужене. Стога је у цијелости одбијен тужбени захтјев тужилаца¹⁴.

Другостепени суд је усвојио жалбу тужилаца као основану и у образложењу другостепене одлуке истакао, „првостепени суд је донио одлуку у овом предмету, а да уопште није цијенио одредбе Правилника о раду тужене од 14.11.2006. године, а према члану 99. став 2. Закона о раду на које се позива и првостепени суд у својој одлуци је прописано да ако Правилником о раду није одређено о отказивању уговора о раду због теже повреде радне обавезе одлучује директор на приједлог непосредног руководиоца радника или непосредно. Према Правилнику о раду тужене у члану 67. је прописано да дисциплинска комисија по спроведеном поступку и тачно утврђеном чињеничном стању између осталог изриче мјеру: а) престанак радног односа ако је радник учинио тежу повреду радне обавезе; б) новчану казну у висини 30% од нето плате радника у трајању од три мјесеца. У члану 68. истог Правилника је прописано да директор може мјеру престанка радног односа због теже повреде радне обавезе замијенити новчаном казном у висини од 30% од плате радника у трајању од три мјесеца под прецизнијим прописаним условима у том члану. Према исказима свједока Ж.П., произлази да дисциплинска комисија тужене у конкретном случају није вијећала и гласала, те није донијела одлуку о дисциплинској одговорности тужилаца, него је ту одлуку донио директор, а и свједок М.М. потврђује да Ж.П. није био присутан приликом доношења одлуке дисциплинске комисије за тужиоце. Уколико је Правилником о раду прописано да одлуку о престанку радног односа у случају теже повреде радне обавезе доноси дисциплинска комисија, онда ту одлуку није могао доносити директор тужене у име дисциплинске комисије, која није ни могла донијети никакву одлуку, јер се није састала ни вијећала ни гласала. Дакле, уколико је Правилником о раду тужене регулисан начин престанка радног односа у случају теже повреде радне обавезе и тиме искључена примјена одредаба Закона о раду, онда првостепени суд није могао извести закључак да повреда правила поступка по Правилнику о раду не представља повреду Закона о раду. Овдје је Правилник о раду *lex specialis* у односу на Закон, јер је и сам закон оставио послодавцу могућност да Правилником о раду уреди начин утврђивања повреде о раду од стране радника, а уколико је то уређено Правилником о раду онда је требало примијенити исте, а не Закон. Ове чињенице, које су битне за одлучивање, истицали су тужиоци у току поступка, а првостепени суд се уопште не осврће и не цијени их ни као небитне. Такође су тужиоци истицали да чланове дисциплинске

¹⁴ Одлука Окружног суда у Бијељини бр. 83 0 П 001626 10 Гж од 27.5.2010. године.

комисије, према Правилнику о раду тужене (члан 62. став 4.) бира Управни одбор, осим представника синдиката кога бира надлежни орган синдиката, а сам свједок Ж.П. признаје да је њега изабрао у дисциплинску комисију директор тужене, иако је он представник синдиката у тој комисији, а што је супротно наведеној одредби Правилника. Ни овој чињеници првостепени суд није дао никакав коментар. Такође су тужиоци истицали да им тужена није доставила Правилник о раду, а поред тога је истицано да је одлука заснована на исказу једног свједока М.Б., без материјалних доказа, и да је исказ овог свједока супротан исказима Ж.П. и М.М. у погледу признања повреде радне обавезе која се ставља на терет тужиоцима, али ни о овим чињеницама првостепени суд није дао никакав коментар, нити је сматрао да су исте небитне.

Из наведеног произлази да је првостепени суд, приликом доношења одлуке, починио повреде поступка из члана 227. став 1. тачка 2. ЗПП-а, јер незаконитим поступањем није дао могућност странкама да расправљају пред судом, те није узео у обзир битне чињенице које су тужиоци истицали током поступка, а што је било од утицаја на правилност и законитост првостепене одлуке. Ова повреда поступка је стога могла утицати и на потпуно утврђивање чињеничног стања и правилну примјену материјалног права и без расправљања ових чињеница првостепени суд није могао ни извести потпуни закључак о основаности тужбеног захтјева тужилаца¹⁵ (Подвукла Р.Р.).

5. Образложење цитиране другостепене одлуке показује како не би требао другостепени суд да ради. Није спорно да првостепени суд није правилно донио одлуку. Тачно је да је Правилник о раду туженог *lex specialis* у односу на Закон о раду. Такође, је тачно да првостепени суд није правилно извео доказе. Али никако не стоји да се овакав рад суда може подвести под повреду расправног начела. Наиме, другостепени суд је у образложењу навео да је првостепени суд приликом доношења одлуке починио повреду поступка из члана 227 ст. 1 т. 2, јер није дао могућност странкама да расправљају пред судом. Овај разлог другостепени суд није могао цијенити, јер се странка није позвала на њега. Даље, у детаљно цитираном образложењу, може се прочитати да првостепени суд није своју одлуку засновао на Правилнику о раду која у овом случају предстаља *lex specialis*. То практично значи да је у питању погрешна примјена норми материјалног права, а никако повреда из члана 227. ст. 1. т. 2. ЗПП. У образложењу другостепене пресуде, даље се наводи, да је „првостепени суд незаконито поступао“, јер није дао могућност странкама да расправљају пред судом. Склона сам да закључим да формирање чињеничне премисе, погрешно утврђено чињенично стање и погрешна примјена норми материјалног права, не може повратно и уназад дјеловати на право странке на изјашњене. Поред тога, правила о расправном начелу се односе на изношење чињеница и понуди доказа на којима оне заснивају своје захтјеве. Своју одлуку другостепени суд никако није могао образложити на начин како је то учинио. Чак и кад чињенично

¹⁵ Ibidem.

стање није правилно утврђено, уколико жалилац у жалби не наведе конкретно у чему се састоји повреда из чл. 227 ст.1 т. 2, другостепени суд не може цијени-ти ову повреду *ex offio*.

6. Погрешна примјена норми материјалног права води преиначењу прво-степене пресуде. У овом случају неспорно је да се ради о погрешној примје-ни норми материјалног права. Преиначити пресуду другостепени суд може на сједници вијећа или на другостепеној расправи.

ЗПП-ом изричито је предвиђено кад ће другостепени суд отворити рас-праву. Другостепени суд одлучиће на основу одржане расправе кад оцијени да је ради правилног утврђивања чињеничног стања потребно утврдити нове чи-њенице или извести нове доказе или поново извести већ изведене доказе, као и када оцијени да је због процесних повреда парничног поступка у првосте-пенем поступку, потребно одржати расправу пред другостепеним судом.

Одржавање другостепене усмене расправе омогућава да се исправе не-достаци у поступању првостепеног суда и, истовремено, смањи број укинутих првостепених одлука и враћање правне ствари на поновно суђење. Другосте-пена усмена расправа која се одржава пред другостепеним вијећем, омогућава да инстанциони суд сам отклони процесне повреде које је учинио првостепени суд, и да се, поводом нових чињеница и нових доказа, о њима отвори распра-ва¹⁶.

По правилу, жалилац у жалби не може износити нове чињенице и пред-лагати извођење нових доказа. Изузетно, жалилац се може позивати на нове чињенице и нове доказе, први пут истакнуте у жалби, само ако докаже да их, без своје кривице, није могао изнијети, односно предложити до закључења главне расправе пред првостепеним судом. Ако жалилац изнесе нове чињенице и предложи извођење нових доказа, то истовремено не значи да ће другосте-пени суд увијек и отворити расправу, јер се може десити да инстанциони суд дође до закључка да се чињенично утврђење, до којег је дошао првостепени суд, не би промијенило ни утврђивањем нових чињеница.

Другостепени суд је дужан да одржи усмену расправу у року од 45 дана од дана када је од првостепеног суда примио списе по жалби.

Кад инстанциони суд одлучи да, на приједлог судије извјестиоца, закаже другостепену усмену расправу, дужан је да на расправу позове странке, њихове пуномоћнике или законске заступнике, те свједоке или вјештаке, уколико одлу-чи да се они саслушају.

По природи ствари, расправа се одржава ако дођу и жалилац и против-ник жалиоца. Уколико на расправу не дође жалилац, расправа се неће одржати. Суд ће у том случају одлуку донијети на основу навода из жалбе и одговора на

¹⁶ О другостепеној усменој расправи, детаљно видјети: Рачић, Р., Поступак по жалби и расправа пред другостепеним судом, Конференција „Искусство у примени новог Закона о парничном поступку и значај имплементације нових парничних процедура, Београд, 2006, стр. 1-11.

жалбу, без обзира што је на заказано рочиште дошла супротна странка. Одлука ће се донијети на сједници вијећа, као да другостепена расправа није ни била заказана. Суд може поступити на овај начин само ако странке у позиву за расправу буду упозорене на посљедице недоласка на расправу.

Иако изгледају сасвим јасне разлике и разлози између укидања пресуде и враћања на поновно извиђање и одлучивање и одржавања другостепене усмене раправе у судској пракси, чини се да није тако.

7. У раду је више пута наглашено да правило, које је садржано у одредби чл. 227. ст.1 т.2 ЗПП, никако се не може тумачити само као повреда расправног начела. Незаконито поступање представља повреду начела законитости. Ако суд правилно не примијени правило процесног права и одлука је, као резултат незаконитог поступања, незаконита. Суд је или погрешно примијенио неко процесно правило или га није уопште примијенио. Свака повреда правила процедуре представља незаконито поступање (радња је незаконита). У цитираном члану достављање се посебно апострофира због значаја радње. Повреда расправног начела, као методског начела, је посљедица повреде права на приступ суду и начела обостраног саслушања странака. Према томе, да би се првостепена пресуда укинула из овог разлога, странка мора у жалби навести овај разлог, потом другостепени суд мора утврдити да је првостепени суд незаконитим поступањем онемогућио странку да расправља пред судом.

Приликом сљедећих измјена ЗПП-а, правило које је садржано у одредби чл. 227. ст.1. т. 2 ЗПП, требало би да буде предмет законодавчеве пажње. Ако би ово правило остало неизмијењено, онда би се проблем могао евентуално ријешити ограничењем другостепеног суда да првостепену пресуду може само једанпут укинути. Након тога, уколико би другостепени суд оцијенио да је одлука незаконита, сам би одлучио поводом изјављеног правног лијека. Овакво законско рјешење онемогућило би виšekратно укидање првостепене пресуде и истовремено би било у служби економичности и ефикасности.

Ranka Račić, Ph. D. full professor

Faculty of Law of the University in Eastern Sarajevo

Faculty of Law of the University in Banja Luka

***OVERRULING OF THE FIRST INSTANCE COURT JUDGMENT
AND RETURNING OF THE CASE FOR RENEWED PROCEDURE***

- regarding a court judgment -

Summary

When reviewing the legality of the first instance decision in the appeal proceeding, the second instance court sometimes overlooks that the violation of the adversarial procedure is the reason to overrule the first instance judgment only if such violation is specified by the appellant in the appeal and if it affected the rendering of a legal and proper decision. The Court of Appeal identifies erroneously and incompletely established actualities and erroneous application of substantive law as violation of adversarial procedure and thus overrules the first instance judgment and returns the case to the first instance court for renewed consideration and decision-making. Thus, the second instance court avoids opening of the second instance hearing and establishing of the legal attitudes and therefore postpones the control of its work in the review procedure.

In addition, our procedural legislation does not limit how many times the second-instance court may overrule the first instance decision. Multiple overruling of the first instance decision leads to filibustering of the litigation, variance in acting and finally results in insecurity of the citizen in the judiciary system.

Key words: first instance judgment, appeal, second instance court, adversarial procedure, returning of the case for renewed procedure.

ЕВРОПСКИ ПОСТУПАК ЗА СПОРОВЕ МАЛЕ ВРЕДНОСТИ

Др Душица Палачковић*

Апстракт: У Европској унији, када је реч о цивилним судским поступцима, паралелно теку процес координације између националних процесних система и хармонизације процедура. У првом случају, релевантна документа имају, заправо, одлике класичних међудржавних конвенција, док је у другом случају реч о уредбама којима се фундирају “аутономне европске процедуре”. У том циљу, усвојено је више уредби, међу којима и она којом је креиран “европски поступак за спорове мале вредности”. Основни разлог доношења Уредбе је паралелно егзистирање различитих процесних решења на националном нивоу о овим споровима, повећање броја прекограничних спорова мале вредности, посебно потрошачких, и несразмера трошкова поступака у односу на вредност предмета спора. Циљ доношења Уредбе 861/2007 је поједностављење процедуре и смањење трошкова, и, мада је њена примена само алтернатива, за реализацију ових циљева од пресудне је важности укидање било каквог међупоступка признања одлука донесених уз примену минималних стандарда Уредбе, пре приступања њиховом извршењу у држави чланици, чији је суд, односно трибунал, није донео.

Кључне речи: европска цивилна процедура, спор мале вредности, прекогранични спорови, правила поступка, извршење.

Од ступања на снагу Уговора из Амстердама¹ 1999, у Европској унији

* Др Душица Палачковић, редовни професор, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

¹ Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities; Protocol on Article J.7 of the Treaty on European Union; Protocol integrating the Shengen acquis into the framework of the European Union; Protocol on the application of certain aspects of Article 7a Treaty establishing the European Community to the United Kingdom and Ireland; Protocol on the position of the United Kingdom and Ireland; Protocol on the position of Denmark; Protocol on asylum for nationals of Member States of the European Union, Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality; Protocol on external relations of the Member States, protocol on protection and welfare of animals; Protocol on the institutions with the prospect of enlargement of the European Union; Protocol on the location of the sets of the institutions and certain bodies and departments of the European Communities and of Europol; Protocol on the role of national parliaments in the European Union; Final Act; OJ C 340, 10 November 1997, доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/dat/11997D/htm/11997D.html#0093010004>, 19.04.2011.

је интензивираан процес адаптирања мера у области правосудне сарадње у грађанским и трговинским стварима са прекограничним елементима, односно импликацијама. Члан 65. Уговора из Амстердама саставни је део Уговора о Европској заједници², и предвиђа усавршавање (побољшање) и поједностављење система прекограничног достављања судских и вансудских аката, сарадњу у извођењу доказа, усавршавање и поједностављење признања и извршења одлука у грађанским и трговинским стварима, укључујући одлуке донесене вансудским путем, промовисање компатибилности прописа држава чланица који се односе на сукоб закона и јурисдикције и елиминисање сметњи добром функционисању грађанских поступака.

У теорији се истиче да је највећи број уредби заснован на поменутом члану 65. Уговора, те да оне представљају “*classical private international regulations*”, а односе се на међународну надлежност, признање и извршење, достављање докумената, сарадњу у извођењу доказа и друге процесноправне инструменте.³ При томе, Уговор даје овлашћење ЕЗ за усвајање мера чија је сврха успостављање подручја слободе, сигурности и правосуђа (чл. 61-67), односно европског правосудног подручја, али примарни циљ није увођење хармонизованих процедура, већ координација националних процедура у прекограничним стварима. Ипак, он је дао значајан импулс развоју концепта европског приватног и европског процесног права, правосудна сарадња је уместо трећег стуба Уније постала први, у складу са потребом да се креира правосудни простор у коме приступ правосуђу пред страним судом не би био посебно отежан у односу на приступ пред сваким другим унутар Уније.⁴ У овом циљу донесене су Уредба 44/2001 (*Brussel I*), Уредба 1346/2000. о стечајном поступку, Уредба 1347/2000 о надлежности и признању и извршењу пресуда у брачним споровима и споровима о родитељској одговорности према деци (*Brussel II*), те Уредба 1348/2000 о достављању судских аката у грађанским и трговачким стварима.⁵ Но, посебно када је у питању *Brussel I*, или Уредба 1348/2000, од-

² *Consolidated Version of the treaty establishing the European Community, OJ C 325&33, 24.12.2002, доступно на: http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/dat/12002E/pdf/12002E_EN.pdf, 24.04.2011.*

³ Видети код: *Xandra E. Kramer, A major Step in the Harmonization of Law in Europe: the European Small Claims Procedure - Accomplishments, New Features and Some Fundamental Questions of European harmonization, published in A.W.Jongbloed (ed), “The XIIIth World Congress of procedural Law: The Belgian and Dutch Reports” 2008, Antwerpen. Intersentia, стр. 253 (странице ће бити нумерисане према оригиналној верзији рада), доступно на: [http://publishing.eur.nl/ir/republish/asset/14225/2008%20XIII%20World%20Congress%20Procedural%20Law%30-%20Harmonization%20of%20Civil%20procedure-ESCP%20\(kramer\).pdf](http://publishing.eur.nl/ir/republish/asset/14225/2008%20XIII%20World%20Congress%20Procedural%20Law%30-%20Harmonization%20of%20Civil%20procedure-ESCP%20(kramer).pdf), 12.05.2011.*

⁴ О томе видети код: *Costache, Mirela, Aspects Regarding the Judicial Cooperation in Civil and Commercial Matters, доступно на: <http://proceedings.iniv-danubius.ro/index.php/eirp/article/view/484/445>, 01.06.2011.*

⁵ *Council Regulation (EC) No 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement in civil and commercial matters, OJ L 012, 16/2001; Council Regulations (EC) No 1346/2000 on insolvency*

носно Уредба 1393/2007, пројектовани циљ је поменута координација националних процедура за прекограничне спорове, па ове уредбе и нису фундаментално различите од међудржавних конвенција као механизма међународног приватног и међународног процесног права, али су, свакако, прогресивније и систематичније.⁶

У даљем процесу развоја правосудне сарадње европска регулатива има сасвим другачији приступ. Посебно, при томе, мислимо на Уредбу 1896/2006 о европском платном налогу⁷, Уредбу 805/2004 о европском извршном налогу⁸, али и Уредбу 861/2007 којом се креира европски поступак у споровима мале вредности.⁹ Њима се први пут креирају “аутономне европске процедуре”, и тиме чини велики корак ка развоју “европске цивилне процедуре”, што је, с обзиром на почетна политичка оспоравања овог процеса, задивљујући корак, од пресудног значаја.¹⁰ Уредбу 861/2007¹¹ је усвојио Европски парламент и Савет Европе 11. јула 2007, а примењује се од 1. јануара 2009.¹² Непосредни импулс доношењу ове Уредбе дао је тзв. Зелени папир о европском платном налогу и мерама за поједностављење и убрзање поступака у споровима мале вред-

proceedings, OJ L 160, 30/06/2000; Council regulation (EC) No 1347/2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in matrimonial matters and in matters of parental responsibility for children of both spouses, OJ L 160, 30.06.2000; Council Regulation (EC) No 1348/2000 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters, OJ L 169, 30.06.2000, доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/JOIndex.do>, односно Regulation (EC) No 1393/2007 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in the civil and commercial matters (service of documents), and repealing Council Regulation (EC) No 1348/2000, 12.05.2011.

⁶ Xandra Kramer, *op. cit.*, стр. 254.

⁷ Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European Order for payment procedure, OJ L 399, 30/12/2006, доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:399:001:01:EN:HTML>, 08.06.2011.

⁸ Regulation (EC) No 805/2004 of the European Parliament and the Council of 21 April 2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims, OJ L 143, 30/04/2004, доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0805:EN:HTML>, 08.06.2011.

⁹ Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure, OJ L 199, 31/07/2007, доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:199:0001:01:EN:HTML>, 08.06.2011. У раду ће бити коришћен превод ESCP доступан на сајту: <http://www.apos.org.rs>, Асоцијације потрошача Србије.

¹⁰ Xandra Kramer, *op. cit.*, стр. 255. О овоме видети и код Alexandrina Zaharia, *Procedure on Small Claims in Regulation the Bill of the Code of Civil Procedure*, стр. 99, доступно на сајту: <http://journals.univ-danubius.ro/index.php/juridica/article/view/239/225>, 27.06.2011. Такође, видети, Michele Angelo Lupoi, *The Harmonisation of Civil Procedural Law within the E.U.*, стр. 213. и след, доступно на: http://judicium.it/news/ins_08_11_05/013_lupoi.pdf, 22.06.2011.

¹¹ У даљем тексту Рада биће коришћена скраћеница ESCP, према скраћеници наслова Уредбе на енглеском језику (“*European Small Claims Procedure*”)

¹² Видети одредбу чл. 29(2) ESCP.

ности¹³, који је Европска комисија презентovala 20. децембра 2002, а који је садржао и преглед постојећих националних процедура за решавање ових спорова. Заснован на компаративној студији о томе, Зелени папир је формулисао бројна питања у односу на могуће области примене као и обележја специфичних “европских инструмената”¹⁴ У Предлогу за доношење ESCP констатује се да трошкови и дужина трајања и узнемиравање у поступцима нису увек пропорционални вредности захтева. Напротив, у споровима мале вредности овакве сметње и проблеми су у порасту, што је и условило креирање специфичних процедура за ову врсту спорова у низу држава чланица¹⁵ Истовремено, потенцијални број прекограничних спорова, па и оних мале вредности, у порасту је, као последица све значајнијег коришћења слободе кретање лица, добара и услуга, што условљава потребу за брзим и јефтиним поступком управо када су овакви спорови у питању у највећој мери. И не само за спорове физичких лица, већ посебно када су повериоци, односно тужиоци, власници малог бизниса (посла, радњи)¹⁶ У Предлогу се, посебно, истиче да је европски спор мале вредности алтернатива националној регулативи, а на које се Уредбом не утиче.¹⁷ Ипак, предност је елиминисање поступка признања пре извршења одлука из оваквих спорова ако извршење спроводи суд државе у којој нису донесене.¹⁸

1. Циљеви ESCP и поље примене

Као опште циљеве доношења ESCP поменути Предлог одређује поједностављење поступака у овим правним стварима, имајући на уму и чињеницу да у процесним системима већег броја држава чланица Уније већ егзистирају посебни поступци у овим споровима, као једноставније процедуре заштите у односу на редовне парничне поступке, било као посебне процедуре или кроз само поједностављену редовну процедуру. Но, разлике националних процесних система су бројне, од граничне вредности предмета спора, преко тога да је у неким државама овај поступак само допунски за одређене типове парница, или да се, нпр, може трансформисати у редовну или другу

¹³ *Green Paper on a European order for payment procedure and on measures to simplify and speed up small claims litigation, COM (2002) 746 final*, доступно на: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2002_0746en01.pdf, 08.06.2011. О томе видети и у: *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a European Small Claims Procedure, SEC (2005) 351 и SEC (2005) 352*, стр. 2, доступно на: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2005/com2005_0087en01.pdf, 08.06.2011.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Proposal of...*, *op. cit.*, стр. 3.

¹⁷ О томе видети и код *Mihajlo, Dika, Novelirani postupak u sporovima male vrijednosti, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta Rijeka (1991), v. 30, br. 1-32 (2009)*, доступно на: http://www.pravni.hr/hr/zbornik/v30_1/01-dika-30-1.pdf, 08.06.2011.

¹⁸ *Proposal of...*, *op. cit.*, стр. 3.

формалнију процедуру *ex offio* или по предлогу странака.¹⁹ Многе државе не захтевају изношење правног основа у тужби, односно довољно је навођење релевантних чињеничних навода и доказа у форми исправа, негде је предвиђена помоћ службеника суда за предузимање парничних радњи, а другде помоћ судије странкама које немају пуномоћнике у смислу асистирања при усменој расправи, односно помоћи у погледу могућности коришћења процесних инструмената, уз поштовање принципа непристрасности.²⁰ Заједничка је релаксирана форма у односу на редовну парничну процедуру, то да доминира писана форма, па и у поступку извођења доказа, у коме су и дискрециона овлашћења судија израженија.²¹

Бројне разлике националних права условљавају проблеме у признању, пре извршења, одлука, а и сам поступак егзекватуре води одуговлачењу. Стога управо мала вредност спора упућује на потребу укидања поступка признања. Све то, пак, упућује на потребу успостављана посебног европског поступка у споровима мале вредности. У самом Уводу ESCP као основни циљ доношења наводи се да је, према чл. 65(ц) Уговора, један од најважнијих задатака уклањање препрека добром функционисању судских поступака заштите. Овај циљ постиже се, између осталог, и тако што ће се пропагирати усаглашавање националних правила парничне процедуре држава чланица. Уклањање препрека добијању брзе пресуде и пресуде уз што мање трошкова, посебно у прекограничним споровима у којима су брзина и трошкови обрнуто пропорционални вредности самог захтева, непосредан су разлог установљења европског поступка у споровима мале вредности, као начина олакшаног приступа правосуђу и доброг функционисања унутрашњег тржишта. Овај поступак ће нудити странкама додатну могућност, уз оне које већ постоје у националним процесним системима, а на које, како је предвиђено и у Предлогу за доношење ESCP, увођење у правни живот овог посебног поступка нема утицаја.²² Процедура је, дакле, само алтернатива, и само уколико правна ствар има прекограничне импликације.²³ Упоредо са применом општег принципа *lex fori*, конституише се посебан поступак стога што су носиоци економских активности, потрошачи посебно, тренутно, или раније, инволвирани у парнице у различитим државама.²⁴ Тек успостављање јединствене, ефикасне, европске процедуре у

¹⁹ *Proposal of...*, *op. cit.*, стр. 4.

²⁰ *Ibidem.*

²¹ *Proposal of...*, *op. cit.*, стр. 5.

²² Видети тачке 1, 2, 7, 8. Уводних одредби ESCP.

²³ *Proposal...*, *op. cit.*, стр. 5.

²⁴ Бројна упутства за потрошаче управо се тичу едукације потрошача за покретање и вођење европског поступка за спорове мале вредности. Видети нпр. сајт UK Consumer Centre: <http://coi.cy/files/documents/small-claims-uk-ecp-escp-guide.pdf>, 30.06.2011. Сајтови министарства правосуђа, такође, дају слична упутства са обрасцима које треба користити. Видети, нпр. сајт Министарства правде Велике Британије: http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://justice.gov.uk/civil/procrules_fin/contents/parts/part78.htm, 30.06.2011. Сајт Европске правосудне мреже

споровима мале вредности у свим државама чланицама омогућава приступ правди под једнаким условима.²⁵ Ипак, увођење овог поступка не намеће неопходност даљег приближавања националних процесних законодавстава, већ се уплитање у национално право задржава на усвајању апсолутног минимума стандарда.

Прихваћени текст ESCP²⁶ предвиђа примену у прекограничним предметима, без обзира на врсту суда или трибунала, у грађанским и трговинским (привредним) стварима, у којима вредност предмета спора не прелази 2.000 евра у моменту предаје обрасца тужбе надлежном суду, а у ову вредност се не урачунавају камате, трошкови и расходи у вођењу поступка. ESCP се не примењује у пореским, царинским и управним стварима и стварима у којим се расправља о одговорности држава за радње или пропусте у вршењу јавних овлашћења (*acta iure imperii*). Одредбом чл. 2/2. из поља примене су изузете и правне ствари које се односе на: статус или правну способност физичких лица; својинска права која произилазе из брачног односа, обавезе издржавања, завештања и наследства; стечај, поступак ликвидације несолвентних привредних друштава или других правних лица, принудно поравнање и аналогне поступке; социјално осигурање; арбитраже; радноправне односе (радно право); закуп или најам непокретности, уз изузетак поступака по тужби чији је захтев новчани, и нарушавање приватности или права везаних за личност, укључујући клевету. Уредба се примењује непосредно од свих држава чланица, са изузетком Данске.

Поље примене није, међутим, идентично оном из Регулative *Brussel I*. Ограничења примени *Brussel I* су, наима, мања, односно у њој нема ограничења када су у питању радноправни спорови, закуп или најам непокретности и нарушавање приватности или права везаних за личност, укључујући и клевету.²⁷ Разлог ширим ограничењима у ESCP јесте чињеница да у неким државама чланицама егзистирају посебне процедуре или посебни судови за такве спорове.²⁸

У процесу доношења ESCP, предмет дискусије пред Европским економским и социјалним комитетом била је гранична новчана сума вредности предмета спора, за неке је била прениско, за друге, опет, превисоко одређена, те је предлаган лимит од 5000 евра, водећи рачуна о ценама роба и услуга и потреби редуковања парничних трошкова.²⁹ Предмет дискусије била је и ситуација када за цивилне и трговинске ствари, такође даје информације: http://ec.europa.eu/civiljustice/simplif_accelerat_procedures/simplif_accelerat_procedures_ec_en.htm, 30.06.2011.

²⁵ *Proposal...*, *op. cit.*, стр. 6.

²⁶ Видети чл. 2. ESCP.

²⁷ Видети чл. 1. *Brussel I Regulation*.

²⁸ *Xandra Kramer*, *op. cit.*, стр. 7.

²⁹ *Opinion of the European Economic and Social Committee on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council establishing a European Small Claims Procedure*, 11. 04. 2006, *OJ C 88/61, comment 6.1.* (уз чл. 2, поље примене), доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/>

је изјављена противтужба по којој вредност прелази 2 000 евра, односно било је и мишљења да се може разматрати и о оваквом захтеву ако је то условљено правним разлозима (односима) и ако суд сматра да је прикладно поступати по ESCP, али текст ESCP не усваја овакво решење, већ, у одредби чл. 5. т. 7, успоставља правило да, уколико вредност по противтужби прелази 2 000 евра, са тужбом и противтужбом ће се поступати по процесним законима државе чланице, пред чијим судом се поступак води, а не по правилима европског поступка за спорове мале вредности.³⁰

2. Прекогранични спорови

За примену правила поступка који предвиђа ESCP може се опирати искључиво у “прекограничним споровима”. Ово решење је резултат дуготрајне борбе мишљења између Европске комисије и Савета Европе и Европског парламента. Наиме, првобитни Предлог Комисије је предвиђао да се правила европског поступка у споровима мале вредности примењују како за прекограничне, тако и за “домаће” спорове, уз аргументацију да је неприхватљиво и контрапродуктивно да се примена ограничи.³¹ Комисија је, тако, инсистирала на флексибилном тумачењу термина “*cross-border implications*”, из чл. 65. Уговора. У складу са оваквим, либералнијим тумачењем, овај члан се односи и на поступке који имају прекограничне импликације, а не само на оне у којима постоји непосредни прекогранични елемент.³² Такође, Комисија је истицала и да свака пресуда потенцијално има прекограничне импликације, односно да су честа извршења у другој држави чланици. Но, овакво, шире тумачење није прихваћено ни од стране Савета Европе и Европског парламента³³, а ни од чак 21 од 25 држава чланица.³⁴ Тако је, као и случају Уредбе о европском платном налогу, остало ограничење у одредби чл. 3. ESCP, да у споровима бар једна од странака мора имати стално или уобичајено пребивалиште у држави чланици различитој од државе чланице у којој се поступак води. Пребивалиште се утврђује у складу са одредбама чланова 59. и 60. Уредбе 44/2001, а моменат релевантан за утврђење прекограничног карактера спора је дан пријема обрасца тужбе од стране надлежног суда, односно трибунала.³⁵

LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:088:0061:0067:EN:PDF, 14.06.2011.

³⁰ Xandra Kramer; *op. cit.*, стр. 6.

³¹ Видети о овоме више у *Private international law, edited by Peter McEavey, I - Facilitating Cross-Border Debt Recovery - The European Payment Order and Small Claims Regulations, Cambridge Journals, vol 57, April 2008, p. 460*, доступно на: <http://journals.cambridge.org/action/displayFulltext?type=1&fid=1862932&jid=ILQ&volumeId=57&issueId=02&aid=186224>, 16.06.2011. (у даљем тексту “*Private international...*”)

³² *Ibidem*.

³³ “*Private international...*”, *op. cit.*, стр. 462.

³⁴ Xandra Kramer; *op. cit.*, стр. 7.

³⁵ Видети одредбе чл. 3/2,3, ESCP

3. Основна правила поступка

ЕССР садржи бројна специфична правила процедуре и минималне стандарде, али, ипак, не регулише исцрпно овај поступак.³⁶ Наиме, одредбом чл. 19. ЕССР предвиђена је примена принципа *lex fori processus*, под условима из ЕССР. У Уводним одредбама ЕССР³⁷ је садржан и веома важан, генерални став, да ЕССР тежи промоцији темељних права и начела садржаних у Повељи Европске уније о људским правима, те о поштовању права на правично суђење и начела контрадикторности.

3.1. Покретање поступка

Поступак се покреће подношењем стандардног Обрасца А, чији формулар је садржан у Анексу 1 ЕССР, надлежном суду или трибуналу непосредно, поштом или другим средствима комуникације, какви су телефакс или e-mail, а који су прихваћени као форма подношења тужбе у држави чланици пред чијим судом се поступак покреће. У односу на прилагање тужби доказних средстава, пре свих исправа, одредба чл. 4/1 предвиђа да се у Обрасцу наводи и опис доказа којима се поткрепљује тужбени захтев, а по потреби се прилажу и сама документа. Формулар Обрасца А пропратним текстом овлашћује тужиоца на допуну, накнадно подношење доказа током самог поступка. Одредбом чл. 4/2, обавезане су државе чланице да обавесте Комисију о прихваћеним средствима комуникације, а Комисија је дужна да ове податке објави. Поднесци морају бити на језику или једном од језика суда, а ако из побројаних разлога у чл. 6. ЕССР странка одбије пријем исправе, суд може обавестити противника како би обезбедио превод.³⁸

У случају да је тужбени захтев ван поља примене ЕССР, суд односно трибунал обавештава тужиоца, односно поступа у складу са националним процесним правом (одбацује тужбу). Тужилац у овом случају може и повући тужбу (чл. 4/3). У случају да су подаци из тужбе неадекватни или недовољно јасни,

³⁶ *Xandra Kramer; op. cit.*, стр. 7.

³⁷ Видети тачку 9. Уводних одредби ЕССР, којима су одређени општи циљеви доношења

³⁸ О решењима из ЕССР о употреби језика било је дискусије и у поступку доношења, а критикују се нека од њих и даље. Пре свега са аспекта могућности суда једне државе да анализира исправе, нпр. уговоре странака, састављене на језику неке друге државе посебно, нпр. Пољске, Грчке и сл., колико ће странке разумети суштинска питања из упитника на која морају да одговоре, односно колико ће странка моћи да користи језик суда, а адвокатско заступање није обавезно. Стога ни унесено решење да ако суд прими исправу која није на језику на коме се поступак води могу да затраже превод, али на језик суда, ако је неопходан за доношење пресуде, није довољна гаранција, јер странке не морају познавати језик суда. Није то ни решење из т. 3а чл. 6, о праву странке да одбије да прими исправу. Гаранција је једино одредба чл. 6. т. 3.б, односно да странка може одбити пријем ако је документ на језику који не разуме, када суд обавештава о томе противника и тражи да он обезбеди превод. О дилемама у вези употребе језика видети више код: *Xandra Kramer; op. cit.*, стр. 12.

или да образац није правилно испуњен, суд је дужан да омогући тужиоцу накнадни рок за исправку или допуну тужбе, достављање додатних података или исправа, уз коришћење Обрасца Б Анекса 1 ESCP. У овом року тужилац може и повући тужбу. Када је тужба “очигледно недопуштена” или “очигледно неоснована”, одмах се одбацује, односно тужбени захтев се одбија. Овакво тумачење је у складу са т.13. Увода ESCP, односно да се термини “очигледно неоснован” и “недопуштен” уређују, односно тумаче, у складу са националним прописима, па одредба чл. 4/4 није усклађена са овим решењем. Државе чланице су обавезне да обезбеде да образци тужбе буду доступни у свим судовима, односно трибуналима пред којим је могуће покренути европски поступак за спорове мале вредности (чл. 4/5)

3.2. Ток поступка

ESCP не садржи одредбе о међународној надлежности, што значи да се примењују општа правила о надлежности из *Brussel I Regulations*. Нема ни правила о посебној надлежности за потрошачке спорове, као што је то случај са Уредбом о европском извршном налогу и Уредбом о европском платном налогу. У теорији се истиче да се у ове две Уредбе ради о неоспореним захтевима, док код европског поступка за спорове мале вредности то није случај, те да у потрошачким споровима мале вредности важе правила о конкурентској надлежности.³⁹

Према одредби чл. 5/1. ESCP у поступку је доминантна писана форма. Но, ако је то неопходно за правично суђење, или на захтев странке, суд одржава и усмену расправу, а предлог странке може одбити одлуком која садржи и писано образложење, а против које није допуштена жалба.

На основу Обрасца тужбе, који је уредан, односно “исправно попуњен”, суд попуњава Део 1 Обрасца за одговоре⁴⁰, у чијем другом делу је Образац чијим попуњавањем тужени одговара на тужбу. Образац садржи важне информације за туженог, као што је рок за одговор (враћање попуњеног Обрасца) у року од 30 дана од достављања Обрасца⁴¹, односно да ће суд донети пресуду по протеклу тог рока. Затим, ту је и упозорење о могућностима одржавања усмене расправе, да тужилац у обрасцу може да наведе могуће доказе, и да, по потреби, приложи доказне исправе и о могућности подношења противтужбе попуњавањем Обрасца А, са ознаком интернет странице на којој је могуће преузети овај Образац и о томе да се Образци попуњавају на језику суда који их је упутио.⁴² Ако је потребно, суд може доставити туженом и саму тужбу и уз њу поднесене исправе. Суд има рок од 14 дана од дана пријема исправно попуњеног Обрасца

³⁹ *Xandra Kramer, op. cit.*, стр. 8.

⁴⁰ Видети Образац Ц Анекса 3 ESCP.

⁴¹ Видети чл. 5/3 ESCP.

⁴² Видети Образац за одговоре, Анекс 3 ESCP.

тужбе да поменута документа достави туженом.⁴³ Но, и поред формализованих образаца, па и за одговор на тужбу, треба рећи да је чл. 5/3 оставио могућност туженом да “одговори на други одговарајући начин без употребе обрасца за одговоре”.

Препис одговора суд доставља тужиоцу, такође у року од 14 дана од пријема, заједно са свим поднесеним доказним исправама.⁴⁴ При томе, ако у свом одговору тужени тврди да вредност неновчаног захтева прелази лимит за европски спор мале вредности, суд је дужан, да у року од 30 дана од достављања тужиоцу одговора туженог одлучи да ли захтев спада у поље примене Уредбе, а против ове одлуке суда није допуштена посебна жалба.⁴⁵ Уколико је тужени поднео противтужбу, тужилац има право на одговор и рок од 30 дана да то и учини.⁴⁶

У доказном поступку најзначајнија је могућност прихватања извођења доказа путем видео-конференције или другог вида комуникације⁴⁷, када суд располаже техничким могућностима за то, затим, писана форма је потенцирана могућношћу прихватања доказа у виду писаних искази сведока, вештака и странака, а усмене изјаве вештака или усмена сведочења одредиће се ако су неопходна за доношење пресуде, водећи при томе рачуна о трошковима. Посебно се обавезује суд (“shell use”) да бира најједноставнији и најмање тежак метод извођења доказа.

Квалификовано заступање странака није обавезно, а државе чланице су у обавези да им обезбеде практичну помоћ за попуњавање образаца.⁴⁸ Суд не може да захтева од странака правну оцену захтева, а ако је неопходно, мора их обавестити о процедуралним питањима и настојати на поравнању страна у спору.⁴⁹

И суд, такође, одређује рокове за процесне радње странака, може их, изузетно, и продужити, ако је то неопходно за заштиту права странака, а уколико сам није у могућности да испоштује рокове одређене за његове парничне радње, дужан је да радње предузме у најкраћем могућем року.⁵⁰

3.3. Пресуда и жалба

Пресуда се мора донети у року од 30 дана од пријема одговора на тужбу, односно одговора тужиоца на тај поднесак. Остале алтернативе из чл. 7. ESCP

⁴³ Видети чл. 5/2 ESCP.

⁴⁴ Видети чл. 5/4 ESCP.

⁴⁵ Видети чл. 5/5 ESCP.

⁴⁶ Видети чл. 5/6 ESCP.

⁴⁷ Исти вид комуникације предвиђен је чл. 8. и за одржавање усмене расправе.

⁴⁸ Видети чл. 10. и чл. 11. ESCP.

⁴⁹ Видети чл. 12. ESCP.

⁵⁰ Видети чл. 13. ESCP.

су да: када нема довољно података о спору, захтева такве податке од странака, у року који не може бити дужи од 30 дана, или да изводи доказе у складу са чл. 9, или да позове странке на усмену расправу коју мора одржати у року од 30 дана од позива. У случају одржавања усмене расправе, одлука се мора донети у року од 30 дана од њеног одржавања, а у случају обраћања странкама да доставе нове податке о спору, од дана пријема тих информација. У Предлогу Европске комисије као крајњи рок (*"final deadline"*) за доношење пресуде било је предвиђено шест месеци од регистрације обрасца тужбе у суду, али се велики број држава чланица успротивио, па ESCP не даје крајњи рок. У теорији се ово, чини се основано, критикује, уз аргументацију да је крајњи рок од изузетне важности за странке, али да је и суд тек тада у позицији да се максимално ангажује на скраћењу поступка.⁵¹ Додали бисмо још да је и доношења самог ESCP био поједностављење и скраћење поступка, чему се непостојање крајњег рока за мериторно одлучивање свакако противи. Предмет критике била је и одредба о сношењу трошкова поступка, односно да их плаћа странка која је спор изгубила, уз овлашћење суду да не наложи исплату у корист странке која је у спору победила ако трошкови нису били неопходни или су несразмерни захтеву.⁵²

Пресуда је извршна без обзира на могућност изјављивања жалбе.

Право на жалбу ESCP није јединствено регулисао, а разлог су, као и за нека друга решења, суштинске разлике у ставовима држава чланица, па је униформност била непожељна.⁵³ Питање је остављено у надлежности држава чланица, о чему оне имају обавезу да известе Европску комисију, која објављује податке о праву на жалбу и року, али су прописани тзв. минимални стандарди које национални правни системи морају усвојити. Тако, признаје се право туженом да, без одлагања, захтева преиспитивање пресуде пред судом, односно трибуналом државе чланице у којој је пресуда донета: ако је образац тужбе или позив за усмену расправу био достављен противно решењима из ESCP, или ако је достављање, без кривице туженог, било неблаговремено, па тужени није имао довољно времена да се припреми или ако је тужени, такође без своје кривице, спречен да изнесе своју одбрану услед више силе или других изузетних околности.⁵⁴

⁵¹ Видети о овоме у Xandra Kramer, op. cit., стр. 10, као и Council of the European Union, 29. November 2005, doc. no. 15054/05, JUSTCIV 221, CODEC 1107, доступно на: http://europa.eu_en.htm, 24.06.2011.

⁵² Видети чл. 16. ESCP, као и Xandra Kramer, op. cit., стр. 11, где је наведено да је Комисија у свом Предлогу ESCP заузела став, да странка која је физичко лице и није заступана од стране адвоката, не може бити обавезана да плати трошкове адвоката супротне странке, али се велики број држава успротивио. Стога је остала само ограда у погледу овлашћења суда из одредбе чл. 16.

⁵³ Xandra Kramer, op. cit., стр. 10.

⁵⁴ Видети чл. 18/1 ESCP.

У теорији се оправдано истиче неодређеност појма “*extraordinary circumstances*”, али се, с позивом на уводну напомену бр. 31. ESCP, сматра да су то околности које су спречиле туженог да “оспори захтев”, а које се не могу приписати његовом пропусту или омашци (“*fault*”).⁵⁵ Смисао чл. 18. ESCO је, пак, да се у одређењу суда који поступа по жалби примењују национална права. Уз испуњење једног од услова из чл. 18. одлука ће се прогласити неважећом.

3.4. “Признање” и извршење пресуде

Пресуда донесена у европском поступку за спорове мале вредности је извршива без посебног захтева, потврде извршности и без могућности супротстављања њеном признању. На захтев странке суд издаје, на стандардном Обрасцу Д Анекса 4, потврду да је пресуда донесена у овом поступку.

Извршење се спроводи по националном процесном праву држава чланица, али ESCP одређује и овде минималне стандарде. При томе се један број правила примењују и када се извршење захтева у држави у којој је пресуда донесена.⁵⁶ ESCP утврђује и које поднеске извршни поверилац мора предати уз захтев за извршење⁵⁷, али усваја и забрану да се, ако се извршење тражи у другој држави, од извршног повериоца тражи да има пуномоћника или поштанску адресу у држави извршења, осим код службеника надлежног за извршни поступак. Не може се захтевати, само зато што је извршни поверилац страни држављанин или лице које нема пребивалиште или редовно боравиште у држави извршења, обезбеђење, гаранција или депозит, односно било која врста обезбеђења.⁵⁸

Одбијање извршења могуће је по захтеву извршног дужника, ако је пресуда “непомирљива” (“*irreconcilable*”) са раније донесеном пресудом у било којој држави чланици или трећој држави, под условом да: ранија пресуда “садржи исти захтев и основ”⁵⁹ и донесена је између истих странака, да је ранија пресуда донесена у држави чланици извршења или да задовољава услове неопходне за њено признање у држави чланици извршења, и да “непомирљивост” није била и није могла бити истакнута као приговор пред судом државе чланице у којој је пресуда донесена применом европског поступка за спорове мале вредности.⁶⁰

⁵⁵ Xandra Kramer, op. cit., стр. 10.

⁵⁶ Видети чл. 15. т. 2. ESCP, односно чл. 23. ESCP, који ће се према одредби чл. 15. т. 2. применити и у овим ситуацијама.

⁵⁷ Видети чл. 21. т. 2. ESCP.

⁵⁸ Видети чл. 21. т. 4. ESCP.

⁵⁹ Коришћени Превод са сајта Организације потрошача Србије, чини се није најадекватнији, односно процесноправна терминологија упућивала би на идентичне парнице у објективном (идентитет тужбеног захтева) и субјективном смислу (идентитет странака).

⁶⁰ Видети чл. 22. т. 1. ESCP.

При томе, садржина пресуде донесене у европском поступку за спорове мале вредности не може ни под каквим условима бити предмет преиспитивања у држави извршења.⁶¹

Могуће је, такође, застати (*“stay of enforcement”*) са извршењем или га ограничити (*“limitation of enforcement”*) само на доношење заштитних мера (*“protective measures”*), уколико је странка оспорила пресуду односно ако је оспоравање још увек могуће, или уколико је странка поднела захтев за преиспитивање у смислу чл. 18. ESCP. О овоме одлучује надлежни орган, суд или трибунал државе извршења. Поред ограничења на изрицање заштитних мера алтернатива је и условљавање извршења полагање обезбеђења или застој са извршењем, у изузетним околностима.⁶²

3.5. Дужност обавештавања

Државе чланице су дужне да сарађују како би јавности и стручним круговима била доступна обавештења о европском поступку за спорове мале вредности, укључујући обавештења о трошковима, нарочито путем Европске правосудне мреже у грађанским и трговинским стварима, а у смислу Одлуке 2001/470/ЕЗ.⁶³ Пре ступања на снагу ESCP биле су дужне да обавесте европску Комисију о: надлежним судовима, прихватљивим средствима комуникације, допуштености жалбе по националном праву и о органима надлежним за одлучивање о застоју, односно ограничавању извршења одлука из ових поступака, а надаље морају Комисију обавестити о свим изменама ових прописа.⁶⁴ Комисија прати примену ESCP и до 01.01.2014. ће, на основу извештаја држава чланица, саставити посебан извештај о ефектима примене, а уз овај извештај Комисија има обавезу да Европском парламенту, Савету Европе и Европском економском и социјалном комитету учини и предлоге за прилагођавање ESCP.

⁶¹ Видети чл. 22. т. 2. ESCP.

⁶² Видети чл. 23. ESCP.

⁶³ *Council Decision of 28 May 2001 establishing a European Judicial Network in civil and commercial matters*, доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001DO:EN:NOT,27.06.2011>.

⁶⁴ Видети чл. 25. ESCP.

Summary

Intensifying the process of adopting the measures in the field of judicial cooperation related to civil law and commercial matters, the European Union passed several regulations related to European civil law procedures. This process is parallel to the process of promoting the compatibility of national regulations of the member states. Basically, both processes involve cross-border cases, or the cases with cross-border implications. The main goal of the adoption of these regulations is the simplification of procedures in certain legal matters and the elimination of the need for an additional procedure involving the recognition of the decisions to be executed and enforced in other member states.

The Regulation establishing a European small claims procedure is an example of the unification of a civil law procedure at the level of European Union. Its adoption is the result of the recognition of the fact that the costs, duration and both that these procedures involve is not proportional to the value of the claim concerned.

This Regulation is optional for creditors and has a specific scope. It is applied on the cross-border cases when the value of the claim does not exceed EUR 2000. At the time when the claim form is received by the court or tribunal with jurisdiction, excluding all interest, expenses and disbursements. The procedure itself, starting from the filing of a claim, is conducted in a written form and the Regulation itself includes standard forms. Oral argument takes place in exceptional cases and then the counterclaim, language to be used, presenting of evidence and types of legal remedy are closely regulated. An appeal does not postpone the execution of the decision, while the minimum standards for reviewing the decision are defined, along with the standard that the decision is valid and effective in other member states without a possibility to contest its recognition or confirm its enforceability. The enforcement is in line with the national laws which means that there is a possibility to deny, postpone or restrict the enforcement of the decision, under certain restrictions. All the member states are obliged to cooperate and inform each other on the European small claim procedures through the European judicial network according to the Directive 2001/470/EC.

NEKA SPORNA PITANJA U VEZI OCJENE I RAZGRANIČENJA STVARNE NADLEŽNOSTI GRAĐANSKIH I PRIVREDNIH SUDOVA U BOSNI I HERCEGOVINI

Dr Slobodan Stanišić*

***Apstrakt:** Prilikom ocjene nadležnosti u građanskim i privrednim sporovima, znatan broj sudova u Bosni i Hercegovini polazi isključivo od personalnog kriterija (*competentia racione personae*), zasnivajući tako svoju odluku samo na okolnosti da se konkretan spor vodi između određenih kategorija subjekata prava¹, zanemarujući pri tome kauzalni kriterijum (*competentia racione causa*) koji je zakonodavac propisao², bez kojega nije moguće valjano ocijeniti i razgraničiti stvarnu nadležnost građanskih i privrednih sudova u svakom pojedinom slučaju.*

***Ključne riječi:** stvarna nadležnost, građanski sud, privredni sud, građanski spor, privredni spor.*

Uvodna razmatranja

1. Terminološke napomene

U daljim izlaganjima će se koristiti termini „građanski sud“ i „privredni sud“, radi jednostavnijeg i preglednijeg izlaganja materije o razgraničenju stvarne nadležnosti između građanskih i privrednih sudova u BiH.

Pod pojmom „građanski sud“ podrazumijevaju se: osnovni i okružni sudovi u Republici Srpskoj koji nisu privredni sudovi, osnovni sud Brčko Distrikta BiH i Apelacioni sud Brčko Distrikta, kao i općinski i kantonalni sudovi u Federaciji BiH

* **Dr sci. Slobodan Stanišić, advokat iz Banje Luke i docent na Fakultetu pravnih nauka Panevropskog univerziteta „Apeiron“ Banja Luka.**

¹ Na primjer, sporovi u kojima su obje stranke u postupku pravna lica, sporovi u kojima su obje stranke fizička lica koja u svojstvu samostalnih preduzetnika ili drugom svojstvu obavljaju privrednu ili drugu registrovanu djelatnost, sporovi u kojem je jedna stranka pravno, a druga fizičko lice koje u svojstvu samostalnog preduzetnika ili drugom svojstvu obavlja privrednu ili drugu registrovanu djelatnost.

² Vidi odredbe čl. 26 i 27 b t.a) Zakona o sudovima Republike Srpske („Sl. glasnik Republike Srpske“, br. 111/04, 109/05, 37/06, 17/08, 119/08, 58/09 i 116/09) i čl. 27 t. 2 i 3 Zakona o sudovima Federacije BiH („Službene novine Federacije BiH“, br. 38/05, 22/06 i 63/10).

koji sude u “građanskim i drugim predmetima“ koji ne spadaju u kategoriju „privrednih predmeta“.

Pojam „privredni sud“ je upotrijebljen kao genusni pojam za Okružne privredne sudove i Viši privredni sud u Republici Srpskoj, kada u granicama svoje instancione nadležnosti odlučuju u slučajevima pobliže navedenim u čl. 27b i čl. 27v Zakona o sudovima Republike Srpske, Osnovni i Apelacioni sud Brčko Distrikta BiH kada u granicama svoje instancione nadležnosti odlučuju u privrednim (gospodarskim) sporovima iz čl. 21 t. 3 Zakona o sudovima Brčko distrikta BiH³, kao i za općinske sudove sa privrednim odjeljenjima i kantonalne sudove u Federaciji BiH, kada u okviru svoje instancione nadležnosti odlučuju u privrednim predmetima.

S obzirom da je Zakonom o parničnom postupku pred sudom BiH⁴ propisana stvarna nadležnost Suda BiH u rješavanju svih imovinskih sporova subjekata i institucija navedenih u čl.1 Zakona, to se pitanje ocjene i razgraničenja nadležnosti koja su predmet ovoga rada, u slučaju postupanja Suda BiH, ne postavlja.

2. Pojam nadležnosti

Nadležnost (*competentio*)⁵ se najpotpunije definiše dvojako: u objektivnom i subjektivnom smislu.

U objektivnom smislu, pod nadležnošću se podrazumijeva krug poslova koje vrši određeni organ.⁶

Pod **sudskom nadležnošću**, u objektivnom smislu, podrazumijevamo djelo-krug poslova jednog suda⁷ koje on obavlja u izvršavanju svoje funkcije ustanovljene Ustavom i zakonom.

U subjektivnom smislu, pod sudskom nadležnošću se podrazumijeva ovlaštenje i dužnost suda da riješi određeni spor⁸, dakle njegovo ovlaštenje i obavezu da u određenoj pravnoj stvari vrši pravosuđe.⁹

Propisivanje racionalnih i cjelishodnih pravila kojima se rješavanje pravnih odnosa ili preduzimanje procesnih radnji raspoređuje između pojedinih sudova u

³ ”Sl. glasnik Brčko distrikta BiH“, br.19/07, 20/07 i 39/09.

⁴ Vidi čl.1 Zakona o parničnom postupku pred sudom Bosne i Hercegovine („Sl. glasnik BiH“, br. 36/04 i 84/07).

⁵ Prevedena sa latinskog na srpski jezik, riječ „competentio“ znači „nadležnost“.

⁶ Triva S., V. Belajec, i M. Dika: “Građansko parnično procesno pravo” , str. 197, paragraf 47/1, “Narodne Novine” Zagreb, 1989. g.

⁷ G. Stanković, “Građansko procesno pravo”, str. 83, „Zavod za udžbenike i nastavna sredstva”, Beograd, 1989. g.; B.Poznić, “Građansko procesno pravo”, str. 94, t. 127, Savremena administracija, Beograd, 1989.

⁸ D. Aranđelović, “Građansko procesno pravo Kraljevine Jugoslavije”, str. 54, štamparija “Jovanović”, Beograd, 1932. g.; S. Zuglia, “Građansko procesno pravo Kraljevine Jugoslavije” - Građanski parnični postupak sa naukom o uređenju i nadležnosti sudskih vlasti, str. 239, paragraf br.72, “Geca Kon” a.d. Beograd, 1936; S. Triva, V. Belajec i M. Dika, ibidem.

⁹ B. Poznić, Ibidem.

određenom sudskom sistemu je *conditio sine qua non* uspješnog i ekonomičnog pravosuđa i garancija efikasne pravne zaštite građana.

Prilikom donošenja pravila o sudskoj nadležnosti i razgraničenju poslova između sudova i drugih organa, kao i između samih sudova, zakonodavac se mora rukovoditi određenim faktorima i izgraditi specifične kriterije za raspodjelu navedenih poslova.¹⁰

U takve faktore, bez sumnje, spada ustavno i teritorijalno uređenje u državi, vrste sudova u sudskom sistemu, teritorijalno područje određenog suda, instanciono suđenje, broj i vrste sporova, veličina državne teritorije, broj stanovnika i slično.

U okviru sudske nadležnosti, nadalje, trebamo razlikovati ***apsolutnu nadležnost ili sudsku jurisdikciju***, koja omogućava razgraničenje sudske nadležnosti od nadležnosti drugih organa, te ***relativnu nadležnost ili kompetenciju***, pomoću koje se razgraničava djelokrug poslova u okviru našeg pravosudnog sistema.

U relativnu nadležnost spada tzv. **stvarna nadležnost** (*competentia ratione materie*), **mjesna nadležnost** (*competentia ratione loci*) i **funkcionalna nadležnost sudova**.

Funkcionalna nadležnost, koja se ocjenjuje prema funkcijama koje sudovi i sudski organi vrše u istoj stvari, razlikuje se od stvarne nadležnosti po tome što se pravilima o stvarnoj nadležnosti u stvari vrši podjela različitih pravnih stvari između iste vrste sudova, dok se kod funkcionalne nadležnosti ista stvar dijeli različitim sudskim organima.

S obzirom na predmet našeg istraživanja, u daljim izlaganjima ćemo se baviti isključivo stvarnom nadležnošću sudova.

2.1. Stvarna nadležnost (*competentia ratione materie*) predstavlja ovlaštenje i obavezu određenih sudova da sude određenu vrstu sporova. Pravila o stvarnoj nadležnosti se, ustanovljavaju posebnim zakonskim propisima¹¹ kojima se uređuje osnivanje, funkcionisanje i organizacija rada sudova.

Stvarna nadležnost sudova se određuje po različitim kriterijumima, od kojih su od posebnog značaja personalni ili subjektivni, kauzalni ili objektivni, vrijednosni i atrakcioni kriterijum.

2.1.1. Personalni ili subjektivni kriterijum (*competentia ratione personae*)

Prema ovom kriteriju, stvarna nadležnost se određuje s obzirom procesne subjekte, tako da je učešće određenih kategorija subjekata prava, u svojstvu suprotstavljenih stranaka procesnom odnosu, jedan od bitnih uslova za određivanje nadležnosti privrednih sudova.

¹⁰ G. Stanković, op.cit., str. 84.

¹¹ Vidi čl.1 i čl.17a i čl.17b Zakona o sudovima Republike Srpske („Sl. glasnik Republike Srpske“, br. 111/04, 109/05, 37/06, 17/08, 119/08, 58/09 i 116/09) i čl. 1 Zakona o sudovima Federacije BiH (“Službene novine Federacije BiH”, br. 38/05, 22/06 i 63/10).

U kombinaciji sa kauzalnim, ovaj kriterijum je prihvaćen i u entitetskom zakonodavstvu i u zakonodavstvu Brčko Distrikta BiH.¹²

2.1.2. Kauzalni ili objektivni kriterijum (*competentia ratione causa*)

Prema ovom kriterijumu, stvarna nadležnost se određuje s obzirom na predmet spora. Pomoću ovog kriterijuma, a u kombinaciji sa personalnim kriterijumom, razgraničava se nadležnost građanskih i privrednih sudova u Republici Srpskoj, odnosno predmeta iz nadležnosti građanskih i privrednih odjeljenja općinskih sudova u Federaciji BiH.

Ovaj kriterijum se prepoznaje u zakonskom tekstu kada se propisuje da su, na primjer, „...*okružni privredni sudovi nadležni da u prvom stepenu odlučuju u parničnim i vanparničnim sporovima koji se odnose na prava i obaveze po osnovu pravnog prometa robe, usluga, vrijednosnih papira, vlasničkih i drugih stvarnih prava na nekretninama...*“; „...*sporovima koji se odnose na brodove i plovidbu na moru i na unutrašnjim vodama...*“; „...*sporovima koji se odnose na avione i sporovima u kojima se primjenjuje autorsko pravo...*“; „...*sporovima iz autorskog prava, srodnih prava i industrijske svojine...*“¹³, odnosno da općinski sudovi koji imaju privredna odjeljenja sude u određenim privrednim predmetima koji su u zakonskom tekstu taksativno nabrojani.¹⁴

2.1.3. Drugi kriterijumi za određivanje stvarne nadležnosti

Postoje i drugi kriterijumi za određivanje stvarne nadležnosti, kao što su vrijednosni kriterijum, kada se nadležnost razgraničava s obzirom na vrijednost predmeta spora (*competentia ratione valoris*) i s obzirom na činjenicu da se kod toga suda već vodi neki drugi postupak (atrakcioni kriterijum), na koje samo ukazujemo, s obzirom da bi detaljno razmatranje istih prevazilazilo okvire ovoga rada.

3. Stvarna nadležnost građanskih i privrednih sudova u BiH

3.1. Terminološke napomene

Kao što je to već ranije rečeno, kriterijumi za razgraničenje stvarne nadležnosti građanskih i privrednih sudova sadržani su u entitetskim zakonima o sudovima i Zakonu o parničnom postupku, te Zakonu o sudovima Brčko distrikta BiH, s tim što se ukazuje da različiti pojmovi i termini koji su upotrijebljeni za označavanje djelokruga postupanja navedenih sudova ili pak pojmovi i termini upotrijebljeni za

¹² Vidi čl. 27 b t.a) alineja II Zakona o sudovima Republike Srpske i čl. 27 t. 3a alineja II Zakona o sudovima Federacije BiH i “Sl. glasnik Brčko distrikta BiH“, br. 19/07, 20/07 i 39/09). Tako se, na primjer, u čl. 27 b t.a Zakona o sudovima Republike Srpske, navodi da: „Okružni privredni sudovi u prvom stepenu odlučuju: u parničnim i vanparničnim sporovima ... u kojima su obje stranke u postupku pravno ili fizičko lice...“

¹³ Vidi čl. 27 b tačka a) do tačke k) Zakona o sudovima Republike Srpske.

¹⁴ Vidi čl. 27 t.3a-g Zakona o sudovima Federacije BiH.

označavanje procesnih subjekata ili vrste sporova, te vrste postupka, stvaraju teškoće u njihovoj svakodnevnoj primjeni.

Tako, na primjer, dok se u entitetskim zakonima o sudovima, djelokrug postupanja suda u određenim sporovima označava terminom „stvarna nadležnost“¹⁵, u Zakonu o sudovima Brčko distrikta se koristi termin „stvarna mjerodavnost“.¹⁶

U Zakonu o sudovima Republike Srpske, a nakon osnivanja privrednih sudova u Republici Srpskoj, razdvajaju se odredbe o stvarnoj nadležnosti osnovnih sudova i okružnih privrednih sudova. U okviru odredaba o stvarnoj nadležnosti osnovnih sudova, zakon propisuje da su ti sudovi nadležni da u prvom stepenu sude u „građanskim predmetima i to u svim građanskim sporovima i u vanparničnom postupku.“¹⁷

U okviru posebnih odredaba o stvarnoj nadležnosti privrednih sudova, Zakon propisuje da su okružni privredni sudovi nadležni da u prvom stepenu odlučuju u slučajevima koji su taksativno nabrojani u samom tekstu navedenih zakonskih odredaba.¹⁸

U Zakonu o sudovima Federacije BiH se propisuje da su općinski sudovi nadležni da u prvom stepenu sude u „građanskim predmetima“ i to u svim građanskim sporovima i vanparničnom postupku, a da su općinski sudovi koji imaju privredna odjeljenja nadležni da sude u „privrednim predmetima“ i to u sporovima i postupcima koji su nabrojani u tekstu navedenih zakonskih odredaba.¹⁹

Za razliku od entitetskih zakona, u Zakonu o sudovima Brčko distrikta BiH²⁰ se u građanske predmete svrstavaju kako „građanski sporovi“, tako i „gospodarski sporovi“²¹.

U Zakonu o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku²² koji je donijela Republika Srpska u maju mjesecu 2009. godine, u odredbama o postupku u privrednim sporovima, uvode se novi pojmovi „privredni spor“, „postupak u privrednim sporovima“, „međusobni privredni odnosi“, što je pruzrokovalo dodatne teškoće u ocjeni i razgraničenju nadležnosti građanskih i privrednih sudova u Republici Srpskoj.

Ovakva terminološka raznolikost i nomotehnička nepreciznost upotrijebljenih riječi i izraza u pomenutim zakonskim tekstovima, dovodi do različitih interpretacija propisa, te posljedičnih teškoća u primjeni odredaba o stvarnoj nadležnosti u sudskoj praksi.

¹⁵ Vidi naslov pod 2 ispred odredaba čl. 26-28 Zakona o sudovima Republike Srpske, naslove ispod čl.27-29 Zakona o sudovima Federacije BiH.

¹⁶ Vidi naslov pod 2 ispred čl. 21 Zakona o sudovima Brčko Distrikta BiH.

¹⁷ Vidi čl. 26 t.2a i b Zakona o sudovima Republike Srpske.

¹⁸ Vidi čl. 27b Zakona o sudovima Republike Srpske.

¹⁹ Vidi čl. 27 t.3 a-g Zakona o sudovima Federacije BiH.

²⁰ čl. 21 t.3 Zakona o sudovima Brčko distrikta BiH.

²¹ Sintagma „gospodarski spor“ u prevodu na srpski jezik označava „privredni spor“.

²² Vidi odredbe čl.1-5 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku („Sl. glasnik Republike Srpske“, br. 49/09).

3.2. Konkurencija propisa o stvarnoj nadležnosti privrednih sudova i propisa o postupku u privrednim sporovima u Republici Srpskoj

Novela ZPP u Republici Srpskoj, koja se odnosi na pravila postupka u privrednim sporovima je sprovedena dodavanjem u tekst važećeg ZPP-a nove glave br. XXXIXa pod nazivom „Postupak u privrednim sporovima“, te novih zakonskih odredaba i to čl. 433a-433e ZPP, čime je ispravljen propust koji je učinjen 2003. godine, prilikom donošenja ovog sistemskog procesnog zakona.

Potreba za inkorporisanjem u važeći ZPP odredaba o postupku u privrednim sporovima je postojala i prije osnivanja privrednih sudova, jer su sudovi u Republici Srpskoj i do osnivanja privrednih sudova sudili u sporovima i postupcima koji su bili propisani kako ranijim Zakonom o sudovima i sudskoj službi²³, tako i važećim Zakonom o sudovima Republike Srpske.²⁴

U nedostatku posebnih pravila o postupku u privrednim sporovima, do donošenja Zakona o izmjenama i dopunama ZPP-a u maju mjesecu 2009. godine, u tzv. privrednim sporovima, primjenjivala su se opšta pravila parničnog postupka propisana ZPP-om.

Prethodno iznesene informacije o noveliranju ZPP-a u Republici Srpskoj ne bi bile od značaja za predmet razmatranja ovoga rada, da novelirani ZPP, pored odredaba o pravilima postupka u privrednim sporovima, ne sadrži i odredbe kojima se propisuju kriterijumi za ocjenu i razgraničenje stvarne nadležnosti građanskih i privrednih sudova, koje se terminološki i sadržinski razlikuju od takvih sličnih odredaba o stvarnoj nadležnosti sadržanih u Zakonu o sudovima Republike Srpske.

To se uočava običnim upoređivanjem jezičkog značenja upotrijebljenih riječi i izraza u oba zakonska propisa:

²³ Vidi čl.16a Zakona o sudovima i sudskoj službi („Sl. glasnik Republike Srpske“, br. 13/00, 15/00, 16/00, 70/01, 77/02, 85/03 i 114/03).

²⁴ Vidi čl. 26 t.3a Zakona o sudovima Republike Srpske („Sl.glasnik Republike Srpske“, br.111/04, 109/05,37/06) i čl. 4 Zakona i izmjenama i dopunama Zakona o sudovima Republike Srpske („Sl. glasnik Republike Srpske“, br.119/08).

A. ZAKON O SUDOVIMA REPUBLIKE SRPSKE

„Stvarna nadležnost okružnih privrednih sudova“

Član 27b.

Okružni privredni sudovi u prvom stepenu odlučuju:

a) u parničnim i vanparničnim sporovima koji se odnose na prava i obaveze po osnovu pravnog prometa robe, usluga, vrijednosnih papira, vlasničkih i drugih stvarnih prava na nekretninama, kao i na prava i obaveze proistekle iz vrijednosnih papira, u kojima su obje stranke u postupku pravno ili fizičko lice, koje u svojstvu samostalnog preduzetnika i u drugom svojstvu obavlja privrednu ili drugu registrovanu djelatnost u vidu osnovnog ili dopunskog zanimanja;

b) u sporovima koji se odnose na brodove i na plovidbu na moru i na unutrašnjim vodama, kao i u sporovima na koje se primjenjuje plovidbeno pravo, osim sporova o prevozu putnika;

v) u sporovima koji se odnose na avione, kao i u sporovima na koje se primjenjuje vazduhoplovno pravo, osim sporova o prevozu putnika;

g) u sporovima iz autorskog prava, srodnih prava i prava industrijske svojine;

d) u sporovima nastalim povodom djela za koje se tvrdi da predstavljaju neloyalnu konkurenciju ili monopolistički sporazum;

đ) u postupcima stečaja i likvidacije, u skladu sa zakonom, kao i svim sporovima koji nastanu u toku i povodom sprovođenja postupka stečaja i likvidacije;

e) u poslovima registracije pravnih lica ili samostalnih preduzetnika uređenih Zakonom o upisu poslovnih subjekata u sudski registar;

ž) o sprovođenju izvršnog postupka po pravosnažnim presudama privrednih sudova;

z) o određivanju mjera obezbjeđenja;

i) o pružanju pravne pomoći sudovima u Republici Srpskoj i Bosni i Hercegovni iz svoje nadležnosti;

j) o vršenju poslova međunarodne pravne pomoći iz svoje nadležnosti;

k) o sporovima koji nastanu stranim ulaganjem;

l) o vršenju i drugih poslova uređenih zakonom.

B. ZAKON O PARNIČNOM POSTUPKU

Glava XXXIX.a

POSTUPAK U PRIVREDNIM SPOROVIMA

„Član 433.a

U postupku u privrednim sporovima primjenjuju se odredbe ovog zakona, ako odredbama ove glave nije drugačije određeno.

Član 433.b

Pravila postupka u privrednim sporovima primjenjuju se:

1) u sporovima u kojima su stranke Republika Srpska, jedinica lokalne samouprave, druga pravna lica koja nisu upisana u sudski registar, privredna društva, kao i druga pravna ili fizička lica koja se upisuju u odgovarajuće registre;

2) u sporovima u kojima se pojavljuju pravna lica, koja se finansiraju iz budžeta (Republike ili jedinice lokalne samouprave), a upisana su u odgovarajući sudski registar;

3) u sporovima koji proizlaze iz međusobnih privrednih odnosa imalaca radnji i drugih pojedinaca koji u vidu registrovanog zanimanja obavljaju privrednu djelatnost, kao i iz međusobnih privrednih odnosa tih lica i pravnih lica iz tačke 1. ovog člana.

Kao što se na prvi pogled može uočiti, postoje terminološke razlike, obzirom da pojmovi „privredni sporovi“ i „sporovi iz međusobnih privrednih odnosa“ koji se pominju u čl.433a i čl.433b ZPP, ne postoje u važećem Zakonu o sudovima Republike Srpske.

Međutim navedene razlike nisu samo terminološke, već i suštinske, iz razloga što značenje upotrijebljenih riječi i izraza u oba zakona nije isto.

Naime, odredbe o pravilima postupka u privrednim sporovima sadržane u čl. 433b ZPP-a, po svom značenju i smislu imaju uže značenje i domašaj od odredaba čl. 27b Zakona o sudovima Republike Srpske, kojima se uređuje nadležnost okružnih privrednih sudova.

Međutim, ono što je i jednima i drugima zajedničko jeste u tome što su oba navedena propisa, po svojoj pravno-nomotehničkoj prirodi, propisi kojima se, u stvari, uređuje stvarna nadležnost privrednih sudova.

U slučaju odredbe čl. 27b Zakona o sudovima Republike Srpske, to je razumljivo i poželjno, jer se radi o propisu koji je namjenski donesen kao propis kojim se uređuje stvarna nadležnost privrednih sudova, dok je u slučaju odredbe iz čl. 433b ZPP, to nedopustivo i nesvrshodno, jer se navedenom odredbom, s obzirom na njenu sadržinu, uopšte ne propisuju pravila postupka u privrednim sporovima, već

ponavljaju, doduše u užem značenju, postojeća pravila za ocjenu stvarne nadležnosti u privrednim sporovima sadržana u čl. 27 b Zakona o sudovima Republike Srpske.

Ova nomotehnička nepreciznost i nedosljednost koja je posljedica nekritičkog preuzimanja dijela sadržaja odredaba o postupku u privrednim sporovima sadržanih u ranijem Zakonu o parničnom postupku²⁵, dovodi do nepotrebne i kontraproduktivne konkurencije odredaba čl. 27b Zakona o sudovima Republike Srpske i sa odredbama čl. 433b Zakona o parničnom postupku Republike Srpske, a jednako tako i apsurdnih situacija da se pravila postupka u privrednim sporovima mogu primjenivati samo u sporovima iz čl. 433b t.1, 2 i 3 ZPP, a ne i u svim sporovima iz čl. 27b t.a Zakona o sudovima Republike Srpske. Dodatnu zabunu stvara pojam „međusobni privredni odnosi“, jer se pomenuti pojam u istom ili bilo kojem drugom zakonskom propisu uopšte ne razrađuje.

S obzirom da će konkurencija navedenih zakonskih propisa bez svake sumnje stvarati teškoće u ocjeni stvarne nadležnosti privrednih sudova, to je intervencija zakonodavca u pogledu izmjene odredbe čl.433b ZPP, *de lege ferenda*, neophodna i cjelishodna.

4. Primjena kriterijuma za ocjenu stvarne nadležnosti privrednih sudova u zakonodavnoj i sudskoj praksi

Kao što je i ranije pomenuto, pravila o razgraničenju stvarne nadležnosti između građanskih i privrednih sudova, sadržana su prvenstveno u entitetskim propisima i propisima Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine kojima se uređuje osnivanje, organizacija, sastav i nadležnost sudova, a dijelom i u drugim zakonskim propisima na entitetskom nivou.

U oba entitetska Zakona o sudovima, za razgraničenje stvarne nadležnosti građanskih i privrednih sudova zakonodavac se koristi kombinacijom kauzalnog i personalnog kriterijuma i to tako što propisuje da su privredni sudovi nadležni da odlučuju u tačno određenim i taksativno navedenim sporovima i postupcima (kauzalni kriterijum)²⁶, istovremeno propisujući koji subjekti, u svojstvu suprotstavljenih stranaka u postupku, u tim sporovima učestvuju (personalni kriterijum).²⁷

²⁵ Vidi odredbe čl. 489-491 Zakona o parničnom postupku („Sl. list SFRJ”, br. 4/77; 36/80; 69/82; 58/84; 74/87; 57/89; 20/90; 35/91 i “Sl. glasnik Republike Srpske”, br.17/93;14/94 i 32/94).

²⁶ Na primjer: “Okružni privredni sudovi u prvom stepenu odlučuju: a) u parničnim i vanparničnim sporovima - koji se odnose na prava i obaveze po osnovu pravnog prometa robe, usluga, vrijednosnih papira, vlasničkih i drugih stvarnih prava na nekretninama, kao i na prava i obaveze proistekle iz vrijednosnih papira, ...“ (čl. 27b t.a alineja I Zakona o sudovima Republike Srpske).

²⁷ Na primjer: “Okružni privredni sudovi u prvom stepenu odlučuju: a) u parničnim i vanparničnim sporovima - ...“u kojima su obje stranke u postupku pravno ili fizičko lice, koje u svojstvu samostalnog preduzetnika i u drugom svojstvu obavlja privrednu ili drugu registrovanu djelatnost u vidu osnovnog ili dopunskog zanimanja (čl. 27b t.a alineja II Zakona o sudovima Republike Srpske).

Naglašen personalni kriterijum za razgraničenje stvarne nadležnosti je prepoznatljiv i u odredbama ZPP o pravilima postupka u privrednim sporovima²⁸, kada se propisuje da se pravila postupka u privrednim sporovima primjenjuju u sporovima u kojima se kao stranke pojavljuju tačno određeni pravni subjekti.

Kauzalni kriterijum je u navedenim odredbama jedva uočljiv i to samo u dijelu u kojem zakonodavac propisuje da je riječ „o sporovima koji proizlaze iz međusobnih privrednih odnosa...“²⁹

S obzirom da se u pomenutim zakonskim propisima bliže ne razrađuju pojmovi koji određuju predmet i prirodu sporova koji se stavljaju u nadležnost privrednim sudovima, za pravilnu ocjenu i razgraničenje nadležnosti građanskih i privrednih sudova, neophodno je razjasniti pojmove: „pravnog prometa robe, usluga, vrijednosnih papira, vlasničkih i drugih stvarnih prava na nekretninama“, „prava i obaveze proistekle iz vrijednosnih papira“, a takođe i pojam „međusobnog privrednog odnosa“.

4.1. Pojam pravnog prometa robe, usluga, vrijednosnih papira, vlasničkih i drugih stvarnih prava na nekretninama

U najširem smislu, promet podrazumijeva transfer ljudi i dobara sa jednog odredišta na drugo.

Pravni promet podrazumijeva postojanje pravnih poslova na osnovu kojih se takav promet obavlja.

Dakle, da bi došli do objašnjenja pojma pravnog prometa robe i usluga, moramo poći od pojma „posla prometa robom“ koji je bio određen u Opštim uzansama za promet robom – u daljem tekstu Uzanse, tako što su doslovno nabrojani ugovori koji se smatraju ugovorima pravnog prometa³⁰, pojma trgovačkog posla u razvijenim pravnim sistemima koji su imali presudan uticaj na naše pravo, te pojma „ugovora u privredi“ regulisanog u važećem Zakonu o obligacionim odnosima³¹ uz napomenu da zakonodavac nije bio terminološki dosljedan, pa koristi i pojam „ugovor o prometu robe i usluga“.³²

Poslove prometa robom i uslugama čine oni tipični, uobičajeni ugovori koji se masovno i često zaključuju u cilju razmjene robe i usluga.

²⁸ Vidi čl. 433bt.1-2 Zakona o parničnom postupku („Sl. glasnik RS“, br. 58/03,85/03,74/05,63/07,49/09).

²⁹ Vidi čl. 433b t.3 Zakona o parničnom postupku („Sl. glasnik RS“, br. 58/03,85/03,74/05,63/07,49/09).

³⁰ Vidi „Službeni list FNRJ“, br.15/54.

³¹ “Ugovori u privredi su, u smislu ovog zakona ugovori koje preduzeća i druga pravna lica koja obavljaju privrednu djelatnost, kao i imaoi radnji i drugi pojedinci koji u vidu registrovanog zanimanja obavljaju neku privrednu djelatnosti, zaključuju među sobom u obavljanju djelatnosti koje sačinjavaju predmete njihovog poslovanja ili su u vezi sa tim djelatnostima.” (čl. 25 st. 2 Zakona o obligacionim odnosima – “Sl. list SFRJ”, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89 i “Službeni glasnik Republike Srpske”, br.17/93, 3/96, 39/03, 74/04 - ZOO).

³² Vidi čl. 374 st.1 ZOO.

Prema Uzansama to su „kupovina i prodaja robe, zamena robe, kao i poslovi posredništva, zastupništva, komisiona, prevoza, otpremništva (špedicije), uskladištenja i osiguranja.“³³

Iz smisla citirane odredbe proističe da su nabrojani pravni poslovi navedeni samo primjera radi, što znači da postoji i niz drugih pravnih poslova³⁴ koji nisu pomenuti, a ipak spadaju u istu kategoriju pod određenim uslovima. Ono, s tim što je bitno da se njima vrši promet robe (npr. ugovor o prodaji) ili pak vrše usluge u vezi sa prometom robe (na primjer, ugovor o uskladištenju), tj. obavlja tzv. privredna djelatnost. U tom smislu se izjašnjava i pravna nauka.³⁵

Za poslove prometa robe i usluga je specifično da se oni zaključuju (sklapaju) između tačno određenih subjekata prava-privrednih subjekata, pri čemu se prije svega misli kako na pravna lica, tako i na fizička lica koja u svojstvu samostalnih preduzetnika i u drugom svojstvu obavljaju privrednu ili drugu registrovanu djelatnost u vidu osnovnog ili dopunskog zanimanja.

Predmet poslova „prometa robe i usluga“ su roba koja je predmet prometa, ali i usluge u obavljanju prometa robe ili tzv. trgovinske usluge, kao što su, na primjer: posredovanje, otpremanje, prevoz, uskladištenje i sl.

Njihovo zaključivanje i izvršavanje predstavlja redovan predmet djelatnosti onih pravnih lica koji se takvim poslovima bave „u vidu zanimanja“. Takva djelatnost se često naziva i „privredna djelatnost“.

Obavljanje poslova prometa robe je nužno radi toga da roba dospije od proizvođača do potrošača.

Ovaj prenos robe od proizvođača do potrošača rijetko se vrši neposredno i direktno, sa proizvođača na potrošača, već, po pravilu, putem raznih posrednika (trgovaca) i uz pomoć čitavog niza drugih lica u raznim ulogama, poput preprodavača, prerađivača, transportera, skladištara i slično. „Roba dakle ‘putuje’ i to putovanje se pravno obavlja na osnovu raznih ugovora koji se zaključuju u prometu.“³⁶ Transfer robe od proizvođača do potrošača, najčešće počinje sa ugovorom o prodaji robe koji zaključuju proizvođač i trgovac, ali navedeni ugovor, po pravilu, prate drugi pomoćni poslovi pravnog prometa -ugovori uslužnog karaktera (tzv. trgovinske usluge), kao što su ugovori o trgovačkom posredovanju i zastupanju, ugovori o komisionu, ugovori o špediciji, ugovori o prevozu, ugovori o uskladištenju, ugovori o osiguranju robe u transportu, ugovori o kontroli robe i usluga i slično.

³³ Vidi čl.1 st.4 Opštih uzansi za promet robom.

³⁴ Na primjer, ugovor o djelu, ugovor o građenju, ugovor, ugovor o kooperaciji, ugovor o udruživanju sredstava, ugovor o kontroli robe i usluga, izdavački ugovor, ugovor o komisionu, ugovor o turističkim uslugama, ugovor o faktoringu, ugovor o franšizingu, ugovor o zakupu, ugovor o posluži itd.

³⁵ I. Bukljaš, Privredno pravo sa osnovama prava, str. 258, Školska knjiga, Zagreb, 1975; A. Godštajn, Privredno ugovorno pravo, str. 59-60, Informator, Zagreb, 1980. g.; Jankovec I., Privredno pravo, IV izdanje, str. 237, JP „Službeni list SRJ“, Beograd, 1999. g.

³⁶ Vidi o tome detaljnije kod V. Kapor i S. Carić. U djelu „Ugovori robnog prometa“, str. 22, X izdanje, Centar za privredni konsalting, Novi Sad, 2000. godine.

Prema objektivnom sistemu određivanja pojma trgovačkog posla koji je prihvaćen u *francuskom*, belgijskom, španskom i pravu većine zemalja Latinske Amerike, trgovački, odnosno privredni posao ili ugovor u privredi, ima sljedeće osobine:

1. to je akt cirkulacije (između proizvođača i potrošača);
2. to je akt špekulacije, jer je cilj posla lukrativnog karaktera, što znači da se navedeni poslovi sklapaju radi sticanja profita, zarade, odnosno dobiti.³⁷

Dalje se trgovački poslovi dijele na apsolutne ili trgovačke poslove po svojoj prirodi i akcesorne ili relativne trgovačke poslove koji, u stvari, predstavljaju građanske poslove kada ih ne vrši trgovac, ali postaju trgovački kada ih zaključuje trgovac kao svoju sporednu djelatnost koja je u funkciji osnovne djelatnosti kojom se bavi.³⁸

Za razliku od objektivnog sistema, subjektivni sistem ili subjektivna koncepcija koja je usvojena u njemačkom trgovačkom pravu, određuje trgovački posao kroz određivanje pojma trgovca.³⁹

Pojam „ugovora u privredi“ u smislu odredaba Zakona o obligacionim odnosima ima šire značenje od pravnog posla prometa robe i usluga, jer obuhvata i druge ugovore koji se u privredi zaključuju, kao i ugovore novčanog prometa u privredi. Pojam ugovora u privredi je širi od pojma „posla prometa robom“ iz Opštih uzansi za promet robom i pojma privrednog ugovora u pravnoj teoriji i s obzirom na subjekte koji te ugovore zaključuju međusobno u obavljanju djelatnosti koje sačinjavaju predmet njihovog redovnog poslovanja ili u vezi sa tim djelatnostima.

Dakle, pojam ugovora u privredi u ZOO je određen kombinacijom subjektivnog i objektivnog kriterijuma. Takvo mišljenje je zastupljeno i u domaćoj pravnoj nauci.⁴⁰

Prema subjektivnom kriterijumu, ugovori u privredi su samo oni ugovori koje međusobno zaključuju određeni subjekti - tzv. „privredni subjekti“. Ti subjekti su kako pravna, tako i fizička lica (imaoci radnji ili drugi pojedinci) koji u vidu registrovanog zanimanja obavljaju privrednu djelatnost.

Prema objektivnom kriterijumu, ugovori u privredi su samo oni koje privredni subjekti međusobno zaključuju u vršenju djelatnosti koja čini predmet njihovog poslovanja ili su u vezi sa tim djelatnostima.

Iz zakonske definicije ugovora u privredi proističe da naše zakonodavstvo poznaje kako osnovne ugovore u privredi koje privredni subjekti zaključuju međusobno u obavljanju djelatnosti koja sačinjava predmet njihovog poslovanja, tako i akcesorne (sporedne) ugovore u privredi, koje privredni subjekti zaključuju u vezi sa

³⁷ Hamel-Lagarde-Jauffret, Droit commercial, I, 1980, str.240; Guyon, Droit des affaires, Paris,1984, str. 52-55.

³⁸ M. Vasiljević, Poslovno pravo, VI izmenjeno i dopunjeno izdanje, str. 362-363, „Savremena administracija“ Beograd, 1999. g.

³⁹ M. Vasiljević, op.cit., str. 363; Vidi i paragrafe 343-344 njemačkog Trgovačkog zakona.

⁴⁰ M. Vasiljević, op.cit., str. 364; Vučetić, „Ugovori u privredi prema odredabama ZOO“, str. 7, Informator, 3254/85; I. Jankovec, Ugovori u privredi, str. 5, Beograd,1987. g.

djelatnostima koje sačinjavaju predmet njihovog poslovanja, a s ciljem lakšeg obavljanja tih djelatnosti. Takvi ugovori su, na primjer, ugovor o zakupu prostora koji zaključuje proizvođač radi skadištenja svojih proizvoda ili pak ugovor o osiguranju koji proizvođač zaključuje radi osiguranja vlastite imovine.

Da bi se neki ugovor smatrao ugovorom u privredi, nije dovoljno samo da je zaključen između privrednih subjekata, već i to da oni ugovor zaključuju u vršenju djelatnosti koja čini predmet njihovog poslovanja ili su u vezi sa tim djelatnostima.

Tako, na primjer, „ugovor koji sklopi imalac krojačke radnje s robnom kućom o kupnji štofa je ugovor u privredi, ali njihov međusobni ugovor o kupnji konfekcijskog odijela nije ugovor u privredi.“⁴¹

U naprijed citiranom primjeru, kupovina materijala (štofa) za krojačku radnju je bez sumnje u vezi sa djelatnošću kojom se krojač bavi u vidu zanimanja, pa ćemo takav ugovor uvijek kvalifikovati kao ugovor u privredi kojim se vrši promet.

Nasuprot prednjem, ukoliko je krojač otišao u robnu kuću i za svoje lične potrebe kupio odijelo, takav ugovor neće imati pravnu prirodu ugovora u privredi i pored nesumnjive činjenice da se i takvim ugovorom vrši pravni promet robe, jer se ne radi o ugovoru koji ugovorne strane međusobno zaključuju u obavljanju djelatnosti koji čine predmete njihovog poslovanja ili pak ugovoru u vezi sa djelatnostima koje ugovorne strane obavljaju.

Djelatnost o kojoj je riječ, podrazumijeva poslove kojima se privredni subjekti (bili oni fizička ili pravna lica) bave u vidu zanimanja - profesionalno.

„Privrednu djelatnost“, prema tome, čine sve one djelatnosti koje nisu tzv. „društvene djelatnosti“, što znači da u privrednu djelatnost sigurno ne bi spadalo: obrazovanje, dječija i socijalna zaštita, nauka, kultura, djelatnost državnih (republičkih) organa, djelatnost organa lokalne samouprave i slično.

Ipak, u sudskoj praksi je odavno poznat stav da se ugovorom o privredi mogu smatrati i ugovori kod kojih jedna od ugovornih strana ne obavlja privrednu djelatnost, uz uslov da je propisano da ugovorna strana, koja inače ne obavlja privrednu djelatnost, može i takvu djelatnost obavljati, te da je ugovor zaključen u obavljanju dozvoljene privredne djelatnosti ili u vezi sa tom djelatnošću.⁴²

Između objektivnog i subjektivnog kriterijuma u određivanju pojma „ugovora u privredi“, te kauzalnog (objektivnog) i personalnog (subjektivnog) kriterija za ocjenu razgraničenje stvarne nadležnosti privrednih sudova koje smo ranije izložili, uočavaju se mnoge sličnosti koje nisu slučajne, što nam samo potvrđuje da se njihovo zajedničko porijeklo upravo nalazi materijalnom pravu, tačnije u pojmovima „posao robnog prometa“ i „ugovor robnog prometa“ sadržanima u Opštim uzansama i važećem Zakonu o obligacionim odnosima.

⁴¹ B. Vizner, Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, str. 108-109, Zagreb, 1978. g.

⁴² Pod ugovorom u privredi u smislu člana 25. stav 2. Zakona o obligacionim odnosima, podrazumijeva se i ugovor zaključen sa subjektom koji po zakonu obavlja vanprivrednu djelatnost ako je propisano da može obavljati i privrednu djelatnost, a ugovor je zaključen u obavljanju dozvoljene privredne djelatnosti ili u vezi sa tom djelatnošću (Stav XXX zajedničke sjednice vrhovnih sudova bivše SFRJ, Beograd 25. i 26. 11.1986. – „Bilten Vrhovnog suda BiH“, br. 4/86 – str. 41).

Ono što je gore rečeno za promet robe, важи и за promet usluga, vrijednosnih papira, vlasničkih i drugih stvarnih prava na nekretninama, tako da će se uvijek raditi o sporovima povodom prava i obaveza po osnovu navedenog prometa ukoliko su kumulativno zadovoljeni objektivni i subjektivni kriterijum kod određivanja pojma ugovora u privredi.

„Međusobni privredni odnosi“ iz čl. 433b t. 3 ZPP Republike Srpske su, u stvari, međusobni pravni odnosi povodom prometa robe, usluga i prava između subjekata navedenih u čl. 27b t.a Zakona o sudovima Republike Srpske i čl. 433b t.3 ZPP Republike Srpske.

Dakle, da bismo nekom sporu dali kvalifikaciju spora „koji se odnosi na prava i obaveze po osnovu pravnog prometa robe, usluga, vrijednosnih papira, vlasničkih i drugih stvarnih prava na nekretninama, te prava i obaveze proistekle iz vrijednosnih papira“, potrebno je da se, prije svega, ispuni tzv. personalni (subjektivni kriterijum) za ocjenu i razgraničenje nadležnosti, što znači da je potrebno da u takvom sporu participiraju kao suprostavljene stranke:

- pravna lica;
- fizička lica koja u svojstvu samostalnog preduzetnika i u drugom svojstvu obavljaju privrednu ili drugu registrovanu djelatnost u vidu osnovnog ili dopunskog zanimanja;

- pravno lice, s jedne strane, i fizičko lice, s druge strane, koje u svojstvu samostalnog preduzetnika i u drugom svojstvu obavlja privrednu ili drugu registrovanu djelatnost u vidu osnovnog ili dopunskog zanimanja.

Pod pravnim licima u smislu subjektivnog kriterija podrazumijevamo kako ona koja nisu upisana u odgovarajući sudski registar (republika, federacija, kanton, jedinica lokalne samouprave i slično), tako i privredna društva i druga pravna lica koja se upisuju u sudski registar, uključujući tu i pravna lica koja se finansiraju iz budžeta.

Pod fizičkim licima u smislu subjektivnog kriterija podrazumijevamo fizička lica koja u svojstvu samostalnog preduzetnika i u drugom svojstvu obavlja privrednu ili drugu registrovanu djelatnost u vidu osnovnog ili dopunskog zanimanja. U pojmu samostalnog preduzetnika, po našem mišljenju, sadržan je pojam imaoca radnje, odnosno drugog pojedinca u smislu čl. 433b t.ZPP.

Osim toga, da bismo konkretnom sporu dali kvalifikaciju spora „koji se odnosi na prava i obaveze po osnovu pravnog prometa robe, usluga, vrijednosnih papira, vlasničkih i drugih stvarnih prava na nekretninama, te prava i obaveze proistekle iz vrijednosnih papira“, potrebno je da se ispuni i tzv. kauzalni (objektivni) kriterijum koji se tiče samog predmeta spornog pravnog odnosa. Potrebno je, dakle, da sporna prava i obaveze imaju svoje ishodište (osnov) u pravnom odnosu (na primjer, jednom ili više ugovora u privredi) koji je nastao među suprotstavljenim stranama povodom vršenja djelatnosti koja čini predmet njihovog poslovanja.

U vezi sa prethodnim izlaganjima i pravilnom primjenom kauzalnog kriterijuma, treba objasniti i pojam „privrednog odnosa“ koji zakonodavac upotrebljava u čl. 433b t.3 ZPP.

Prije svega, pojam „privrednog odnosa“ ne treba ni suviše usko tumačiti i shvatiti ga isključivo kao pravni odnos po osnovu „pravnog prometa robe, usluga, vrijednosnih papira, vlasničkih i drugih stvarnih prava na nekretninama“, misleći pri tome na tipične ugovore robnog prometa, kao što je, na primjer, ugovor o prodaji robe, ugovori čiji su predmet vrijednosni papiri (mjenica i ček, akcije, založnice) ili pak ugovore o prometu usluga, čiji su predmet tzv. trgovinske usluge (kao što je, na primjer, trgovinsko posredovanje i zastupanje, skladištenje, prevoz, špedicija i druge), već i kao pravni odnos povodom raspolaganja pokretnim i nepokretnim stvarima (na primjer, davanje stvari u zakup ili poslugu⁴³), pod uslovom da se isti zaključuju u vršenju privredne ili druge registrovane djelatnosti koja čini predmet njihovog poslovanja ili su u vezi sa tim djelatnostima.

Upravo na takve odnose, odnosno djelatnosti, misli zakonodavac kada u odredbi čl. 433b t.3 ZPP upotrebljava termine „privredni odnos“, „međusobni privredni odnos“ i „privredna djelatnost“.

4.2. Ocjena stvarne nadležnosti privrednih sudova u sudskoj praksi

Prilikom ocjenjivanja stvarne nadležnosti, u sudskoj praksi se spornom pokazala dosljedna primjena personalnog i kauzalnog kriterijuma za razgraničenje nadležnosti građanskih i privrednih sudova. Ovo pitanje je naročito postalo aktuelno u Republici Srpskoj, nakon početka rada privrednih sudova.

Kada ocjenju stvarnu nadležnost privrednih sudova, odnosno privrednih odjeljenja, znatan broj sudova prvog i drugog stepena u Bosni Hercegovini polazi isključivo od personalnog ili subjektivnog kriterija, zasnivajući tako svoju odluku samo na okolnosti da se konkretan spor vodi između određenih kategorija subjekata prava, zanemarujući pri tome kauzalni ili objektivni kriterijum za razgraničenje nadležnosti.⁴⁴

Gubi se iz vida da se prilikom ocjene stvarne nadležnosti privrednog suda moraju primijeniti oba kriterijuma o kojima je bilo riječi u prethodnim izlaganjima, dakle ispuniti, kako uslovi personalnog karaktera koji se odnose na subjekte (stranke) u spornom odnosu (subjektivni kriterijum), tako i uslovi kauzalnog karaktera koji se tiču predmeta, odnosno sadržaja spornog odnosa (objektivni kriterijum).

Pitanje razgraničenja stvarne nadležnosti između građanskih i privrednih sudova se gotovo i ne postavlja kada su u pitanju sporovi iz tzv. *ugovornih pravnih odnosa* po osnovu pravnog prometa robe, usluga, vrijednosnih papira, vlasničkih i drugih stvarnih prava na nekretninama prometa robe ili pak sporovi povodom obaveze iz vrijednosnog papira koji nastaju prilikom vršenja pravnog prometa u okviru

⁴³ „Spor povodom ugovora o posluži između pravnih subjekata spada u nadležnost privrednog suda“ - Odluka Vrhovnog suda Republike Crne Gore, br. 69/95 od 16.01.1995. godine, objavljena u knjizi „Najnovija sudska praksa iz parničnog postupka“, priredili Tomislav Krsmanović i Žarko Bogdanović, str. 24, sentenca br. 50, Beograd, 1999.

⁴⁴ Vidi odluke Osnovnog suda u Prijedoru, br. 77 0 Mal 00 7135 08 Mal od 22.10.2008. godine i odluku Okružnog suda u Banjoj Luci, br. 11 0 Mal 00 7135 09 Gž.

privredne ili druge registrovane djelatnosti pravnih subjekata, navedenih u gore pomenutim propisima o sudovima. Navedeni sporovi će biti u nadležnosti privrednih sudova u Republici Srpskoj, odnosno privrednih odjeljenja Osnovnih sudova u Federaciji BiH i Brčko Distriktu BiH.

Posebno mjesto zauzimaju sporovi proistekli iz prava i obaveza po osnovu određenih bankarskih poslova, kao što je na primjer, ugovor o kreditu, akreditiv i bankarska garancija. Sporno je da li navedeni sporovi spadaju u nadležnost privrednih sudova.

Navedni pravni poslovi nisu ugovori o prometu usluga, već ugovori „sui generis“, pa stoga ni sporovi po osnovu prava i obaveza proisteklih iz navedenih ugovora nisu privredni sporovi u smislu entitetskih Zakona o sudovima i Zakona o sudovima Brčko Distrikta BiH.

Upravo iz razloga što navedeni ugovori nisu ugovori u privredi u smislu ZOO, na prava i obaveze iz navedenih ugovora se ne može primijeniti trogodišnji rok za zastarjelost potraživanja koji je zakonom propisan kod ugovora u privredi⁴⁵, već opšti rok⁴⁶ za zastarjelost potraživanja.

Međutim, sporno je pitanje nadležnosti privrednih sudova u sporovima za naknadu štete kada jedna strana u obligacionom - privrednom odnosu (ugovoru u privredi) svoju obavezu ne ispuni ili je ispuni sa zakašnjenjem. Dakle, predmet navedenih sporova su zahtjevi za naknadu štete zbog povrede ugovorne obaveze (na primjer, neispunjenje isplate ugovorene kupoprodajne cijene) ili neke druge obaveze⁴⁷ (na primjer, obaveze nastale iz pravosnažne presude), na koje se primjenjuju odredbe ZOO o naknadi vanugovorne štete, ako odredbama Glave III, Odjeljka 1 Odsjeka 1 (čl. 262-269 ZOO) nije drukčije propisano.⁴⁸

S obzirom da se radi o sporu o naknadi štete (pravima i obavezama proisteklim iz vanugovornog odnosa koji je nastao zbog propusta u ispunjenju ugovorne obaveze), po našem mišljenju, nije riječ o sporu po osnovu pravnog prometa robe i usluga, bez obzira na subjekte navedenog odnosa i bez obzira na eventualnu privrednu djelatnost kojima se ti subjekti bave. Ne radi se o sporu po osnovu pravnog prometa robe i usluga, jer prava i obaveze koja nastaju između stranaka u spornom pravnom odnosu, nemaju svoj osnov u poslovima pravnog prometa, nego u aktivnim ili pasivnim deliktima radnjama dužnika (neispunjenje ili zakašnjenje u ispunjenju obaveze) koje su proizvele konkretnu posljedicu otjelovljenu u šteti koju je povjerilac zbog takvih komitivnih ili omisivnih radnjih dužnika pretrpio.

Iz navedenog razloga se ne slažemo sa stavovima izraženim u jednom dijelu sudske prakse⁴⁹, da i navedeni sporovi spadaju u stvarnu nadležnost privrednih sudova.

⁴⁵ Vidi čl. 374 ZOO.

⁴⁶ Vidi čl. 371 ZOO, te odluke Vrhovnog suda Srbije br. prev. 294/97 od 18.06.1997 godine i Višeg trgovinskog suda Srbije br. pž.1681/03 od 19.11.2003. g.

⁴⁷ Vidi čl. 262 st. 2 ZOO u vezi sa čl. 269 ZOO.

⁴⁸ Vidi čl. 269 ZOO.

⁴⁹ Vidi Pravno shvatanje Građanskog odjeljenja Vrhovnog suda Srbije, pod nazivom „Stvarna nadležnost privrednih sudova“, od 17.05.1993. godine.

Иначе, питање разграничења stvarne nadležnosti između građanskih i привредних судова је одувјек било спорно, када су у питању спорови из tzv. вануговорних односа који настају поводом вршења правног промета у оквиру привредне или друге регистроване дјелатности правних субјеката, као што су, на примјер, правни односи из одговорности за штету (накнаде штете), неоснованог обogaчења, незваног вршења туђих послова, спорови о захтјевима осигуравача по основу регреса⁵⁰ и законске субrogације⁵¹.

У судској пракси судова у Србији, већ дуже вријеме се заговара да појам међусобног привредног односа не треба посматрати уско и то само у смислу уговорног правног односа продаје и промета робе на тржишту, већ да га треба схватити много шире, тако да се под међусобним привредним односима требају схватити и вануговорни односи који су настали поводом привредног пословања (на примјер, потраживање из основа одговорности за штету, неоснованог обogaчења, пословодства без налога и сл.).

То значи да би на основу овог схватања постојала надлежност привредног суда и у оним споровима привредних субјеката који су настали из вануговорних односа, али поводом њиховог привредног пословања.

Доволјно је да неко потраживање везано за пословање привредних субјеката настане из неоснованог обogaчења, накнаде штете или пословодства без налога, па да се и у случају таквог спора успостави надлежност привредног суда.

У резимеу Правног схватања Грађанског оделенја Врховног суда Србије, од 05.03.1993. године, истиче се да „појам међусобног привредног односа не треба везивати само за појам уговора у привреди дефинисан чланом 25 ст. 2 ZOO, већ га треба сaгледавати и кроз садржину односа који омогућавају или ометају вршење привредне дeлатности, односно узрочно последичну везу насталу у привредном пословању странака у спору.“⁵²

Осланјајући се на наведено правно схватање, знатан број судова у Србији је готово све вануговорне правне односе између привредних субјеката, који су настали поводом привредног пословања, сматрао привредним односима оцjenjuјући да је за рjeшавање спорова поводом таквих вануговорних односа надлежан привредни суд.⁵³

Изнесено екстензивно тумачење привредног односа, односно спора поводом таквог односа, неприхватљиво је у погледу вануговорних односа, као што су стичање без основа, пословодство без налога или пак обaveза накнаде вануговорне штете.

Уколико је поводом привредног пословања дошло до преласка неког дијела имовине једног лица у имовину другог лица, а да за такав прелаз имовине нема основ

⁵⁰ Види чл.12 Закона о осигурању за моторна возила и осталим обавезним осигурањима од одговорности („Сл. гласник РС”, бр.102/09 - преčišћени текст).

⁵¹ Види чл. 939 ZOO.

⁵² Ј. Mitrović, М. Golubović, “Правна схватања Вишег привредног суда у Београду“, стр. 14-16, „Право“, Нови Сад, 1997. године.

⁵³ Види: одлуке Врховног суда Србије бр. Пж.170/95 од 09.01.1996 и бр. Прв. 616/98 од 19. јануара 2000. године; рjeшење Вишег привредног суда у Београду бр. Пж. 2964/2001 од 29. маја 2001. године.

u nekom pravnom poslu ili zakonu, potraživanje osiromašenog prema obogaćenom nema karakter spora koji se odnosi na prava i obaveze po osnovu pravnog prometa robe, usluga, vrijednosnih papira, vlasničkih ili drugih stvarnih prava, pa time ni karakter međusobnog privrednog odnosa.

Pravni odnos koji između privrednih subjekata nastane povodom neosnovanog obogaćenja, nema pravnu prirodu privrednog odnosa koji podrazumijeva prava i obaveze povodom prometa robe, usluga i prava navedenih u odredbama entitetskih zakona o sudovima, već građanskopravnog odnosa, pa je za odlučivanje u takvom sporu nadležan građanski sud.

Isto važi i za posloводство bez naloga i naknadu vanugovorne štete, kao i za sporove koji se po svojoj suštini mogu izjednačiti sa sporom iz osnova naknade štete, kao što su na primjer, sporovi između osiguravajućih društava, kao i sporovi između pomenutih društava i drugih pravnih lica povodom regresnih ili zahtjeva iz zakonske subrogacije osiguravača.

Ovakav stav podržava i najnovija sudska praksa. Rješavajući sukob nadležnosti između Okružnog privrednog suda i Osnovnog suda, Vrhovni sud Republike Srpske iznosi stav da „za utvrđenje da li je u pitanju nadležnost privrednog suda nije relevantno da li se radi o sporu između pravnih lica, već da li je taj spor nastao u vezi obavljanja privredne djelatnosti“.

„Šteta koju potražuje tužitelj nije nastala iz međusobnog privrednog odnosa, već iz delikta, pa je po kauzalnom kriteriju, u pitanju građanskopravni spor, a ne privredni spor.“⁵⁴

Isto tako, u slučaju subrogacije⁵⁵, u parnici tužioca - osiguravača koji je platio štetu svome kasko osiguraniku, protiv tuženog - osiguravača od odgovornosti lica koje je pričinilo štetu, ne radi se o međusobnom privrednom odnosu između društava za osiguranje, već o vanugovornom pravnom odnosu po osnovu odgovornosti za štetu. Isplatom naknade iz osiguranja, na tužioca kao osiguravača, je prešlo pravo istog sadržaja koje je imao kasko osiguranik tužioca kao oštećeni po opštim pravilima o građanskoj odgovornosti za štetu, a tužilac kao osiguravač je platio upravo ono što bi svakako u ime štetnika bio dužan platiti tuženi kao osiguravač od odgovornosti štetnika.

Iz navedenog razloga, za regresne sporove između osiguravača, nije nadležan privredni, već građanski sud.

Dakle, sporovi koji nisu nastali iz međusobnog privrednog odnosa određenog u odredbama entitetskih zakona o sudovima, nisu privredni, već građansko-pravni sporovi za koje su u BiH nadležni osnovni, odnosno općinski sudovi.

⁵⁴ Vidi rješenje Vrhovnog suda Republike Srpske br.118 0 Gr 11000004 od 25.01.2011. godine i rješenje Vrhovnog suda Republike Hrvatske br.Gr 15/1997/2 od 02.07.1997 godine objavljeno na www.vsrh.hr

⁵⁵ Vidi čl. čl.939 st.1 Zakona o obligacionim odnosima.

Zaključak

Imajući u vidu da je nadležnost procesna pretpostavka za postupanje suda⁵⁶ u konkretnoj pravnoj stvari, te da su slijedom toga pravno valjane samo one procesne radnje koje je preduzeo nadležni sud, ne treba posebno naglašavati od kolikog je značaja pravilna i dosljedna primjena propisa kojima se uređuje nadležnost sudova.

Sud, naime, mora, po službenoj dužnosti, da vodi računa da li konkretan spor uopšte spada u sudsku nadležnost, da li je za rješavanje spora nadležan sud u Republici Srpskoj ili Federaciji BiH, da li je nadležan domaći ili pak neki inostrani sud, da li je za postupanje *stvarno nadležan* i slično.

Od pravilne primjene zakonskih odredaba kojima je regulisana stvarna nadležnost privrednih sudova, odnosno privrednih odjeljenja u Bosni Hercegovini, zavisi efikasno i djelotvorno konačno ostvarenje pravozaštinih zahtjeva svih subjekata prava koji učestvuju o konkretnom procesnom odnosu, kao i pravna sigurnost u najširem smislu te riječi. Zbog svega toga je, *de lege ferenda*, neophodno da se svi propisi kojima se uređuje nadležnost građanskih i privrednih sudova u Bosni i Hercegovini, međusubno usklade, pri čemu se posebno misli na harmonizaciju propisa o organizaciji i nadležnosti sudova sa odredbama važećih građansko-procesnih zakona u BiH, kojima je regulisan postupak u privrednim sporovima.

Literatura:

1. Ante Verona i Srećko Zuglia, Zakonik o sudskom postupku u građanskim parnicama - GPP, Tisak jugoslovenske štampe d.d., Zagreb, 1932.

2. Arandelović D., "Građansko procesno pravo Kraljevine Jugoslavije", Štamparija "Jovanović", Beograd, 1932. g.

3. Georg Najman, Komentar građanskog parničnog postupka I i II, Beograd, 1935 g.

4. Zuglia S., "Građansko procesno pravo Kraljevine Jugoslavije", Građanski parnični postupak sa naukom o uređenju i nadležnosti sudskih vlasti, "Geca Kon" a.d., Beograd, 1936. g.

5. Zuglia-Triva, Kometar Zakona o parničnom postupku, „Narodne novine”, Zagreb, 1957.

6. Tomislav Ralčić i Vitoje Tanasković, "ZPP sa komentarom, sudskom praksom i obrascima", NIP "Književne novine", Beograd, 1977.

7. Triva S., "Građansko parnično procesno pravo", Narodne novine, Zagreb, 1978.

8. Triva S., Belajec Vi Dika M.: "Građansko parnično procesno pravo", "Narodne Novine", Zagreb, 1986.

9. Stanković G., "Građansko procesno pravo", Zavod za udžbenike i nastavna

⁵⁶ Vidi odredbe čl.15,16,17,18,25,26 i 27 Zakona o parničnom postupku („Sl. glasnik Republike Srpske“, br. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 49/09 i „Sl. novine Federacije BiH“, br. 53/03,73/05 i 22/06).

sredstva, Beograd, 1989. g,

10. Poznić B., "Građansko procesno pravo", Savremena administracija, Beograd, 1989.

11. Života Janković, Milka Janković, Hranislav Karamarković i Dragoljub Petrović, Komentar Zakona o parničnom postupku, Savremena administracija, Beograd, 1990.

12. Mihajlo Dika i Jozo Čizmić, Komentar ZPP FBiH, OSCE, Sarajevo, 2000.

13. Kulenović, Mikulić, Milišić, Stanišić, Vučina, Komentari Zakona o parničnom postupku u Federaciji BiH i Republici Srpskoj, Izdanje Savjeta Evrope i Evropske komisije, Sarajevo, 2005.

14. Bukljaš I., Privredno pravo sa osnovama prava, Školska knjiga, Zagreb, 1975.

15. Godštajn A., Privredno ugovorno pravo, Informator, Zagreb, 1980.

16. Jankovec I., Privredno pravo, IV izdanje, JP Službeni list SRJ, Beograd, 1999.

17. Kapor V. i Carić S., „Ugovori robnog prometa“, X izdanje, Centar za privredni konsalting, Novi Sad, 2000. godine.

18. Hamel-Lagarde-Jauffret, Droit commercial, I, 1980.

19. Guyon, Droit des affaires, Paris, 1984.

20. Vasiljević M., Poslovno pravo, VI izmenjeno i dopunjeno izdanje, „Savremena administracija“, Beograd, 1999.

21. Vučetić, „Ugovori u privredi prema odredabama ZOO“, str. 7, Informator, 3254/85.

22. Jankovec I., Ugovori u privredi, Beograd, 1987.

23. Vizner B., Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, Zagreb, 1978.

Summary

When assessing jurisdiction in civil and commercial disputes, a considerable number of courts in Bosnia and Herzegovina is based solely of personal criteria (competentia racione personae), by basing its decision only on the circumstances that led to a concrete dispute between specific categories of subjects of law, neglecting the causal criterion (competentia racione causa), which is prescribed by the legislature, without which can not properly assess and delineate the subject matter jurisdiction of civil and commercial courts in each case.

Key words: *jurisdiction, civil court, commercial court, a civil dispute, commercial dispute.*

**ДОПУНСКА ПРЕСУДА У ПАРНИЧНОЈ ПРОЦЕДУРИ
РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ**

Др Владимир Боранијашевић*

***Апстракт:** Пресуда представља судску одлуку којом се ауторитативно, коначно и мериторно одлучује о захтеву за пресуду који је био формулисан у тужби и којом се завршава процес пружања правне заштите. Задатак суда је да у парничном поступку странкама пружи закониту, правилну и ефикасну правну заштиту. Поштовање овог правила не искључује могућност да суд пропусти да одлучи о свим захтевима или делу тужбеног захтева. Тада настаје потреба за доношењем допунске пресуде. Аутор у раду анализира допунску пресуду као једну у низу пресуда које парнични суд може донети у поступку пружања правне заштите. Укратко указујући на одлучивање, као најважнију судску парничну радњу и класификацију пресуда, аутор посвећује пажњу питањима у вези са предлогом за допуну пресуде и самим поступком за доношење ове врсте пресуде парничног суда. Како је пресуда институт парничног процесног права који је, по природи ствари, регулисан у свим правним системима, у раду су анализирана процесна правила из правних система појединих балканских и европских земаља која се односе на допунску пресуду.*

***Кључне речи:** парнични поступак, парнични суд, одлучивање, пресуда, предлог за допуну пресуде, допунска пресуда.*

1. Као што је познато, одлучивање је само једна од парничних радњи које суд предузима у току поступка. Одлучивање представља најважнију судску парничну радњу, јер се процес пружања правне заштите једном повређеном, угроженом или оспореном грађанском субјективном праву окончава доношењем судске одлуке.

Пресуда представља судску одлуку којом се ауторитативно, коначно и мериторно одлучује о захтеву за пресуду који је био формулисан у тужби. Пресудом се завршава процес пружања правне заштите у првостепеном

* Др Владимир Боранијашевић, доцент, Правни факултет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици.

поступку и она садржи одговор на питање да ли је странка основано затражила пружање правне заштите и да ли заслужује да јој се пружи тражена правна заштита. Пресудом се формулишу појединачне правне норме у којима се конкретизују заповести предвиђене законом и тако регулише понашање парничних странака ван парнице.

2. Процес доношења судске одлуке је сложена мисаона и логичка силогистичка операција.¹ Praemisa minor (доња премиса), praemisa maior (горња премиса) и conclusio (закључак) представљају саставне елементе овог процеса. Кад је у питању пресуда као акт или резултат одлучивања, под доњом премисом подразумева се чињенична подлога утврђена у току поступка. Горњу премису представља правна норма која је протумачена и примењује се на утврђено чињенично стање. Горња премиса, у ствари, представља правну подлогу одлуке суда. Conclusio као саставни део овог мисаоног и логичког процеса представља закључак који суд изводи подвођењем доње премисе под горњу премису. Суд утврђено чињенично стање подводи под правну норму и у облику закључка мериторно одлучује, јер се закључак формулише као диспозитив (изрек) пресуде.²

3. У теорији парничног процесног права, као и у процесним законима, разликују се различите врсте пресуда с обзиром на различите критерије који се користе приликом класификације.³ Основна подела пресуда је подела на оне којима се усваја тужбени захтев и оне којима се одбија тужбени захтев. Критеријум за ову поделу пресуда је успех странке у парници. Тужилац увек очекује да ће суд усвојити његов тужбени захтев. Суд ће то и учинити уколико утврди да је тужбени захтев основан. Ако из резултата извиђања и расправљања произлази да је тужбени захтев тужиоца неоснован, суд ће такав тужбени захтев одбити.

¹ Станковић, Г. – Грађанско процесно право, прва свеска, Парнично процесно право, Правни факултет, Ниш, 2010, стр. 450; Палачковић, Д. – Парнично процесно право, Правни факултет, Крагујевац, 2004, стр. 145 – 146; Старовић, Б. – Кеча, Р. – Грађанско процесно право, Правни факултет, Нови Сад, 1998, стр. 349.

² Кад су у питању одређене судске одлуке, њима не претходи расправљање и одлучивање о меритуму спора. У тим случајевима подлогу за судску одлуку пружа тужба. Тада се упоређује чињенични основ тужбе са чињеницама материјалноправне норме и утврђује се да ли основаност тужбеног захтева произлази из чињеничног основа тужбе (Детаљно: Палачковић, Д. – наведено дело, стр. 146).

³ Ако се упореде законски текстови којима се уређује парнична процедура, уочљиво је да се константно повећава број законских норми које се односе на поједине врсте пресуда, без обзира што неки типови пресуда нестају или бивају замењени новим. Поставља се питање шта то мотивише законодавце да приликом новелирања парничне процедуре мењају или допуњавају одредбе процесног закона тако што предвиђају нове врсте пресуда. Један од разлога, вероватно, лежи у томе што законодавац жели за унапреди систем правне заштите и да побољша остваривање принципа владавине права, што се постиже преко пресуде, као инструмента за примену и стварање права. Одредбама Закона о парничном поступку Републике Србије („Службени гласник Републике Србије“ бр. 125/2004, 111/09. у даљем тексту: ЗПП) у општи парнични поступак су уведене: пресуда због пропуштања и пресуда без одржавања усмене расправе.

Пресуде се класификују према садржини правне заштите која се њима пружа.⁴ Суд, поступајући и пружајући правну заштиту, може, према овом критеријуму, донети: пресуду за осуду на чинидбу, утврђавну и правопреиначавну пресуду. Ова подела пресуда је извршена према врсти правозаштитног захтева који је садржан у тужби.

Иако је правило да се пресудом одлучује о свим захтевима који су истакнути у тужби, постоји могућност да суд, у одређеним ситуацијама, донесе и пресуду која се односи на неке од више истакнутих захтева, само на један елемент тужбеног захтева или само на захтеве о којима је суд пропустио да одлучи. Различити су разлози који инспиришу суд да не одлучи о свим захтевима истовремено. Према процесној функцији коју имају, пресуде се деле на: коначне пресуде, делимичне пресуде, међупресуде и допунске пресуде.

Странке се могу различито процесно понашати у поступку. Оне могу, предузимајући диспозитивне парничне радње, довести до доношења пресуде и окончања поступка. Тужилац се може у току поступка одрећи свог тужбеног захтева, тужени може признати тужбени захтев или пропустити да одговори на тужбу. Тужени може, такође, у одговору на тужбу признати чињенице на којима се заснива тужбени захтев тужиоца. Све ове радње странака могу довести до доношења пресуда, ако су испуњени услови за њихово доношење. С друге стране, странке у поступку могу истаћи и контрадикторне захтеве и резултат расправљања о њима биће подлога одлуке коју ће суд донети. Уколико се као критеријум за класификацију пресуда узме процесно понашање странака, пресуде могу бити: пресуде донете на основу контрадикторних захтева странака и једностране пресуде.

Пресуде се могу класификовати и према тренутку у поступку у коме их суд доноси па могу бити оне које су донете у првостепеном поступку и оне донете у поступку контроле законитости донесене одлуке.

4. Задатак суда је да у парничном поступку странкама пружи закониту, правилну и ефикасну правну заштиту. Поштовање овог правила, свакако, не искључује могућност да у поступку пружања правне заштите дође и до грешке суда, која ће изазвати правне последице и потребу за допуном пресуде.⁵ Суд

⁴ Станковић, Г. – Грађанско процесно право, прва свеска, Парнично процесно право, Правни факултет, Ниш, 2010, стр. 454; Палачковић, Д. – наведено дело, стр. 231; Познић, Б. – Ракић-Водинелић, В. – Грађанско процесно право, Савремена администрација, Београд, 1999, стр. 265; Старовић, Б. – Кеча, Р. – наведено дело, стр. 357; Георгијевић, С. – Парнична постапка, Правни факултет, Скопје, 1988, стр. 343; Чалија, Б. – Грађанско процесно право, Правни факултет, Сарајево, 1986, стр. 537; Јовановић, М. – Грађанско процесно право, Правни факултет, Крагујевац, 1979, стр. 169; Triva, S. – Грађанско парнично процесно право, Народне новине, Загреб, 1978, стр. 468 – 469.

⁵ Грешке суда у поступку пружања правне заштите могу бити различите природе и самим тим, могу да изазову и различите правне последице. Уколико се грешка суда састоји у погрешном означавању имена и бројева, или у грешкама у писању и рачунању, као и кад се ради о несагласности преписа пресуде са изворником, ради се о грешкама које ће бити отклоњене исправљањем пресуде (чл. 349. ЗПП). Битније грешке суда, које се нпр. односе на то да суд

изводи закључак путем судског силогизма и, по правилу, одлучује о тужбеном захтеву у целини. Суд испитује чињенице, изводи потребне доказе и тако формира чињеничну подлогу коју супсумира под одређено правно правило и одлучује о главном захтеву и споредним захтевима. Од овог правила постоје и изузеци, кад услед грешке суда не дође до одлуке којом се одлучује о свим захтевима тужиоца.

Уколико је суд пропустио да одлучи о свим захтевима о којима се мора одлучити пресудом, или је пропустио да одлучи о делу тужбеног захтева⁶, странка може да предложи суду да се изврши допуна пресуде. Странка то чини предлогом за допуну пресуде, који се мора поднети у законом предвиђеном року и на тај начин покреће поступак за доношење допунске пресуде. На овај начин је допунска пресуда предвиђена и у правним системима балканских земаља у окружењу.⁷

Према бугарском праву, кад се догоди да суд није одлучио о неким тужбеним захтевима кад их је више било изјављено, или није одлучио о делу тужбеног захтева, странка може захтевати допуну пресуде. У теорији се изричито говори о ситуацијама када се пресуда сматра потпуном и кад странка не може захтевати допуну пресуде. Тако, није реч о непотпуној пресуди када се ради о очигледној фактичкој грешци, кад суд није образложио пресуду и кад се може извршити њена исправка.⁸ У немачком праву, допуна пресуде је могућна уколико суд пропусти да одлучи о делу захтева о коме је требало да одлучи или о неким од више захтева истакнутих у тужби. Допуна пресуде се може захтевати уколико није одлучено о свим захтевима, а утврђено је стање ствари или је накнадно извршена корекција чињеничног стања. Разлог за тражење да се изврши допуна пресуде може бити и чињеница да је суд сасвим или делимично пропустио да одлучи о трошковима поступка.⁹

није одлучио о свим захтевима или није одлучио о предмету спора у целини, не могу бити елиминисане исправљањем пресуде.

⁶ Видети: чл. 343. ст. 1. ЗПП.

⁷ Видети: чл. 192. ст. 1. Закона о парничном поступку Републике Српске (“Службени гласник Републике Српске” бр. 58/2003, 85/2003, 74/05, 63/07, 49/09; у даљем тексту: ЗПП РС) и Закона о парничном поступку Федерације Босне и Херцеговине (“Службене новине Федерације Босне и Херцеговине” бр. 53/2003; у даљем тексту: ЗПП ФБиХ); чл. 270. ст. 1. Закона о парничном поступку Брчко дистрикта Босне и Херцеговине (“Службени гласник Брчко дистрикта Босна и Херцеговина” бр. 5/2000; у даљем тексту: ЗПП БД); чл. 339. ст. 1. Закона о парничном поступку Републике Хрватске (“Народне новине Републике Хрватске” бр. 53/91, 91/92, 112/99, 88/01 и 117/03, у даљем тексту: ЗПП РХ); чл. 325. ст. 1. Закона о правдном поступку Републике Словеније (“Урадни лист Републике Словеније” бр. 26-1210/1999; у даљем тексту: ЗПП СЛ); чл. 348. ст. 1. Закона о парничном поступку Републике Црне Горе (“Службени лист Републике Црне Горе” бр. 22/2004; у даљем тексту: ЗПП ЦГ); чл. 328. ст. 1. Закона за парнична постапка Републике Македоније (“Службен весник Републике Македоније” бр. 79/2005; у даљем тексту: ЗПП РМ).

⁸ Видети: Сталев, Ж. – Бугарско грађанско процесуално право, Универзитетско издање, Софија, 1994, стр. 442.

⁹ Видети: чл. 321. ст. 1. Zivilprozessordnung из 1900. године, <http://dejure.org/gesetze/ZPO>, приступљено 16. 07. 2011; у даљем тексту: ZPOD. На идентичан начин је допунска пресуда

5. Доношење допунске пресуде могу затражити само странке о чијим правима се одлучивало у поступку, тј. о чијим захтевима није у потпуности одлучено пресудом која је донесена, и то подношењем предлога за доношење допунске пресуде. Одредбом из чл. 343. ст. 1. ЗПП прописано је да странка може предложити парничном суду да се изврши допуна пресуде. Тако је законом искључена могућност да суд по службеној дужности донесе допунску пресуду. Кад закон прописује да “странка” може затражити доношење ове пресуде, он не говори тачно да ли право на тражење доношења ове пресуде припада и тужиоцу и туженом, или само неком од њих. Право да парничном суду предложи да се изврши допуна пресуде, тј. да се донесе допунска пресуда, имају и тужилац и тужени. У литератури има мишљења¹⁰ да обе странке имају то право из различитих разлога: тужилац, јер суд није одлучио о захтеву који је он истакао, а тужени због тога што има право на коначну одлуку о захтеву поводом кога је парница и покренута. Произлази да иако потреба за доношењем допунске пресуде проистиче из пропуста и немарности суда и чињенице да није одлучио о свим захтевима о којима је требало да одлучи, или је пропустио да одлучи о делу захтева, иницијатива за њено доношење не може потећи од самог суда.¹¹

Друго ограничење у погледу предлога односи се на законом прописани рок у коме странке могу захтевати доношење допунске пресуде. Странке могу у року од 15 дана од дана пријема пресуде предложити суду да се изврши допуна пресуде.¹² Рок у овом трајању, предвиђен законом, је преклузиван и уколико протекне, странке више не могу захтевати доношење допунске пресуде, нити поднети предлог за допуну пресуде. Прописивање овог рока је, сматра се¹³, израз тежњи законодавца да се из разлога правне сигурности одреди рок који ће означити престанак литиспенденције по захтевима о којима није одлучено.

У правним системима бивших југословенских република овај рок, такође, износи 15 дана¹⁴, осим према одредбама из чл. 192. ст. 1. ЗПП РС и ЗПП ФБиХ према којима овај рок износи 30 дана. Према аустријском праву, рок за подношење овог предлога износи 14 дана (чл. 423. ст. 2. ZPOO) и почиње да тече од дана достављања пресуде странкама. Идентично решење је предвиђено и у немачком праву (чл. 321. ст. 2. ZPOD), док је бугарским правом предвиђена и у аустријском праву (чл. 423. ст. 1. Zivilprozessordnung, RGBI 1895/113; у даљем тексту: ZPOO).

¹⁰ Triva, S. – Грађанско парнично процесно право, Народне новине, Загреб, 1978, стр. 477.

¹¹ У бугарском праву се допуна пресуде врши само на захтев једне од странака и суд не може допунити пресуду по службеној дужности. И тужилац и тужени имају право да затраже допуну пресуде јер свака странка има право да од суда тражи да у потпуности реши правни спор који је био предмет парнице (Видети: Сталев, Ж. – наведено дело, стр. 443).

¹² Видети: чл. 343. ст. 1. ЗПП.

¹³ Старовић, Б. – Кеча, Р. – наведено дело, стр. 364.

¹⁴ Видети: чл. 339. ст. 1. ЗПП РХ; чл. 328. ст. 1. ЗПП РМ; чл. 348. ст. 1. ЗПП ЦГ; чл. 325. ст. 1. ЗПП СЈ; чл. 270. ст. 1. ЗПП БД.

предвиђено да рок траје као и рок за жалбу и износи 30 дана. Овај рок се рачуна од дана одржавања рочишта на коме је објављена пресуда са образложењем, и то за странку која је присуствовала објављивању пресуде. За странку која није присуствовала објављивању пресуде и кад је суд одложио доношење пресуде, рок почиње да тече од датума саопштења странци да је пресуда са образложењем готова.¹⁵

Законом је, такође, прописано и какве су последице у случају да странка у предвиђеном, преклузивном року, не поднесе предлог за допуну пресуде. Одредбом из чл. 343. ст. 3. ЗПП је предвиђено да ће се сматрати да је тужба у одређеном делу повучена, ако странка не предложи доношење допунске пресуде у прописаном року.¹⁶ То странку не спречава да покрене нову парницу у погледу неког од захтева или дела захтева о коме је суд у првобитној парници пропустио да одлучи, осим у случају застарелости. Стога, има мишљења¹⁷ да одређивање рока у коме се може тражити доношење допунске пресуде не спречава странке да заштите своје интересе, у новој парници, што ће бити мање економично и ефикасно, јер резултати претходно вођене парнице неће моћи да буду подлога за расправљање и одлучивање о захтеву или делу захтева о коме није било одлучено.

Странка има право да у делу о коме није одлучено, подигне тужбу и затражи заштиту својих права, јер се не може говорити о пресуђеној ствари – *res iudicata*.¹⁸ Такође, сматра се¹⁹ да одређени рок од 15 дана и има то значење, да до његовог протекла траје, а да његовим протеклом престаје литиспенденција о захтеву или делу захтева о коме је суд пропустио да одлучи пресудом коју је донео.

б. Као што је речено, поступак за доношење допунске пресуде покреће се предлогом странака. Суд одлучује о предлогу и то тако што ће без одржавања рочишта одбацити неблаговремени предлог, односно одбити неосновани предлог за допуну пресуде.²⁰

Суд у поступку доношења допунске пресуде најпре испитује сам предлог. Основаност предлога којим странка од суда тражи да изврши допуну пресуде одређује сам ток поступка. Његова основаност је услов за заказивање главне расправе, што није правило кад је у питању доношење допунске пресуде.²¹

¹⁵ Видети: чл. 193. ст. 1. Грађанског процесног кодекса (Грађански процесуален кодекс), Република Бугарска, Софија, 2002. У даљем тексту: ГПК.

¹⁶ Видети: Пресуда Окружног суда у Сплиту, Гж-2629/82. Наведено према: Јанковић, М. и др. – Коментар Закона о парничном поступку, Савремена администрација, Београд, 1990, стр. 360

¹⁷ Старовић, Б. – Кеча, Р. – наведено дело, стр. 364.

¹⁸ Kamhi, S. – Грађански судски поступак, Veselin Masleša, Sarajevo, 1961, str. 392.

¹⁹ Triva, S. – Грађанско процесно право, I Парнично процесно право, Narodne novine, Zagreb, 1964, str. 498.

²⁰ Видети: чл. 343. ст. 2. ЗПП.

²¹ У бугарском праву, суд разматра предлог за допуну пресуде само уколико је захтев допуштен. Захтев за допуну пресуде је допуштен уколико је пресуда непотпуна; ако је предлог поднело

Законом је прецизно утврђено да ће суд уколико утврди да је предлог за допуну пресуде основан, заказати главну расправу.²² Циљ главне расправе је расправљање о захтеву или делу захтева о коме је суд пропустио да одлучи претходном одлуком. На главној расправи би, као последица расправљања, требало да произађе доношење допунске пресуде.²³

Према одредби из чл. 193. ЗПП РС и ЗПП ФБиХ, уколико нађе да је предлог за допуну пресуде основан, суд поступа на другачији начин. Суд у овом случају поново не отвара главну расправу, већ доноси допунску пресуду о захтеву или делу захтева који није решен. Суд је дужан да то учини у року од осам дана. Такође, према одредби из чл. 271. ЗПП БД није предвиђена могућност отварања главне расправе ради доношења допунске пресуде.

У немачком праву, усмено расправљање поводом предлога да се изврши допуна пресуде се заказује на захтев странака. Противнику предлагача да се допуни пресуда се доставља позив за рочиште и то са предлогом предлагача да суд одлучи о захтевима или делу захтева о коме није одлучио (чл. 321. ст. 3. ZPOD). Према аустријском праву, поновно отварање главне расправе у погледу доношења допунске пресуде је ствар оцене суда. Суд може поново отворити главну расправу да би извиђао и одлучио о захтевима или делу захтева о коме није одлучио. Суд ће то да учини само уколико сматра да је неопходно (чл. 423. ст. 3. ZPOO).

Но, поновно отварање главне расправе према одредбама ЗПП није увек неопходно. Може се десити да отварање главне расправе није целисходно и да није потребно за доношење допунске пресуде. До поновног отварања главне расправе неће доћи у оним случајевима кад су испуњени законом предвиђени услови за доношење допунске пресуде без њеног отварања. Тако, уколико допунску пресуду доноси исто веће које је донело и првобитно донету пресуду којом је суд пропустио да одлучи о неком захтеву или делу захтева тужиоца, неће бити неопходно отварање главне расправе по предлогу странке за доношење допунске пресуде.²⁴ Свака промена у саставу судског већа доводи до потребе

лице које је легитимисано за изјављивање предлога и кад је предлог за допуну пресуде поднет у законом предвиђеном року (Видети: Сталев, Ж. – наведено дело, стр. 443).

²² Видети: чл. 344. ст. 1. ЗПП.

²³ У бугарском правном систему, предлог за допуну пресуде се доставља противној странци. Кад је предлог за допуну пресуде допуштен, суд позива странке, одржава рочиште и узима га у разматрање. Суд о предлогу одлучује у истом или другом саставу. Суд разматра суштину дела захтева или неког од захтева о коме је пропустио да одлучи. Само разматрање предлога зависи и од тренутка и начина на који је суд пропустио да одлучи: да ли се то догодило у току расправе или приликом доношења пресуде. Ако су се у међувремену појавиле или су откривене нове чињенице и нови докази, и оне ће моћи да се изнесу само уколико су од значаја за део захтева или неки од захтева о коме суд није одлучио. Ако је предлог за допуну основан, суд доноси допунску пресуду у погледу захтева о којима није одлучио или о делу захтева (Сталев, Ж. – наведено дело, стр. 444).

²⁴ Тако и према одредби из чл. 340. ст. 2. ЗПП РХ, чл. 326. ст. 2. ЗПП СЛ, чл. 349. ст. 2. ЗПП ЦГ, чл. 329. ст. 2. ЗПП РМ.

за отварањем главне расправе, јер начело непосредности није у потпуности остварено. Такође, постоји могућност да је довољно расправљен и захтев у погледу кога се захтева допуна пресуде.²⁵ И у овом случају није потребно поново отворати главну расправу.

Уколико је ипак отворена главна расправа, суд ће извиђати о захтеву или делу захтева о коме је пропустио да одлучи и изводити доказе ради формирања чињеничне подлоге за одлучивање о овом захтеву.

Поново отварање главне расправе не спречава суд да решењем одбаци предлог за допуну пресуде. Уколико се десило да у ранијем току поступка предлог за допуну пресуде није одбачен као неблаговремен, суд ће, и након отварања главне расправе, предлог одбацивати. Суд може предлог за допуну пресуде и одбити, уколико утврди да је неоснован.²⁶ Суд оцењује да ли је предлог неоснован а он ће свакако бити такав уколико суд утврди да је претходно донесеном одлуком одлучено о свим захтевима које је тужилац истакао и целокупном тужбеном захтеву. У овом случају, суд би странку могао да казни због злоупотребе процесних овлашћења.

Нема места тражењу да се допуни пресуда уколико је суд одлучио о свим захтевима али неке није усвојио или није усвојио тужбени захтев у целини. Допуна пресуде није могућна јер и негативна одлука, одлука којом се одбија тужбени захтев, у целини или делимично, представља резултат судске парничне радње одлучивања.

О предлогу странке за допуну пресуде, било да га одбацује као неблаговремен или одбија као неоснован, суд одлучује решењем.²⁷ Против овог решења је дозвољена посебна жалба, што произлази из правне природе овог решења. У литератури има мишљења да је жалба против овог решења могућна, јер оно не представља решење, тј. одлуку о управљању парницом.²⁸

Уколико суд предлог странке за допуну пресуде не одбаци као неблаговремен или не одбије као неоснован, остаје му само могућност да одлучи тако што ће донети допунску пресуду и тако елиминисати свој пропуст - чињеницу да није одлучио о делу захтева или неком од захтева које је тужилац истакао у тужби. Суд у поступку доношења допунске пресуде нема могућност да преиначи своју првобитно донету одлуку.²⁹

²⁵ Видети: Решење Вишег привредног суда у Београду, Пж-958/74. Наведено према: Јанковић, М. и др. – наведено дело, стр. 360.

²⁶ Видети: чл. 344. ст. 3. ЗПП. Видети и: чл. 340. ст. 3. ЗПП РХ, чл. 326. ст. 3. ЗПП СЛ, чл. 329. ст. 3. ЗПП РМ. Овакво решење није заступљено у црногорском праву (О допунској пресуди у праву Републике Црне Горе, опширније: Станковић, Г. – Рачић, Р. – Грађанско процесно право, прва свеска, Парнично процесно право, Правни факултет Универзитета Медитеран, подгорица, 2010, стр. 447).

²⁷ Станковић, Г. – Грађанско процесно право, Јустинијан, Београд, 2004, стр. 434.

²⁸ Triva, S. – Građansko parnično procesno pravo, Narodne novine, Zagreb, 1978, str. 478; Старовић, Б. – Кеча, Р. – наведено дело, стр. 365.

²⁹ Kamhi, S. – navedeno delo, str. 392.

7. Предмет одредаба из чл. 345. ЗПП односи се на специфичан однос између предлога за допуну пресуде и жалбе против пресуде којом је само делимично одлучено о истакнутим захтевима и која је последица пропуштања суда.

Могућна је ситуација да је поред предлога странке за допуну пресуде изјављена и жалба против пресуде којом није одлучено о свим захтевима или делу захтева. Поједини аутори сматрају да предлог за допуну пресуде може бити изјављен у истом поднеску у коме је изјављена жалба због непотпуности прводонесене пресуде.³⁰ Поступање суда у овом случају је врло специфично. Првостепени суд застаје са достављањем жалбе на пресуду другостепеном суду.³¹ Разлог за привремено обустављање парничне делатности налази се у томе да се чека одлука суда о предлогу за допуну пресуде, као и протек рока за жалбу против донесене допунске пресуде. Суд ће у поступку по предлогу за допуну пресуде донети допунску пресуду и тако одлучити о захтеву или делу захтева о коме је пропустио да одлучи. Кад одлука буде донесена, мора се сачекати рок од 15 дана у коме странка на донету допунску пресуду може изјавити жалбу.

Уколико против одлуке о допуни пресуде странка изјави жалбу, суд поступа на законом предвиђен начин. У тој ситуацији, суд жалбу против допунске пресуде заједно са жалбом против првобитно донете пресуде доставља другостепеном суду.³²

У хрватском законодавству су у овом случају прописана другачија правила. Одредбама ЗПП РХ, прописан је специфичан однос између предлога за допуну пресуде и жалбе против пресуде. Могућна је ситуација да је уз предлог за допуну пресуде изјављена и жалба против пресуде, као редовни правни лек против одлуке која је донета, а којом није одлучено о свим захтевима односно делу захтева истакнутог у тужби. Поступање првостепеног суда у овом случају може бити двојако. Тај суд може доставити препис списка са жалбом другостепеном суду и наставити поступак поводом предлога за доношење допунске пресуде. Суд, такође, може застати са достављањем жалбе другостепеном суду док не буде донета одлука о предлогу за допуну пресуде и док не протекне рок за жалбу против те одлуке, па ако против одлуке о допуни пресуде буде изјављена жалба, ту жалбу, заједно са жалбом против прводонете пресуде достави другостепеном суду.³³

³⁰ Марковић, М. – Грађанско процесно право, Књ. 1, Парнични поступак, Св. 2, Парничне радње, Правни факултет, Ниш, 1971, стр. 288.

³¹ Видети: Пресуду Вишег привредног суда Србије, Пж. 2481/74. Наведено према: Јанковић, М. и др. – наведено дело, стр. 362. Видети и: чл. 345. ст. 1. ЗПП, чл. 327. ст. 1. ЗПП СЛ, чл. 272. ст. 1. ЗПП БД, чл. 194. ст. 1. ЗПП РС и ЗПП ФБиХ, чл. 350. ст. 1. ЗПП ЦГ, чл. 330. ст. 1. ЗПП РМ.

³² Видети: чл. 345. ст. 2. ЗПП.

³³ Видети: чл. 341. ст. 1. ЗПП РХ.

Поред ових правила која су прописана законом и којима је уређен специфичан однос између предлога за допуну пресуде и жалбе на пресуду, законодавац прописује и фикције у погледу жалбе и предлога за допуну пресуде.

Уколико се пресуда коју је донео првостепени суд побија жалбом само због тога што суд није својом одлуком, пресудом, одлучио о свим захтевима или делу захтева који су били предмет парнице, жалба ће се сматрати предлогом странке да се донесе допунска пресуда. Жалба изјављена, а заснована на овом разлогу, представљаће, у ствари, предлог за доношење допунске пресуде о захтеву или делу захтева о коме је првостепени суд пропустио да одлучи.³⁴ У овој ситуацији долази до конверзије.

У литератури сам наишао на супротно мишљење у погледу оваквог односа између жалбе против пресуде и захтева за доношење допунске пресуде. Поједини аутори сматрају³⁵ да предлог за допуну пресуде не би требао да има утицај на пресуду која је претходно донесена, као да ни супротан утицај није могућан. Сматра се да пресуда коју је суд донео, пропустивши да одлучи о делу тужбеног захтева или неком од њих, представља делимичну пресуду која има самосталну процесну судбину. Сматрајући да самим тим, нема правих и суштинских разлога за повезивање предлога за допуну пресуде и жалбе против пресуде, исти аутори сматрају да је тежња законодавца била да уређењем односа између ова два института на овај начин оствари начело економичности и предупреди техничке проблеме.

Овакав став се, чини се, не може прихватити, јер првобитна пресуда коју је суд донео не одлучивши о делу захтева или неком од захтева није делимична пресуда, осим ако се не посматра са аспекта целине тужбеног захтева. Делимична пресуда је она пресуда коју суд доноси уколико је за одлучивање сазрео неки од истакнутих захтева или део захтева и то када је то целисходно и када су испуњени законом предвиђени услови за њено доношење. С друге стране, пресуда поводом које се тражи допуна је пресуда којом суд није одлучио о делу захтева или свим захтевима који су били истакнути, што је последица пропуста суда. Допунска пресуда у ствари представља последицу отклањања пропуста суда да одлучи о свим захтевима или делу захтева.³⁶

8. Допунска пресуда представља самосталну пресуду.³⁷ То значи да незадовољна странка ову пресуду може побијати свим допуштеним правним средствима која су предвиђена одредбама ЗПП.³⁸

³⁴ Идентично решење садржано је и у одредбама из чл. 341. ст. 2. ЗПП РХ, чл. 327. ст. 3. ЗПП СЛ, чл. 272. ст. 3. ЗПП БД, чл. 194. ст. 3. ЗПП РС и ЗПП ФБиХ, чл. 350. ст. 3. ЗПП ЦГ и чл. 330. ст. 3. ЗПП РМ.

³⁵ Triva, S. – Gradansko parnično procesno pravo, Narodne novine, Zagreb, 1978, str. 478.

³⁶ Георгијевски, С. – наведено дело, стр. 348.

³⁷ Kamhi, S. – наведено дело, стр. 392; Познић, Б. – Ракић-Водинелић, В. – наведено дело, стр. 279; Палачковић, Д. – наведено дело, стр. 242.

³⁸ И према бугарском праву, допунска пресуда је самостална у погледу побијања правним лековима (Видети: чл. 193. ст. 2. ГПК).

Иако су првобитно донета пресуда и допунска пресуда донета на захтев странке да суд одлучи о делу захтева или захтеву о коме није одлучио, коначне и делимичне у односу на целину захтева, оне нису у узајамном односу.³⁹ И једну и другу карактерише сасвим самостална правна судбина.

Допунску пресуду, сматра се⁴⁰ суд може донети и у инстанционом поступку, такође на иницијативу странака, а не по службеној дужности. Суд то чини уколико одлука донета по правном леку представља пропуст суда да одлучи о свим захтевима који су у њему били истакнути.⁴¹

Другостепена допунска пресуда предвиђена је одредбама ЗПП РХ. Новелом закона из 2003. године изричито је прописана могућност доношења другостепене допунске пресуде у ситуацији када је другостепени суд одлучујући по жалби пропустио да одлучи о свему о чему је требало да одлучи. Другостепени суд може да пропусти да одлучи у погледу свих делова пресуде који се побијају жалбом, да пропусти да донесе све одлуке које је одбацујући, односно одбијајући или усвајајући жалбу, требало да донесе, или да пропусти да одлучи у погледу једне од више жалби.⁴²

Уколико суд тако поступи, странка може у року од 15 дана од дана достављања другостепене пресуде да предложи другостепеном суду да своју одлуку допуни.

Да би суд донео другостепену допунску пресуду, неопходно је да буду испуњени одређени услови: да је против другостепене пресуде изјављена једна или више жалби; да је другостепени суд поводом жалби донео одлуку; да је пропустио да одлучи у потпуности и да је странка поднела предлог за допуну другостепене пресуде.⁴³ У поступку за доношење другостепене допунске пресуде се на одговарајући начин примењују правила поступка за доношење првостепене допунске пресуде.⁴⁴

9. Могућност доношења допунске пресуде у парничном поступку оправдава се интересом парничних странака да им буде пружена потпуна, законита, ефикасна и правична правна заштита. У случају да је суд пропустио да одлучи о делу тужбеног захтева или о неким од истакнутих тужбених захтева, странка има право да захтева доношење допунске пресуде у законом прописаном поступку за њено доношење. Допунском пресудом се елиминише пропуст суда да у потпуности одлучи о истакнутим тужбеним захтевима или

³⁹ Старовић, Б. – Кеча, Р. – наведено дело, стр. 365.

⁴⁰ Познић, Б. – Ракић-Водинелић, В. – наведено дело, стр. 280; Палачковић, Д. – наведено дело, стр. 242.

⁴¹ Видети: Решење Окружног суда у Ваљеву, Гж. 1139/03 од 29. 12. 2003, Избор судске праксе, бр. 5/2006, стр. 63 – 64.

⁴² Видети: чл. 377.а ст. 1. ЗПП РХ.

⁴³ Детаљно: Triva, S. – Dika, M. – Грађанско парнично процесно право, Народне новине, Zagreb, 2004, стр. 714 – 715.

⁴⁴ Видети: чл. 377.а ст. 5. ЗПП РХ.

тужбеном захтеву у целини. Упоредноправна анализа правних правила у вези са допунском пресудом у појединим правним системима балканских земаља, показала је да не постоје значајније разлике у погледу њеног нормирања. То се, с једне стране, може приписати чињеници да се ради о правним системима који припадају истом правном кругу. С друге стране, кад је у питању процесно право у већини балканских држава, ради се о правним системима који имају исто правно порекло, јер су некада били део јединственог југословенског правног система, и који су имали исти узор приликом регулисања парничне процедуре. Поред сличности у нормативним решењима, у регионалним правним системима наилазимо и на нова законска решења у погледу допунске пресуде која би могла да буду имплементирана у будући законски текст којим ће бити регулисани институти парничне процедуре у Републици Србији.

Vladimir Boranijašević, Ph.D

Assistant Professor

The Faculty of Law of Priština with temporary headquarters in Kosovska Mitrovica

***ADDITIONAL VERDICT IN LEGAL PROCEDURE OF THE
REPUBLIC OF SERBIA******Summary***

A verdict represents a judicial decision which authoritatively, finally and with merits decides upon a request for a verdict which has been formulated in the suit. The verdict finalizes the process of offering legal protection in the trial procedure and it contains an answer to the question whether there have been any grounds for the party to ask for legal protection and whether they deserve to be offered the required protection.

The task of the court is to offer the parties legal, right and efficient legal protection in legal proceedings. Respecting this rule does not eliminate the possibility of appearance of a mistake of the court during the procedure of offering legal protection which causes the legal consequences and the need for an addition to the verdict. If the court has missed to decide upon all the requests that have to be decided upon by a verdict, or it has missed to decide upon the part of the claim, the party can suggest the court that addition to the verdict be performed. The party does this by a suggestion for addition to the verdict which has to be put in during the legally determined deadline, and in this way the party starts a procedure for bringing an additional verdict.

In the paper the author analyzes additional verdict as one in the series of verdicts that the civil court can bring. In short by pointing to a decision as the most important judicial civil action and classification of verdicts, the author puts special attention on the questions connected to the suggestion for addition to the verdict and specificities of the procedure for bringing this kind of verdict of the civil court.

As verdict is an institute of the legal process law which is naturally regulated in all the legal systems, in the paper the author summarily analyzes the process rules from the legal systems of certain Balkan and European countries related to additional verdict.

NOTARSKA JAVNA IZVRŠNA ISPRAVA

Irena Mojović

Apstrakt: Rad se bavi analizom notarske javne izvršne isprave.

Ključne riječi: notar, notarska javna izvršna isprava, notarska obrada isprave, dospjelost potraživanja, izvršni otpravak originala, izvršenje po ugovorima o hipoteci, izvršenje na nekretninama.

UVOD

Ovaj rad bi trebao da ukaže na važnost notarske isprave, u odnosu na sigurnost stranaka, imajući u vidu karakter notarske isprave kao javne isprave, pouzdanost notarske isprave i njen značaj za javne registre. Svaka notarska isprava je javna isprava, ali je samo notarski obrađena isprava podobna za neposredan upis u javnim registrima nekretnina i podobna za pokretanje izvršnog postupka, kao neposredno izvršna isprava, dakle, bez vođenja sudskog postupka koji bi dovodio do izvršnosti.¹ Isprava obrađena od strane notara znači da je u cijelosti sastavljena od strane notara, na osnovu slobodne volje stranaka.

Za javnu notarsku obrađenu ispravu smatra se da potiče od onoga notara koji ju je izdao, da je sačinjena u zakonom propisanom postupku i da je istinito ono što se u njoj potvrđuje ili određuje - dok se ne dokaže suprotno.

Na osnovu izvršne notarski obrađene isprave, ostvaruju se imovinska prava iz Zakona o stvarnim pravima, Zakona o obligacionim odnosima, Zakona o građevinskom zemljištu, Zakona o nasljeđivanju, Porodičnog zakona, Zakona o privrednim društvima i drugih propisa.

Ovaj rad odnosi se, u prvom redu, na izvršnost notarske isprave u pravnom poretku Republike Srpske, ali se u njemu osvrćemo i na izvršnost notarske isprave

* **Ирена Мојовић, нотар, Бања Лука.**

¹ Koliko je značajna uloga notara u izvršnom postupku, dokazuju glavna tema XXIII Kongresa Međunarodne unije notara u Madridu, 2007. godine, naslovljena kao: "Javnobilježnička isprava, instrument razvoja u društvu", kao i glavna tema XXVI Međunarodnog kongresa notara u Marakešu, Maroko, 2010. godine: "Notarska isprava kao garancija investicija, instrument obezbjeđenja za javne registre i izvršna isprava".

u pravu Federacije Bosne i Hercegovine i Brčko distrikta BiH², imajući u vidu harmonizovano zakonodavstvo o izvršnom postupku u ova dva entiteta.³ U ovom momentu, značajnije razlikovanje u pravu dva entiteta, koje ima značaja i za rad notara i notarskih isprava, postoji u pogledu propisa o javnim evidencijama nekretnina, imajući u vidu novi Zakon o katastru Republike Srpske iz 2011. godine, čija pravna rješenja se razlikuju od onoga što je regulisano Zakonom o zemljišnim knjigama Federacije BiH. Naime, novi Zakon o katastru Republike Srpske stavio je van snage Zakon o zemljišnim knjigama Republike Srpske, osim odredaba tog zakona koje se odnose na korišćenje i održavanje evidencija.

Status i uloga notara

Notarijat, koji je kod nas vraćen u pravni sistem nakon šezdeset godina, istorijski je ugrađen u veliki broj pravnih sistema u Evropi i svijetu, u cilju rasterećenja pravosuđa, brže realizacije prava i uspostavljanja pravne sigurnosti. Notari obavljaju slobodnu profesiju, kao lica od javnog povjerenja, koja samostalno i nezavisno obavljaju javnu službu, pri čemu nastupaju kao nepristrasni povjerenici stranaka. Iako je notar nosilac javne službe, on nije državni organ, već je slobodna profesija, koja u evropskom pravu ima funkciju preventivnog pravosuđa.

Zbog preventivne uloge notara na sprečavanju budućih sporova u vezi ugovora, dakle, uspostavljanja veće pravne sigurnosti u obligacionim odnosima, evidentno je da se funkcionisanjem notarske službe smanjio broj sporova povodom prometa nekretnina, imovinskih porodičnih odnosa i odnosa članova privrednih društava.

Cilj rada notara je da, kao pravni stručnjak, pomogne strankama da uredi svoje pravne odnose na kvalitetan način, u onom pravnom pitanju zbog kojeg su se stranke obratile notararu. Pri tome je notar nepristrasan, pošto ne postupa u interesu pojedine stranke, već u skladu sa načelom ravnopravnosti ugovornih strana, u cilju garantovanja pravne sigurnosti, i ne smije, bez valjanog razloga, uskratiti preduzimanje službenih radnji.

² Izvršnost notarske isprave regulisana je Zakonom o notarima Republike Srpske („Sl. gl. RS“ 86/04, 2/05, 74/05, 76/05, 91/06, 37/07, 50/10, 78/11) 45/2002), u daljem tekstu: ZN RS, koji se počeo primjenjivati danom početka rada notara, i to od 11. 03. 2008. godine, Zakon o notarima Federacije BiH („Službene novine Federacije BiH“, broj: 45/02) u daljem tekstu: ZN FBiH, Zakon o notarima Brčko distrikta BiH (Službeni glasnik Brčko distrikta” broj: 9/03 i 17/06), u daljem tekstu: ZN BD BiH, koji su se počeli primjenjivati od 03. 05. 2007. godine.

³ Iz praktičnih razloga, osvrnućemo se ovom prilikom samo na pojedine odredbe relevantnih propisa Republike Srpske, pošto su identične odredbe koje su relevantne za ovu temu u Zakonu o izvršnom postupku Republike Srpske (“Službeni glasnik Republike Srpske”, br. 59/03, 85/03) Federacije BiH (“Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine”, br. 32/03) i Brčko distrikta BiH (“Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, br. 8/00, 1/01, 5/02, 8/03), u daljem tekstu skraćeni naziv Zakon o izvršnom postupku: ZIP. Tako su harmonizovane i odredbe zakona o notarima u oba entiteta. Ukazaćemo komparativno i na neke odredbe odgovarajućih propisa država u okruženju.

Notar je dužan čuvati kao tajnu ono što je saznao u obavljanju svoje službe.

Notar odgovara za štetu strankama, koju prouzrokuje povredom svoje službene dužnosti, pa je dužan da se osigura od odgovornosti za štetu koju bi mogao počiniti trećim licima obavljanjem svoje službene dužnosti, a to se odnosi i na zaposlene u njegovoj notarskoj kancelariji.

Notarska komora i Ministarstvo pravde kontrolišu rad notara.

Notar je dužan svojim stručnim znanjem obezbijediti prava stranaka, koje mu se obrate za pravnu uslugu.

Zadatak notara je da vrši obradu, ovjeravanje i potvrđivanje javnih isprava, kao i poslove koje notaru povjeri sud, i te druge zakonom određene poslove.

Notar je obavezan odbiti preduzimanje službene radnje koja nije u nadležnosti notara, a naročito ako bi stranke namjeravale, koristeći notarsku ispravu, da postignu nedozvoljen ili nečastan čin.

Notarske izvršne isprave

U našem pravu ima više vrsta notarskih isprava. Notarske isprave su notarski obrađene isprave, koje imaju punu dokaznu snagu javne isprave o izjavama datim pred notarom, zatim notarske ovjere i notarske potvrde, koje imaju dokaznu snagu javne isprave o činjenicama o kojima se u njima svjedoči. One važe kao javne isprave na teritoriji Republike Srpske, Federacije Bosne i Hercegovine, Brčko distrikta BiH, dakle cijele Bosne i Hercegovine, a na teritoriji drugih zemalja u skladu sa posebnim propisima u tim zemljama.

Izvršne isprave, prema odredbi čl. 23. ZIP Republike Srpske, su: izvršna odluka sudova i izvršno sudsko poravnanje, izvršna odluka donesena u upravnom postupku i poravnanje u upravnom postupku, ako glasi na ispunjenje novčane obaveze, ukoliko zakonom nije drugačije određeno, **izvršna notarska isprava**, druga isprava koja je zakonom određena kao izvršna isprava.

Notarska izvršna isprava je podobna isprava i za prenos potraživanja ili preuzimanje duga iz izvršne isprave (čl. 30. ZIP). Notarska izvršna isprava je podobna isprava za dokazivanje nastupanja uslova za izvršenje, koje zavisi od prethodnog ispunjenja neke obaveze tražioca izvršenja ili od nastupanja nekog uslova (čl. 31. st. 1 ZIP).

Notarske izvršne isprave su samo one koje su **notarski obrađene**.

Pravni poslovi, koji za svoju pravnu valjanost zahtijevaju notarsku obradu isprava, a to znači da ih je notar u cijelosti sastavio, odnose se na: pravne poslove o regulisanju imovinskih odnosa između bračnih i vanbračnih drugova, raspolaganja imovinom maloljetnih i poslovno nesposobnih lica, poklon, ali pod uslovom da obećana činidba nije već izvršena, pravne poslove čiji je predmet prenos ili sticanje vlasništva ili drugih stvarnih prava na nekretninama, osnivačka akta privrednih društava.

Navedeni pravni poslovi za koje nisu sačinjene notarski obrađene isprave, ništavi su.

Na osnovu notarski obrađenih izvršnih isprava, koje se odnose na navedene pravne poslove, može se vršiti **neposredan upis u javne evidencije**, kao što su zemljišne knjige, katastar i registar poslovnih subjekata, i u tom smislu su notarske isprave neposredno izvršne.

Kada se radi o notarski obrađenoj izvršnoj javnoj ispravi, podobnoj za **izvršenje u izvršnom sudskom postupku** radi namirenja dospjelog potraživanja, potrebno je da notar izda posebnu vrstu otppravka originala notarski obrađene isprave, na kome navodi da je to „otpravak originala u svrhu izvršenja“ i da u potvrdi o izdavanju tog otppravka navede elemente bitne za izvršenje, posebno da dokaže dospelost potraživanja, da bi izvršni sud mogao dalje postupati.⁴

U postupku obrade isprave, notar mora utvrditi identitet stranaka, i mora utvrditi da li su stranke sposobne i ovlaštene za zaključivanje pravnog posla. Potrebno je da notar, prilikom notarske obrade, ima u vidu da ta isprava može postati izvršna.

Notar mora utvrditi činjenično stanje, stvarnu volju stranaka, objasniti pravnu situaciju strankama, ukazati im na pravne posljedice zaključenog pravnog posla pred notarom, te jasno i nedvosmisleno unijeti izjave stranaka i upozorenja i pouke notara u notarski original.

Notar mora paziti da se isključe zabune i sumnje i da neiskusne i neuke stranke ne budu oštećene, a prema odredbama Zakona o notarima advokati mogu sačiniti nacрте svih isprava koje se notarski obrađuju.

Original notarske isprave mora se pročitati strankama, neposrednim pitanjima notar se mora uvjeriti da sastavljeni tekst odgovara slobodnoj volji stranaka i to konstatovati u ugovoru. Nakon toga, stranke i notar potpisuju jedini primjerak originala, uz koji se uvezuje i potrebna dokumentacija i koji ostaje u arhivi kod notara. Notar strankama izdaje otppravke originala ugovora, koji su identični originalu i sadrže identične priloge

Notar, po potrebi, poziva svjedoke, tumače i vještake, kao i lica čija je saglasnost potrebna u postupku notarske obrade ugovora.

Notar je dužan da pouči stranke da su sredstva izvršenja, radi ostvarenja novčanog potraživanja iz ugovora: prodaja pokretnih stvari, prodaja nekretnina, prenos novčanog potraživanja, prenos potraživanja za predaju pokretnih stvari ili nekretnina, unovčenje drugih imovinskih prava, prenos sredstava koja se vode na računu kod banke, prodaja akcija i prodaja udjela u privrednim subjektima.

Označavanje značajnih podataka u notarski obrađenoj ispravi

Potrebno je obratiti pažnju na označavanje stranaka u notarski obrađenoj ispravi, da bi i eventualni postupak izvršenja mogao biti uredno proveden.

Fizička lica potrebno je označiti punim imenom i prezimenom, adresom prebivališta ili boravišta, te podacima o zakonskom zastupniku ili punomoćniku ako ih

⁴ Povlakić M., u: Povlakić/Schalast/Softić, Komentar Zakona o notarima u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, 2009, str. 204-214.

imaju. U slučaju da stranka, kao fizičko lice, nije tako naznačena, eventualni prijedlog za izvršenje neće biti pogodan za odlučivanje u izvršnom postupku.

U vezi označavanja pravnih lica, njihov bi naziv trebalo označiti onako kako su upisana u sudski registar poslovnih subjekata ili registar udruženja.

U slučaju da je stranka Republika Srpska ili jedinica lokalne samouprave, potrebno je naznačiti kao stranku Republiku Srpsku ili jedinicu lokalne samouprave, te zakonom određenog zastupnika. Ne bi bilo ni pravilno samo označavanje Vlade ili ministarstva, kao ugovorne strane u notarskoj ispravi, pošto se radi o organima koji nemaju svojstvo pravnog lica.

Ako je stranka privredno društvo, potrebno je u notarskoj ispravi naznačiti ime kako je upisano u sudski registar, dakle ime u skraćenom ili punom obliku, sa jasnom oznakom oblika tog privrednog društva (d.o.o., a.d., o.d., k.d.) i tačnom adresom.

U slučaju da je stranka preduzetnik, valjani način njegovog označavanja u postupku definisan je činjenicom da nosilac stranačke sposobnosti nije radnja, budući da ona nema svojstvo pravnog lica, već je to vlasnik radnje-fizičko lice, te je valjano označavanje preduzetnika kao fizičkog lica procesna pretpostavka za uknjižbu po notarskoj izvršnoj ispravi i za položaj aktivne i pasivne strane u eventualnom izvršnom postupku. U tom smislu, valjani je način označavanja preduzetnika u notarskoj ispravi, a takođe i kao izvršenika u izvršnom prijedlogu označavanja imena i prezimena i adrese preduzetnika, kao fizičkog lica koje je vlasnik radnje, zatim naziva radnje, oznake osnovne djelatnosti radnje, te adrese i sjedišta radnje.

Predmet notarski obrađenog ugovora mora biti precizno određen, i to tako da je najbolje doslovno prepisati oznake nekretnina iz javnih evidencija i, u skladu sa kopijom plana, utvrditi njihovu identifikaciju po starom i novom premjeru.

Kupoprodajnu cijenu treba precizno navesti brojevima i slovima i precizirati način isplate, rokove i uslove. Takođe je potrebno utvrditi obaveznu dostavljanja broja računa dužniku, radi uplate na račun povjerioca.

Dokaze o ispunjenosti uslova treba decidno odrediti po sporazumu stranaka i navesti da li se ti dokazi uvezuju uz notarsku ispravu, odnosno kome se ti dokazi uručuju.

Važno je voditi računa o preciznom određivanju roka i drugih uslova ispunjenja ugovornih obaveza, kao i raskidne uslove. Način dostavljanja eventualne izjave o raskidu ugovora takođe treba precizno odrediti, u skladu sa sadržajem zakonskih odredaba o dostavljanju.

Takođe je važno unijeti odredbe ugovora saglasno volji ugovornih strana o vraćanju datog u slučaju raskida, kao i o podvrgavanju neposrednom izvršenju stranke koja je primila dio ili ukupnu kupoprodajnu cijenu na osnovu ugovora.

Notar mora poučiti ugovorne strane potrebi ugovaranja odgovarajućih vrsta obezbjeđenja potraživanja.

Notarski ovjerene isprave, na kojima su samo ovjereni potpisi stranaka, kao što su ugovori o prenosu prava na pokretnim stvarima i sve vrste ugovora u privredi,

kojima nije predviđen prenos prava na nekretninama, ne mogu postati izvršne.

Ako stranke žele dobiti izvršnu notarsku ispravu i za poslove za čiju je valjanost inače dovoljno da notar samo ovjeri potpise stranaka, ne odgovarajući za sadržaj isprave, kao, na primjer, kod ugovora o prenosu udjela u privrednom društvu, privredno-pravnih ugovora, ugovora o zakupu, ugovora o zajmu i sl., tada je za izvršnost podvrgavanja dužnika prinudnom izvršenju, neophodno da se sačini notarski obrađena isprava.

Stranka se može podvrgnuti prinudnom izvršenju na svojoj imovini, npr. na računu u banci ili pokretnoj stvari, samo na osnovu obrađene notarske isprave. Zakonodavac je imao u vidu težinu i ozbiljnost podvrgavanja stranke neposrednom prinudnom izvršenju bez odlaganja, pa je predvidio da se to može ugovoriti samo notarski obrađenom ispravom, koja podrazumijeva detaljan i odgovoran rad notara na sastavljanju takve isprave.

Izvršne notarske isprave u zemljama u okruženju

Hrvatska - Prema odredbama čl. 21. Ovršnog zakona Hrvatske⁵, izvršna isprava je i izvršna javnobilježnička isprava. Uslov izvršnosti javnobilježničke isprave je da je postala izvršna po posebnim pravilima, koja uređuju izvršnost takve isprave. Na osnovu javnobilježničke isprave, koja je postala izvršna u jednom dijelu, izvršenje se može odrediti samo u odnosu na taj dio (čl. 25. OZ H).

Prema odredbama čl. 32. st. 5. Ovršnog zakona Hrvatske, javni bilježnici sami daju potvrde o izvršnosti svojih isprava. U povodu pravnog lijeka izvršenika, sud koji vodi izvršni postupak ispitaće jesu li bili ispunjeni uslovi za davanje takve potvrde, uzimajući u obzir i izjave lica koja su prema toj ispravi ovlaštena potvrditi nastupanje okolnosti o kojima zavisi sticanje tog svojstva (prema odredbama tog zakona o podobnosti izvršne isprave). Ako sud utvrdi da uslovi za davanje javnobilježničke potvrde o izvršnosti nisu bili ispunjeni, tu će potvrdu ukinuti rješenjem u izvršnom postupku.

Odredbama čl. 54. Zakona o javnim bilježnicima Hrvatske⁶, uređena je izvršnost notarskog – javnobilježničkog akta.

Javnobilježnički akt je izvršna isprava, ako je u njemu utvrđena određena obaveza na činidbu o kojoj se stranke mogu nagoditi i ako sadrži izjavu dužnika o tome da se na osnovu tog akta može, radi ostvarenja dužne činidbe, nakon dospjelosti obaveze, neposredno sprovesti prisilno izvršenje.

Na osnovu javnobilježničkog akta koji sadrži obavezu da se osnuje, prenese, ograniči ili ukine neko zemljišno-knjižno pravo, može se neposredno sprovesti upis u zemljišne knjige, ako je dužnik izričito na to pristao u tom aktu.

Na osnovu javnobilježničkog akta, na osnovu kojega je u zemljišnim knjigama upisana hipoteka na određenoj nekretnini, može se neposredno tražiti izvršenje

⁵ "Narodne novine", br. 57/96, 29/99, 42/00-USRH, 173/03, 194/03, 151/04, 88/05, 121/05 i 67/08.

⁶ "Narodne novine", br. 78/93, 29/94, 16/07.

na toj nekretnini, radi naplate obezbijedenog potraživanja, nakon njegove dospjelosti, ako je dužnik na to u tom aktu izričito pristao.

Ako obaveza zavisi o uslovu ili roku koji nije određen kalendarski, za izvršnost javnobilježničkog akta, ako se stranke u tom javnobilježničkom aktu nisu drugačije dogovorile, potrebno je da se javnom ispravom ili ispravom na kojoj je ovjeren potpis povjerioca, odnosno, ako to nije moguće, pravosnažnom presudom donesenom u parničnom postupku, utvrdi da je nastupio uslov ili da je protekao rok.

Ako je javnobilježnički akt sastavljen na osnovu punomoći ili ovlaštenja, moraju punomoć ili ovlaštenje, koji nisu javne isprave, biti sudski ili javnobilježnički ovjereni i priloženi u originalu ili u ovjerenom prepisu.

Dejstvo izvršnosti ima i privatna isprava, koju je javni bilježnik potvrdio (solemnizirao). Ako privatna isprava ne sadrži izjavu dužnika o tome da se na osnovu tog akta može radi ostvarenja dužne činidbe, nakon dospjelosti obaveze, neposredno sprovesti prisilno izvršenje ili je izjava nejasna, takvu izjavu na zahtjev dužnika, u nastavku teksta privatne isprave, ispod koje će dužnik staviti svoj potpis, a prije solemnizacije, može unijeti i javni bilježnik.

U određenim slučajevima, javni će bilježnik, na zahtjev stranke, sam staviti na ispravu potvrdu o njenoj izvršnosti.

Član 55. Zakona o javnim bilježnicima Hrvatske sadrži odredbe o izvršenju na osnovu javnobilježničkog akta: izvršnost javnobilježničkog akta može se pobijati po odredbama Ovršnog zakona. Sud će obustaviti izvršenje i kad utvrdi da pri sastavljanju ili otpremljanju javnobilježničkog akta nisu poštivani uslovi koji moraju biti ispunjeni da bi taj akt dobio snagu javne isprave ili postao izvršan.

Makedonija – Prema Zakonu o izvršenju Makedonije⁷, izvršni naslov je i izvršna notarska isprava.

Notarska isprava je izvršna isprava, ako je postala izvršna na osnovu posebnih propisa koji uređuju izvršnost takve isprave.

Prema odredbi čl. 42 Zakona o notarima Makedonije⁸, notarski akt je izvršna isprava, ako su stranke ugovorile jasna prava i obaveze i ako sadrži izjavu dužnika da se na osnovu tog akta, radi ostvarivanja dospjelog potraživanja, može provesti neposredno prinudno izvršenje.

Uz notarsku izvršnu ispravu mora biti priložena punomoć u originalu ili ovjerenom prepisu sačinjena u istoj formi kao notarski izvršni akt.

Potraživanje se može odnositi samo na novčano potraživanje, pa sudske presude, poravnanja i notarske isprave koje glase na neku drugu činidbu, nisu podobne da budu tretirane kao notarska izvršna isprava. Drugi uslov je da je potraživanje nesporno, što znači da se dužnik izričito saglasio sa potraživanjem u notarskoj izvršnoj ispravi.

⁷ Zakon za izvršivanje („Služben vesnik na Republika Makedonija“, br. 35/2005, 50/2006, 129/06 i 8/2008).

⁸ Zakon za vršenje na notarskite raboti („Služben vesnik na RM“, broj 59/96).

U Srbiji i Sloveniji zakoni o izvršnom postupku predvidjeli su „**evropsku izvršnu ispravu**” (Direktiva EU, br. 805/2004).

Izvršni naslovi, potrebni da budu potvrđeni kao evropske izvršne isprave, predmet su regulisanja unutrašnjeg prava svake države. Pravosnažnost i izvršnost stranih sudskih odluka, po pravilu, ne priznaju se automatski u državi priznavanja, već je potrebno da se prethodno utvrdi da li su ispunjene određene pretpostavke, što se vrši u posebnom formalnom postupku. Isprava koja je potvrđena kao evropska izvršna isprava u državi-članici porijekla, biće priznata i izvršena u drugoj državi-članici, bez potrebe da se u sudskom postupku utvrđuje izvršnost i bez mogućnosti prigovora o njenom priznavanju.

Cilj takve isprave je ukidanje postupka priznanja pravosnažnosti i izvršnosti strane sudske presude, odnosno autentičnog dokumenta, dakle i notarske javne izvršne isprave, kao i donošenje rješenja o izvršenju na osnovu takvog izvršnog naslova.

Evropska izvršna isprava odnosi se na nesporno potraživanje u državi u kojoj je potraživanje postalo izvršno. Zahtjev se može podnijeti u bilo koje vrijeme. Sud porijekla potvrđuje presudu, odnosno drugu ispravu (i notarsku) kao evropski izvršni naslov, samo ako su kumulativno ispunjeni propisani uslovi. Potvrda o evropskoj izvršnoj ispravi izdaje se na standardnom obrascu, a protiv takve potvrde nije dozvoljena žalba. Evropska izvršna isprava, nakon dobijanja takve potvrde, može proizvesti dejstvo u bilo kojoj državi članici EU.⁹

Ovakav skraćeni postupak trebalo bi da ima za rezultat i podsticaj međunarodnih ulaganja.

Srbija - Novi Zakon o izvršnom postupku Srbije („Službeni glasnik Republike Srbije”, broj 31/11) predviđa izvršnu notarsku ispravu kao podobnu za izvršenje, kao i izvršnu odluku, koja je potvrđena kao evropska izvršna isprava. Član 84. Zakona o javnom beležništvu Srbije sadrži dosta precizne odredbe o tome šta sadrži notarska isprava (javnobeležnički zapis), pa između ostalog i da sadrži izjavu da su stranke, a kad je potrebno i drugi učesnici, poučeni o sadržini i pravnim posljedicama pravnog posla, zavještanja ili izjave, kao i da su stranke upozorene da su njihove izjave nejasne, nerazumljive ili dvosmislene, kao i da su i poslije upozorenja pri takvim izjavama ostale. Notarska isprava koja ne sadrži podatke taksativno određene u dijelu ovog člana, nema svojstvo, niti pravno dejstvo javne isprave, a notarska isprava koja ne sadrži tekst sadržine pravnog posla, testamenta ili izjave, smatra se nepostojećom.

Odredbom člana 85 Zakona o javnom beležništvu Srbije¹⁰ određeno je, kao u Hrvatskoj, da se izvršnost notarske isprave može pobijati po odredbama zakona kojim se uređuje izvršni postupak. Sud, odnosno drugi organ ili lice koje sprovodi izvršenje, obustaviće izvršenje ako utvrdi da prilikom sačinjavanja notarske isprave

⁹ Janevski, A., Zoroska – Kamilovska, T., „Evropska izvršna isprava“, Zbornik radova „Pravo Republike Srbije i pravo Evropske unije – stanje i perspektive”, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, 2009. str. 27-45.

¹⁰ „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 31/2011.

nisu ispunjeni uslovi koji se zahtijevaju, da bi taj zapis imao snagu javne ili izvršne isprave.

Slovenija – Prema Zakonu o izvršenju i obezbjeđenju Slovenije¹¹, izvršni naslov je i izvršna notarska isprava. Taj zakon predviđa kao izvršni naslov i drugu izvršnu odluku za koju zakon, ratifikovani i objavljeni međunarodni ugovor ili pravni akt EU, koji se u Sloveniji neposredno primjenjuje, određuje da je izvršni naslov. To se, dakle, odnosi i na evropsku izvršnu ispravu. Prema odredbi čl. 4. Zakona o notarijatu Slovenije¹², notarski zapis kojim je ugovoreno nešto dati, učiniti, dopustiti ili trpjeti, u vezi čega je dozvoljeno poravnanje, je izvršni naslov, ako je dužnik dao izjavu u istom ili posebnom notarskom zapisu da je saglasan sa neposrednom izvršnosti notarskog zapisa.

Crna Gora – Prema odredbama čl. 18. Zakona o izvršenju i obezbjeđenju Crne Gore¹³, izvršne isprave su: izvršna sudska odluka i sudsko poravnanje; odluka i poravnanje koji su kao izvršne isprave propisane posebnim zakonom; ugovor o hipoteci, odnosno založna izjava sačinjena saglasno propisima kojima se uređuje hipoteka; notarski akt koji predstavlja izvršnu ispravu u skladu sa zakonom i strani notarski akt ako sadrži sve elemente neophodne za izvršenje, u skladu sa zakonom i smatra se izvršnom ispravom u zemlji porijekla; druga isprava koja je zakonom određena kao izvršna isprava.

Odredbom čl. 23. tog zakona, određeno je da je notarski akt izvršan ako je postao izvršan u skladu sa zakonom kojim se uređuje izvršnost tog akta, a taj zakon je Zakon o notarima Crne Gore¹⁴. Na osnovu notarskog akta koji je postao izvršan u jednom dijelu, izvršenje će se sprovesti samo u tom dijelu.

Zakoni o notarima Slovenije, Hrvatske, Makedonije, Crne Gore i Srbije sadrže slične odredbe o izvršnosti notarske isprave kao, zakoni o notarima Republike Srpske, Federacije BiH i Brčko distrikta BiH.

Izvršenje strane notarske isprave u Republici Srpskoj, Federaciji BiH i Brčko distriktu BiH

Sud izričito određuje izvršenje na osnovu izvršne notarske isprave donesene u Bosni i Hercegovini (čl. 23. st. 1 tač. 3 ZIP).

Na području Bosne i Hercegovine strane notarske isprave imaju, uz uslov uzajamnosti, ista pravna dejstva, kao notarske isprave izdate po Zakonu o notarima (čl. 105. ZN RS).

U zakonima o izvršnom postupku Republike Srpske, Federacije BiH i Brčko

¹¹ „Uradni list Republike Slovenije“, br. 51/98, 11/01, 87/02, 16/04, 17/06, 69/06, 115/06, 93/07, 37/08, 45/08, 28/09, 51/10, 26/11.

¹² Uradno prečišćeno besedilo, ZN-UPB 3 („Uradni list Republike Slovenije“, št. 2/2007).

¹³ „Službeni list Crne Gore“, broj 36/2011.

¹⁴ „Službeni list Crne Gore“, broj 68/05 i 49/08 od 15. 08. 2008.

distrikta, još nije predviđena kao izvršna исправа „evropska izvršna исправа za neposredna potraživanja“.

Harmonizacija zakona o izvršnom postupku i zakona o notarima

U državama nastalim od republika SFRJ, osim u Bosni i Hercegovini, zakonima o notarima, odnosno javnim bilježnicima, propisuje se i **solemnizacija** privatnih isprava. Učesnici u pravnom poslu, za koji nije predviđena obavezna forma notarski obrađene isprave, mogu zatražiti od notara da potvrdi njihove privatne isprave o tom poslu. Tako potvrđena исправа ima snagu notarskog akta, a uz ispunjenje pretpostavki određenih u sadržaju, ima i snagu izvršne isprave.

Dakle, u postupku solemnizacije i privatna исправа, solemnizirana od notara, može biti izvršna. Smatramo da se solemnizacijom postiže veća brzina kod zaključivanja ugovora, koja se traži najčešće kod ugovora o kupoprodaji nekretnina i o zasnivanju hipoteke. Osim toga, time se čuva i dignitet advokatske i pravničke profesije uopšte i postiže međusobno poštovanje pravnih stručnjaka, koji rade u istom cilju – stvaranju veće pravne sigurnosti.

Smatramo da, iako zakoni o notarima i o izvršnom postupku u BiH sadrže odredbe o izvršnosti notarske isprave, da bi bilo dobro dopuniti te odredbe po ugledu na odredbe koje sadrže zakoni o notarima i izvršnom postupku u okruženju. Osim u pogledu izvršnosti notarske isprave, zakoni o izvršnom postupku i zakoni o notarima u okruženju već su uveli ili uvode novine, kao što je uloga notara u provođenju izvršnog postupka i izdavanje platnog naloga od strane notara.

Zaključujemo da bi bilo dobro međusobno harmonizirati navedene zakone i preuzeti odredbe onih zakona koji se primjenjuju već dugi niz godina, imajući u vidu da su ti zakoni u pogledu odredbi o ulozi notara i notarske isprave u izvršnom postupku više puta mijenjani radi efikasnijeg izvršnog postupka.

Pretpostavke za izdavanje izvršnog otpravka originala od strane notara

Za izvršnost notarskih obrađenih isprava, pod uslovom da su sačinjene u propisanoj formi i da je dužnik izričito pristao na neposredno prinudno izvršenje bez odlaganja i da su ugovorena dozvoljena potraživanja prema Zakonu o notarima, nije potrebna nikakva aktivnost suda koja bi dovodila do izvršnosti notarske isprave.

Notar je ovlašten da izda strankama otpravak originala u svrhu izvršenja.

Saglasno odredbama ZIP FBiH i ZIP RS, neophodno je da notar u potvrdi otpravka originala notarski obrađene isprave u svrhu izvršenja, precizno označi budućeg tražioca izvršenja i izvršenika, te predmet, vrstu, obim i vrijeme ispunjenja obaveze.

Uslovi za izvršenje na osnovu notarske isprave su: da je исправа sačinjena u propisanoj formi (notarski obrađena исправа), izvršenje na osnovu notarske isprave moguće je samo za određenu vrstu potraživanja, koje ima za predmet **novčana potraživanja, potraživanja tačne količine drugih zamjenjivih stvari i vrijednosnih**

papira, da je dužnik izričito pristao na neposredno izvršenje, bez odlaganja (bez vođenja parničnog postupka).

Notar je dužan pozvati obje ugovorne strane - budućeg tražioca izvršenja i izvršenika u postupku izdavanja otpravka u svrhu izvršenja i pribaviti dokaze o ispunjenju uslova za izvršnost originala notarske iprave.

Da bi sud mogao u rješenju o izvršenju naznačiti izvršnu notarsku ispravu, tražioca izvršenja, izvršenika, potraživanje, sredstvo i predmet izvršenja i dati pouku pravnom lijeku, prilikom sačinjavanja notarske isprave, notar mora voditi računa o tome da **nije moguće paušalno podvrgavanje izvršenju**. Ako predmet, vrsta, obim i vrijeme ispunjenja obaveze nisu dovoljno precizirani samom ispravom i potvrdom otpravka originala u svrhu izvršenja, za izvršenje ne bi bilo dovoljno da notar na takvu notarsku ispravu stavi samo štambilj sa tekстом: „otpravak originala u svrhu izvršenja“, koji predviđa odredba čl. 32. st. 3. Pravilnika o radu notara.

Da bi u izvršnom postupku tražilac izvršenja mogao dokazati ispunjenje uslova za izvršnost notarski obrađene isprave, otpravak u svrhu izvršenja treba da sadrži: štambilj sa tekстом „otpravak originala u svrhu izvršenja“, potvrdu notara da je to otpravak originala u svrhu izvršenja sa bilješkom o izvršnosti, u kojoj će notar u što kraćem tekstu označiti tražioca izvršenja, izvršenika, potraživanje, sredstvo i predmet izvršenja, sa identičnim sadržajem tih elemenata kao u ugovoru, te će navesti ako je potraživanje u jednom dijelu ostvareno, kao i koji dio ostaje za izvršenje.

Dospjelost potraživanja dokazuje se notarskom javnom izvršnom ispravom (čl. 26. st. 2. Zakona o izvršnom postupku). Notar je dužan, u skladu sa slobodnom voljom stranaka, u notarskoj ispravi da precizira dospelost potraživanja, da bi izvršni sud mogao provesti postupak izvršenja. Notarska isprava postaje izvršna ako je protekao ugovoreni rok protekom zadnjeg ugovorenog dana za ispunjenje potraživanja. Notar će u otpravku originala notarske isprave u svrhu izvršenja naznačiti da je protekao ugovoreni rok za ispunjenje potraživanja, navesti zadnji dan za ispunjenje potraživanja i navesti da je time isprava postala izvršna.

Ako notarska isprava ne bi sadržavala rok dospelosti potraživanja, bila bi nepodobna za izvršenje.

Otpravak originala u svrhu izvršenja notar će izdati licima koja su u originalu označena kao povjerioci, odnosno njihovim pravnim sljednicima, pod uslovom da je dokazano ispunjenje uslova za izvršnost notarske isprave. Notar može izdati samo jedan otpravak originala u svrhu izvršenja.

Taj otpravak notar može izdati samo: licima koja su pravni posao sadržan u ispravi zaključila u svoje ime, licima u ime kojih je taj posao zaključen, licima u korist kojih je taj posao zaključen, kao i pravnim nasljednicima navedenih lica.

Ponovni otpravak originala u svrhu izvršenja još neizvršenog otpravka može se izdati ako sva gore navedena lica na to pristanu, ako je ranije izdat otpravak zbog nekog nedostatka vraćen notaru ili ako je uništen, oštećen ili na drugi način postao neupotrebljiv, te ako sud na prijedlog stranke naredi notaru da se stranci izda ponovni otpravak originala.

Postavlja se pitanje da li je tražilac izvršenja ovlašten da ranije izdani otpravak zbog nekog nedostatka vrati notar. Ako bi se radilo o nedostatku zbog kojega bi notar trebao izvršiti ispravku originala notarske isprave, notar bi morao obaviti razgovor sa obje ugovorne strane o navedenoj ispravci. Malo je vjerovatno da bi izvršenik pristao da se notarska isprava ispravlja na njegovu štetu, čak i kod očigledne greške. Jedino postoji mogućnost da su obje ugovorne strane samim ugovorom ovlastile notara da izvrši ispravku očigledne tehničke greške, s tim da je notar u obavezi da prethodno obavijesti stranke o tehničkoj ispravci i dobije njihovo odobrenje.

Postupanje stranke po prijemu otpravka originala notarski obrađene izvršne isprave

Nakon preuzimanja od notara, notarsku izvršnu ispravu, sa unesenom klauzulom kojom notar potvrđuje da je izdao otpravak originala notarske isprave u svrhu izvršenja, tražilac izvršenja dostavlja sudu.

Imajući u vidu da često same stranke žele da podnesu sudu otpravak originala u svrhu izvršenja, notar bi trebao da im savjetuje da je za njih povoljnije, u smislu podnošenja urednog prijedloga za izvršenje sudu, kao i radi efikasnosti postupka, da se obrate advokatu.

Advokat će, kao pravni stručnjak, podnijeti prijedlog za izvršenje nadležnom sudu, unijeti u prijedlog tačne nazive i adrese tražioca izvršenja i izvršenika, dostaviti sudu urednu punomoć za punomoćnika, stručno sačiniti izreku samog prijedloga, tačno označiti predmet i sredstvo izvršenja i priložiti notarsku izvršnu ispravu, kao i ostale priloge.

Postupanje suda po notarskoj izvršnoj javnoj ispravi

Postupajući po osnovnim načelima izvršnog postupka, Sud će donijeti rješenje u skladu sa čl. 38. ZIP na osnovu prijedloga za izvršenje notarske obrađene izvršne isprave, kao izvršnog naslova, kojoj ispravi nije potrebna potvrda suda o izvršnosti. Sud će ocijeniti da je notarska isprava podobna za izvršenje ako su u njoj naznačeni tražilac izvršenja, izvršenik, predmet, vrsta, obim i vrijeme ispunjenja obaveze. Odredbe o određivanju roka za dobrovoljno ispunjenje, ako taj rok nije određen notarskom izvršnom ispravom, ne primjenjuju se u slučaju izvršenja notarske izvršne isprave.

Odredbe Zakona o izvršnom postupku, koje se odnose na poravnanje primjenjuju se i na notarsku ispravu. U skladu sa odredbom čl. 26. st. ZIP sud će cijeliti dospjelost cjelokupnog ili dijela potraživanja iz javne notarske izvršne isprave, a ako se dospjelost ne može dokazati, tada će sud odbaciti prijedlog za izvršenje kao neuredan. Tražilac izvršenja može pokrenuti parnični postupak, u kojem će se pravosnažnom odlukom utvrditi dospjelost.

Stranke mogu, ako su saglasne, da dospjelost naknadno utvrde novom notar-

skom ispravom. Nakon toga bi tražilac izvršenja mogao podnijeti novi prijedlog za izvršenje, na osnovu prve notarske isprave i nove notarske isprave u kojoj je utvrđen rok dospelosti potraživanja.

Pobijanje izvršenja

Izvršenje isprave notara može se pobijati po odredbama zakona kojim je regulisan izvršni postupak.

Pobijanje izvršenja notarske isprave znači pobijanje sudskog rješenja o izvršenju, koje je donijeto na osnovu notarske izvršne isprave. To proizlazi iz zakonske odredbe, koja upućuje na pobijanje po zakonu kojim je regulisan izvršni postupak.

Po okončanju postupka, izvršni sud donosi rješenje o izvršenju u skladu sa Zakonom o izvršnom postupku.

Neosnovanost potvrde o izvršnosti notarske isprave

U praksi su se pojavili rijetki slučajevi neosnovanog izdavanja otpravka originala notarske isprave u svrhu izvršenja. Stranke imaju mogućnost ulaganja prigovora protiv rješenja suda o izvršenju izvršne notarske isprave, ali smatramo da je potrebno zakonom preciznije regulisati navedene specifičnosti izvršenja na osnovu notarske isprave.

U slučaju da sud zaprimi notarsku ispravu, iz koje je očigledno da nije sačinjena u postupku propisanom Zakonom o notarima, smatramo da tu ispravu sud može smatrati isključivo dokazom o tome kako je postupak sačinjavanja notarski obrađene isprave proveden, dakle, samo dokazom o nedostacima isprave, a ne izvršnom notarskom ispravom podobnom za neposredno sudsko izvršenje.

Po prijemu takve isprave, sud će ocijeniti da li je notarska isprava sačinjena u skladu sa Zakonom o notarima i Zakonom o izvršnom postupku i da li je podobna za sudsko izvršenje.

Postoji mogućnost da stranke, nakon što je notar izdao otpravak originala u svrhu izvršenja, dakle, u toku izvršnog sudskog postupka pristupe kod notara, u slučaju da su se sporazumjele da neće na osnovu te javne izvršne notarske isprave tražiti izvršenje trajno ili za određeno vrijeme. To je i jedan od mogućih propisanih razloga za prigovor protiv rješenja suda o izvršenju.

Odbijanje notara da izda izvršni otpravak originala

Pod naslovom „pravna zaštita“ Prema odredbama čl. 106. Zakona o notarima, pravnom zaštitom stranaka povodom notarskih isprava smatra se to što je predviđeno da se stranka može obratiti ministru pravde, ako notar nije preduzeo traženu službenu radnju, a to znači i u slučaju da notar odbija da izda otpravak originala u svrhu izvršenja. Ministar bi rješenjem naredio notaru da preduzme traženu službenu radnju i odredio bi rok za izvršenje te radnje. Sa stanovišta odgovornosti, takvo rje-

šenje oslobodilo bi notara odgovornosti ako se naknadno utvrdi da zaista nije bilo zakonskog osnova za izdavanje otpravka originala notarske isprave u svrhu izvršenja.

Međutim, povodom rješenja ministra, postoji mogućnost podnošenja tužbe od strane nezadovoljne stranke u skladu sa odredbom čl. 2. Zakona o upravnim sporovima RS prema kojoj tužilac u upravnom sporu može da bude fizičko, pravno ili drugo lice, ako smatra da mu je upravnim aktom povrijeđeno neko pravo ili na zakonu zasnovani interes.

Smatramo da odredbe Zakona o notarima o pravnoj zaštiti nisu dovoljno precizne, jer ne predviđaju slučajeve da notar može opravdano da odbije da preduzme traženu službenu radnju.

Takođe je potrebno da se propišu precizni uslovi za izdavanje otpravka originala notarske isprave u svrhu izvršenja.

Međutim, stranka koja insistira na izdavanju izvršnog otpravka, ima mogućnost da pokrene i parnicu protiv notara sa tužbenim zahtjevom da sud naloži notaru da izda izvršni otpravak originala, ako je notarskom ispravom dužnik dao pristanak na podvrgavanje neposrednom izvršenju bez odlaganja. Nije nam poznato da li je pred nadležnim sudovima na području BiH takav postupak pokrenut. U Hrvatskoj je vođen takav parnični postupak u kome je rješenjem drugostepenog suda preinačeno rješenje prvostepenog suda, odbijena pritužba i prijedlog predlagača, kojim je tražio da se naloži notaru izdavanje potvrde izvršnosti na notarskoj ispravi – ugovoru o zakupu koji je javni bilježnik solemnizirao.¹⁵

Imajući u vidu naprijed navedene mogućnosti, koje stoje na raspolaganju strankama prema važećim propisima, smatramo da u slučaju odbijanja notara da izda izvršnu notarsku ispravu, nije spriječena zaštita ljudskog prava na pristup sudu garantovanog čl. 6. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, ali da bi zaštita bila efikasnija kad bi došlo do dopuna Zakona o notarima, koje pojedini autori predlažu.¹⁶

Zabrane i ograničenja na predmetu izvršenja

Ako bi stranke tražile notarsku obradu ugovora o kupoprodaji nekretnina, notar je dužan paziti da stranke ne ugovaraju takav prenos na predmetu na kome prenos nije dozvoljen. Notar treba da stranke upozori da nije dozvoljeno ni izvršenje na takvom predmetu koji je izuzet od izvršenja ili da je izvršenje ograničeno, da je to i jedan od razloga za prigovor na sudsko rješenje o izvršenju i na notarski obrađenu ispravu.

Poljoprivredno zemljište zemljoradnika u površini do 5000 m² ne može biti predmet izvršenja, osim u slučaju ostvarenja novčanog potraživanja obezbijedenog ugovorom o zasnivanju hipoteke (čl. 47. st 1 tač. 5. ZIP).

¹⁵ Pravosnažno rješenje Županijskog suda u Rijeci, br. Gž-3591/07-2 od 20. 11. 2009. godine.

¹⁶ Prof. dr Milan Blagojević, O nedostatku pravne zaštite pojedinaca u postupku pred notarima, Pravna riječ, Udruženje pravnik Republike Srpske 20/2009, str. 215-219.

U slučaju kada je jedna od ugovornih strana Republika Srpska ili jedinica lokalne samouprave ili javno preduzeće, notar je dužan da upozori stranke da nepokretna, pokretna imovina i prava tih subjekata, kao i novčana sredstva, koja su neophodna za obavljanje poslova od opšteg interesa, ne mogu biti predmet ni kupoprodaje ni izvršenja (član 7. stav 3. i član 166. stav 7. ZIP).

Takođe, notar mora voditi računa o tome da, ako je izvršnu ispravu (pravosnažnu sudsku odluku) domaćih sudova potrebno istovremeno izvršiti u Republici Srpskoj i nekoj stranoj državi, da će sud obustaviti izvršenje takve odluke, ukoliko strana država ne prizna odluku domaćih sudova (članu 23. stav 2. ZIP). Tražilac izvršenja iz člana 1. ovog zakona, dužan je uz prijedlog za dozvolu izvršenja dostaviti dokaz, da je odluka domaćih sudova, priznata u stranoj državi, te da je u cijelosti izvršio svoju obavezu, jer će, suprotnom sud obustaviti izvršenje (član 31. stav 4. ZIP).

Osim toga, izvršenje na imovini strane države može se izvršiti samo na osnovu mišljenja ministarstva pravde, osim ako je strana država pristala na izvršenje (čl. 20 ZIP).

Prava trećih lica

Da bi se izbjegli i prigovori trećih lica u izvršnom postupku i sporovi povodom notarskih isprava, notar je dužan da svojim znanjem i iskustvom sprečava mogućnost nastanka spora i konačno da upozori stranke na mogućnost eventualnog sudskog izvršenja notarske isprave i da pazi i na prava trećih lica, kao što je slučaj sa imovinskim pravima bračnih supružnika koja garantuje Porodični zakon¹⁷ i pravima suvlasnika (Zakon o stvarnim pravima¹⁸).

Notar je obavezan da ispita stranke koje zaključuju ugovor o prometu nekretnina, ugovor o hipoteci i o drugim stvarnim pravima, te da upozori stranke da je neophodno da u notarskoj obradi isprave prisustvuje bračni supružnik koji je imalac zajedničke svojine na nekretninama stečenim u toku braka.

Zajednička imovina je imovina koju su supružnici stekli svojim radom u toku trajanja bračne zajednice. Sva stvarna prava koja ulaze u sastav zajedničke imovine, pripadaju supružnicima prema zakonskim odredbama zajednički i nepodijeljeno. Sve dok zajednička imovina postoji, udjeli supružnika nisu određeni, što ima za posljedicu nemogućnost raspolaganja udjelom u zajedničkoj imovini od strane jednog bračnog supružnika bez saglasnosti drugog. Dužnost notara je da na to pazi prilikom notarske obrade takvih ugovora i da zahtijeva da oba bračna supružnika potpišu ugovor kojim se vrši prenos ili sticanje stvarnih prava na nekretninama, bez obzira na to da li je ili će biti na osnovu tog pravnog posla samo jedan od bračnih supružnika uknjižen na cijeloj nekretnini.

Takođe je notar dužan da pazi na položaj suvlasnika ili imalaca zajedničke

¹⁷ „Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 54/02.

¹⁸ „Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 124/08.

svojine na nekretninama, jer se njihova prava mogu znatno umanjiti i narušiti u izvršnom postupku (čl. 69. ZIP). Iz tog razloga je notar dužan da upozori stranke na obavezu učestvovanja suvlasnika nekretnina notarskoj obradi ugovora o prenosu stvarnih prava, uključujući ugovore o zasnivanju hipoteke.

Izvršenje na nekretninama po osnovu notarski obrađene isprave o zasnivanju hipoteke

Na osnovu notarski obrađene isprave, na temelju koje je u zemljišnim knjigama upisana hipoteka ili zemljišni dug na određenoj **nekretnini**, može se u svrhu plaćanja obezbijeđenog potraživanja neposredno nakon dospjelosti zahtijevati izvršenje na toj nekretnini, ako je dužnik u notarskoj ispravi izričito na ovo pristao (čl. 85. Zakona o notarima).

Prema odredbi čl. 68. st. 1. i 2. ZN RS / čl. 73. ZN FBiH, pravni poslovi čiji je predmet prenos ili sticanje vlasništva ili drugih stvarnih prava na nekretninama ništavi su ako nisu notarski obrađeni, što znači sastavljeni u cijelosti od strane notara u skladu sa odredbama čl. 70. do 84. tog zakona. Dakle, notarska obrada je uslov pravne valjanosti pravnog posla kojim se zasniva hipoteka.

Otpравak originala notarski obrađene isprave koji je notar izdao u svrhu izvršenja, tražilac izvršenja dostavlja sudu na čijem se području nalazi nekretnina.

Izvršenje na nekretnini sprovodi se zabilježbom izvršenja u zemljišnoj knjizi, utvrđivanjem vrijednosti nekretnine, prodajom nekretnine i namirenjem tražioca izvršenja iz iznosa dobijenog prodajom (čl. 68. ZIP).

Dokaz o svojini na nekretninama u izvršnom postupku je izvod iz zemljišne knjige ili dokaz o pravnom osnovu za promjenu zemljišnoknjižnog stanja. Takve dokaze moraju notaru predložiti stranke, prilikom notarske obrade ugovora o prenosu prava na nekretninama. Dokazi o tome da su ispunjeni uslovi za promjenu zemljišnoknjižnog stanja su rješenje o nasljeđivanju, pravosnažna presuda, rješenje upravnog organa, građevinska dozvola, prethodni ugovor o prenosu prava na nekretninama, koji ima propisanu formu.

Ako notar u toku obrade notarske isprave sazna, po osnovu provjere stanja u zemljišnoj knjizi ili objavljivanja zabilježbe izvršenja na nekretnini, da se vodi izvršni postupak na određenoj nekretnini, mora upozoriti stranke na okolnost da promjena vlasnika nekretnine ne sprečava da se nastavi izvršni postupak na toj nekretnini i preporučuje se da odbije notarsku obradu isprave o prenosu vlasništva. Takođe, treba imati u vidu da se zabilježba izvršenja odnosi na cijelu nekretninu, bez obzira na to što se provodi izvršenje na suvlasničkom dijelu, te treba imati u vidu da sud u izvršnom postupku može odlučiti da se prodaje cijela nekretnina (čl. 72. ZIP).

U postupku izvršenja na nekretnini, kupac nekretnine i založni povjerilac mogu se sporazumjeti najkasnije na ročištu za prodaju, da založno pravo ostane na nekretnini i nakon sprovedbe rješenja o dosudi, a da kupac preuzme izvršenikov dug

prema tom povjeriocu u iznosu koji bi mu pripadao u izvršnom postupku. U tom se slučaju kupovna cijena umanjuje za iznos preuzetog duga. Kupac i založni povjerilac zaključuju sporazum u obliku sudskog poravnanja u izvršnom postupku ili putem notarski obrađene isprave (čl. 74. st. 3. i 4. ZIP).

Ista je situacija kod kupoprodaje nekretnina opterećenih hipotekom, kada kupac izrazi volju da kupi tako opterećenu nekretninu. Tada je notar dužan obavijestiti stranke da je potrebno da pribave saglasnost založnog povjerioca, kome će kupac isplatiti dug založnog dužnika na ime plaćanja cijene ili dijela cijene nekretnine.

Prilikom notarske obrade ugovora o zasnivanju hipoteke, notar je dužan upozoriti stranke da se u postupku izvršenja na nekretnini namiruju i založni povjerioci koji nisu predložili izvršenje u skladu s redom prvenstva namirenja potraživanja.

Osim navedenog, u toku notarske obrade ugovora o zasnivanju hipoteke, ali i bilo kojeg drugog ugovora o prenosu prava na nekretninama, strankama treba biti poznato da **stvarne služnosti**, stvarni tereti i prava građenja na nekretnini ne prestaju prodajom nekretnine. Takođe, strankama treba biti poznato da ne prestaju ni lične služnosti, koje su u zemljišnoj knjizi upisane prije prava, radi čijeg se namirenja provodi izvršenje (čl. 75. ZIP).

Takođe, ne prestaju ni **ugovori o zakupu** koji su zaključeni i upisani u zemljišnu knjigu prije sticanja založnog prava, pa kupac stupa na mjesto zakupodavca od trenutka sticanja svojine na nekretnini (čl. 76. ZIP). Ugovori o zakupu koji nisu upisani u zemljišnu knjigu prije sticanja založnog prava ili prava namirenja, radi čijeg se ostvarenja traži izvršenje, prestaju pravosnažnošću rješenja o dosudi, ukoliko između kupca i zakupca nije drugačije dogovoreno (čl. 76. ZIP).

Prilikom notarske obrade ugovora o prenosu prava na nekretnini opterećenoj upisanim **pravom preče kupovine**, notar je dužan upozoriti stranke da nosilac tog prava ima prednost nad najpovoljnijim ponuđačem, ako odmah po zaključenju nadmetanja u izvršnom postupku izjavi da nekretninu kupuje uz iste uslove. Ako nekretnina bude prodana neposrednom pogodbom sud će pozvati nosioca uknjiženog prava preče kupovine, da se pod prijetnjom gubitka prava u određenom roku izjasni hoće li se tim pravom koristiti.

Značajna uloga notara je predviđena odredbama čl. 84. st. 4. i 5. ZIP o prodaji nepokretnosti u izvršnom postupku putem **neposredne pogodbe**. Određeno je da se ugovor o prodaji neposrednom pogodbom zaključuje u pisanoj formi. Ugovor u ime i za račun izvršenika zaključuje lice kojem je povjerena prodaja na osnovu zaključka suda. Odredbu o ovjeri potpisa na takvom ugovoru derogirale su odredbe čl. 68. st 1. tač. 4. Zakona o notarima o notarskoj obradi kao uslovu *sine qua non* pravne valjanosti ugovora o zasnivanju hipoteke, kao i drugih stvarnih prava.

Ovaj način prodaje može biti u interesu tražioca izvršenja, zbog bržeg namirenja i izvršenika zbog manjih troškova izvršenja. U izvršenju putem prodaje nekretnine tražilac izvršenja može postati kupac i na taj način namiriti svoje potraživanje, čime se smanjuje rizik prodaje nekretnine ispod cijene (bez ograničenja najniže cijene na trećem ročištu za javno nadmetanje)

Kao što se izvršenje sprovodi rješenjem suda o izvršenju u granicama određenim u rješenju, tako te granice moraju biti poštovane u notarski obrađenim ugovorima o zasnivanju hipoteke i izvršenje mora biti ugovoreno u granicama koje su zakonom o stvarnim pravima određene za hipoteku.

Ovom prilikom ukazuje se na učestalu pojavu u praksi da se u notarski obrađenim ugovorima o zasnivanju hipoteke, zaključenim radi obezbjeđenja potraživanja banaka iz ugovora o kreditu, po traženju banke, unosi klauzula o **podvrgavanju izvršenju na cjelokupnoj imovini** i korisnika kredita kao dužnika po ugovoru o kreditu. U vezi sa navedenom pojavom postavlja se više pitanja. Na takvu klauzulu, koju sadrže ugovori o kreditu, korisnici kredita/dužnici i sudužnici pristaju prilikom potpisivanja ugovora o kreditu. Ugovor o kreditu se zaključuje bez učešća notara, pa takva odredba u ugovoru o kreditu o podvrgavanju izvršenju na cjelokupnoj imovini korisnika kredita nije podobna za neposredno izvršenje.

Međutim, prilikom notarske obrade ugovora o zasnivanju hipoteke, banke zahtijevaju unošenje navedene klauzule, jer upravo notarskom obradom ugovora, takva klauzula dobija izvršnu snagu. Kada dužnik iz ugovora o kreditu i založni dužnik jeste isto lice, pa i u slučaju kada to nije isto lice, banka zahtijeva da ugovor o hipoteci, osim založnog dužnika, zaključi i korisnik kredita/dužnik i sudužnik koji će se tom prilikom podvrgnuti neposrednom izvršenju na svojoj cjelokupnoj imovini. Kao razlog takvog traženja, navodi se jače obezbjeđenje potraživanja banke.

Smatramo da takva klauzula u ugovoru o hipoteci o podvrgavanju izvršenju na cjelokupnoj neodređenoj imovini, pa, dakle, i na budućoj imovini dužnika, predstavlja korištenje ugovora o zasnivanju hipoteke u svrhe koje nisu predviđene zakonskim odredbama o ugovoru o hipoteci, jer je pravna priroda tog ugovora isključivo zalažanje tačno određene nekretnine založnog dužnika, radi obezbjeđenja potraživanja založnog povjerioca.

Autor smatra da bi, po načelu ravnopravnosti stranaka i jednakih vrijednosti davanja, bilo poželjno takvu klauzulu unijeti **samo kao uslovnu mogućnost izvršenja** u slučaju da izvršenje putem prinudne prodaje založene nekretnine ne namiruje potraživanje založnog povjerioca.

U nekim drugim pravnim situacijama stranke se mogu, kao dužnici, na osnovu notarski obrađenog ugovora kao izvršne isprave, podvrgnuti izvršenju na svojoj cjelokupnoj imovini. Takav ugovor je najčešće ugovor o kupoprodaji nekretnina ili kupoprodaji akcija/udjela u privrednom društvu, kojim se obezbjeđuje plaćanje cijene, tako što prodavac izričito izjavljuje da se podvrgava neposrednom izvršenju na svojoj cjelokupnoj imovini radi obezbjeđenja vraćanja primljenog dijela cijene u slučaju raskida ugovora.

Notar je, u svakom slučaju, dužan upozoriti dužnika, na sve okolnosti takvih zahtjeva, te unijeti upozorenje o pravnim posljedicama u notarski obrađenu ispravu.

Izvršenje na udjelima i akcijama

Prilikom notarske obrade ugovora o zasnivanju založnog prava na udjelima ili akcijama, potrebno je da notar u ispravi pouči stranke u smislu primjene odredbi čl. 187. do 192. ZIP. Isti postupak kao u slučaju izvršenja na nekretninama, predviđen je i u slučaju prava preče kupovine udjela ili akcija (čl. 192. ZIP).

Neposredna uknjižba, predbilježba, i zabilježba na osnovu notarski obrađene isprave

Na osnovu notarske izvršne javne isprave, može se **neposredno** izvršiti uknjižba, predbilježba kojom se uslovno stiču, prenose, ograničavaju ili prestaju stvarna prava na nekretninama, kao i zabilježba činjenica koje se odnose na prvenstveni red za budući upis, zabranu otuđenja i opterećenja nekretnina, zabranu upisa stvarnih prava na nekretninama. Za takve upise na osnovu notarski obrađene isprave nije potrebno ishoditi otpravak originala u svrhu izvršenja, niti sudsku odluku kao izvršni naslov. Za takav upis dovoljan je pravni osnov notarski obrađena isprava, koja sadrži **klauzulu intabulandi**.

Nedavno je, Republici Srpskoj donijet **Zakon o katastru**¹⁹. Prema odredbama člana 181. tog zakona, do dana osnivanja katastra nekretnina po novom zakonu, koristiće se i održavati zemljišna knjiga u skladu sa odredbama Zakona o zemljišnim knjigama Republike Srpske²⁰, knjiga uložениh ugovora o otkupu stambenih zgrada i stanova u skladu sa odredbama Pravilnika o vođenju knjige uložениh ugovora o otkupu stambenih zgrada i stanova²¹ i knjiga uložениh ugovora o prodaji poslovnih zgrada, poslovnih prostorija i garaža, u skladu sa odredbama Pravilnika o uspostavljanju i vođenju knjige uložениh ugovora o prodaji poslovnih zgrada, poslovnih prostorija i garaža.²²

Služba katastra je preuzela zemljišne knjige iz sudova i nastavila da vrši upis u zemljišne knjige isključivo na osnovu notarski obrađenih isprava, kao što su to do sada vršile zemljišnoknjižne kancelarije sudova po Zakonu o zemljišnim knjigama.

Odredbama čl. 81. Zakona o katastru RS propisano je da se upis u katastar nekretnina „vrši na osnovu privatne ili javne isprave, koja je po sadržini i formi podobna za upis“. Tim odredbama se propisuje i sadržaj privatne isprave podobne za upis²³. Pored uslova iz člana 81. Zakona, prema odredbama čl. 82. Zakona, da bi bila podobna za upis, privatna isprava treba da je „sačinjena u skladu sa zakonom“,

¹⁹ „Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 60/11.

²⁰ „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 67/03, 46/04, 109/05 i 119/08.

²¹ „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 45/01 i 6/02.

²² „Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 60/05.

²³ Prema odredbama člana 68. Zakona o katastru, vrste upisa u katastar nepokretnosti su: upis nepokretnosti, upis stvarnih prava, upis određenih obligacionih prava, predbilježba i zabilježba.

a da bi isprava bila sačinjena u skladu sa zakonom, potrebno je da bude sačinjena u skladu sa odredbama Zakona o notarima, dakle, notarski obrađena.

U navedenim odredbama očigledna je neusaglašenost u pogledu vrste isprave podobne za upis stvarnih prava – neusaglašenost pojmova privatne i javne isprave, sa stanovišta pravnog osnova za upis u javne evidencije nekretnina. Napominjemo da je u prijedlogu Zakona o katastru, pored uslova iz člana 82. Zakona, da bi bila podobna za upis, prvobitno stajalo da privatna isprava treba da je „notarski obrađena i ovjerena“. Podnosilac prijedloga Zakona dao je obrazloženje amandmana na čl. 82. st 1. tač. 1 Zakona o katastru u smislu da to što je konačno izmijenjeno u smislu da privatna isprava treba da je „sačinjena u skladu sa zakonom“ podrazumijeva da se to odnosi na Zakon o notarima, a da se pojam privatne isprave odnosi samo na isprave koje su sačinjene prije primjene Zakona o notarima, a na osnovu kojih građani i poslovni subjekti još nisu izvršili upis. Smatramo da bi upravo na osnovu tog obrazloženja, trebalo izvršiti preciziranje navedenih zakonskih odredbi, radi njihove jasne primjene u praksi, jer privatna isprava ne može biti pravni osnov za dokazivanje stvarnih prava, niti može poslužiti za upis tih prava u javnim evidencijama nekretnina. Treba imati u vidu da je za sastavljanje prijedloga Zakona o katastru Republike Srpske kao uzor poslužio Zakon o državnom premeru i katastru Srbije²⁴. Prema odredbama čl. 87. tog zakona, privatna isprava mora biti ovjerena od suda. Međutim, treba imati u vidu da je u Srbiji naknadno usvojen Zakon o javnim beležnicima, te da će i u Srbiji notarska javna izvršna isprava biti jedini pravni osnov za upis stvarnih prava na nekretninama, što će neminovno nametnuti potrebu za izmjenama Zakona o državnom premeru i katastru Srbije.

Bez obzira na odredbe novog Zakona o katastru Republike Srpske, privatna isprava nije podobna za upis u katastru, ukoliko je riječ o ispravi sačinjenoj nakon uvođenja notarijata u pravni sistem RS, jer se prenos stvarnih prava, ali i upis posjeda, vrši na osnovu javne, notarski obrađene isprave, imajući u vidu da je za pravne poslove koji imaju za rezultat upis stvarnih prava propisana posebna forma – notarski obrađena isprava, te da je prema odredbama Zakona o notarima ništav onaj pravni posao o prenosu stvarnih prava o kojem nije sačinjena notarski obrađena isprava, pa kao takav ne može proizvoditi pravna dejstva.

Posljednjih nekoliko decenija, do uvođenja notarijata u Bosni i Hercegovini, upis stvarnih prava na nekretninama vršio se na osnovu privatne isprave, ali tako da je privatna isprava dobijala snagu javne isprave putem ovjere potpisa stranaka od strane suda. Od uvođenja notarijata u naš pravni sistem, sudovi ne vrše takve ovjere, jer su notari dužni da u cijelosti sastavljaju takve isprave, što znači da ih notarski obrađuju da bi postale neposredno provodive i izvršne u javnim evidencijama. Osim toga, prema odredbama Zakona o notarima, ni notari u Bosni Hercegovini nemaju zakonska ovlaštenja ovjeravati potpise na ugovorima o prenosu stvarnih prava na nekretninama, koje bi neko drugo lice sastavilo, nego su obavezni u cijelosti sastaviti notarsku ispravu na osnovu slobodne volje ugovornih strana.

²⁴ „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 72/09.

Što se tiče pitanja posebne izjave sa klauzulom intabulandi, koju predviđa Zakon o katastru Republike Srpske, posljednjih godina, od uvođenja notarijata gotovo da i nema takvih posebnih izjava sa klauzulom intabulandi koje nisu sadržane u ugovoru, jer za tim nije bilo stvarne potrebe. Notar unosi izjavu o klauzuli intabulandi u ugovor o prometu nekretnina, uz prisustvo i po zahtjevu obje ugovorne strane, pošto je takva izjava sastavni dio notarski obrađene isprave - ugovora, koji ima karakter javne isprave, koja je jedina u našem pravnom sistemu i drugim pravnim sistemima, podobna za uknjižbu stvarnih prava u zemljišnim knjigama i ujedno za upis posjeda u katastru. U slučajevima kada stranke ne bi htjele odmah ugovoriti klauzulu intabulandi, tada bi, nakon zaključenja ugovora o prenosu stvarnih prava na nekretninama, notar mogao naknadno notarski obraditi izjavu o klauzuli intabulandi, ali samo na osnovu prethodno zaključenog notarski obrađenog ugovora, a ni u kojem slučaju na osnovu privatne isprave. Međutim, notar mora po službenoj dužnosti voditi računa o pravnoj sigurnosti lica u čiju korist se daje klauzula intabulandi i mora imati u vidu sve moguće okolnosti stvarnog života koje bi mogle onemogućiti naknadno davanje takve izjave. Stoga se, u praksi, u jednoj notarski obrađenoj ispravi ugovaraju svi uslovi koji moraju biti ispunjeni da bi se izvršila uknjižba u skladu sa klauzulom intabulandi sadržanom u samom ugovoru.

U svakom slučaju, zakonska je obaveza notara da poštuju pravila notarske struke u interesu građana, poslovnih subjekata i države i da dosljedno primjenjuju odredbe čl. 68, kao i odredbe čl. 70. do čl. 86. Zakona o notarima, kojima se propisuje sadržaj notarske isprave i ništavost poslova koji nisu sačinjeni u skladu sa tim odredbama.

Česti su slučajevi da se stranke koje posjeduju raniju privatnu ispravu nepodobnu za uknjižbu prava vlasništva i upis posjeda, obrate notaru za konvalidaciju takve isprave i notari sačinjavaju notarski obrađenu ispravu o istom predmetu među istim strankama. Ako neka od ugovornih strana iz privatne isprave nije živa, njeni nasljednici, odnosno u slučaju poslovnih subjekata, pravni sljednici, mogu zaključiti notarski obrađeni ugovor uz koji se uvezuje ranija privatna isprava. To je najefikasniji zakoniti način **konvalidacije ugovora** o prometu nekretnina kojima nedostaje propisana forma.

Ovom prilikom treba istaći i ulogu notara u postupku uredne naplate poreza na promet nekretnina i poreza na kapitalnu dobit, pošto notari po službenoj dužnosti dostavljaju nadležnim poreskim organima prepis svakog ugovora o prometu nekretnina, čime je posljednjih godina znatno poboljšanja naplata tih poreza. Imajući u vidu i ovu važnu okolnost za funkcionisanje države, ne vjerujemo da bi se u praksi omogućio upis u javne evidencije nekretnina na osnovu obične privatne isprave samo potpisane od ugovornih strana, a savremeni pravници se takvih upisa i ne sjećaju.

Vjerujemo da će se očigledne greške u navedenim odredbama Zakona o katastru Republike Srpske uskoro ispraviti, a notari i nadležni državni organi imaju obavezu da poštuju Zakon o notarima Republike Srpske o uslovima pravne valjanosti navedenih pravnih poslova.

Na osnovu notarski obrađene isprave vrši se **neposredan upis ostalih vrsta obezbjeđenja potraživanja**, osim hipoteke, koja obezbjeđenja se mogu upisati u javnim evidencijama i koja se mogu slobodno ugovarati među ugovornim stranama. Vrste obezbjeđenja predviđene novim Zakonom o katastru, predviđene su i Zakonom o izvršnom postupku i Zakonom o parničnom postupku, kao i drugim zakonima, a u praksi notara stranke ih ugovaraju kao moguće vrste obezbjeđenja, u skladu sa svojom slobodnom voljom. Notar je obavezan da upozori stranke da je moguće da dođe do otežanog ostvarivanja ugovorenog potraživanja, tako što bi jedna od ugovornih strana mogla svoju imovinu otuđiti, opteretiti ili na drugi način promijeniti postojeće stanje stvari. Notar može predlagati strankama odgovarajuće vrste obezbjeđenja.²⁵

Za upise u javnim evidencijama nije potrebno da notar označi na ispravi da se radi o otpravku originala u svrhu izvršenja, nego se upis vrši neposredno na osnovu notarski obrađene isprave.

Ako se ugovoreno obezbjeđenje odnosi na nekretnine, notarski obrađena isprava dostavlja se od strane povjerioca nadležnom organu, koji vodi javne evidencije nekretnina radi neposrednog sprovođenja u odgovarajućim registrima.

Radi obezbjeđenja novčanog potraživanja može se na osnovu ugovora kao notarske javne izvršne isprave neposredno izvršiti upis u zemljišnim knjigama sljedećih obezbjeđenja na nekretninama i na pokretnim stvarima u drugim javnim registrima: zabilježba zabrane dužniku da otuđi, optereti ili raspoláže sa određenom nekretninom u vrijednosti koja je dovoljna za obezbjeđenje potraživanja povjerioca. predbilježba založnog prava na nekretninama dužnika ili na pravu uknjiženom na nekretninama do vrijednosti glavnog potraživanja sa kamatama i troškovima.

Ugovorne strane mogu ugovoriti istovremeno više sredstava obezbjeđenja, pa osim ugovorenih sredstava obezbjeđenja, npr. založnog prava na nekretninama, mogu ugovoriti i zabilježbu podvrgavanja neposrednom izvršenju na osnovu notarske javne izvršne isprave.

U notarski obrađenom ugovoru, kao izvršnoj ispravi, notar mora precizno odrediti vrstu instrumenta obezbjeđenja, sredstva kojima će se obezbjeđenje prinudno ostvariti i predmet sredstva obezbjeđenja, kao i način brisanja sredstava obezbjeđenja iz javnih evidencija, vodeći računa o odredbama zakona o izvršnom postupku.

Zaključak

Zakoni o izvršnom postupku Republike Srpske, Federacije BiH i Brčko distrikta BiH su propisali izvršnost notarskih isprava. Izvršna klauzula u notarski obrađenoj ispravi zamjenjuje dispozitiv presude. Notarska isprava na području Republike Srpske, Federacije BiH i Brčko distrikta, dakle cijele Bosne i Hercegovine, po osnovu novih zakona o izvršnom postupku, uvrštena je u sistem izvršnih isprava

²⁵ Prof. dr Zoran P. Rašović, *Pravo obezbjeđenja potraživanja*, Pravni fakultet Podgorica, 2010.

Time se postiže veći stepen zaštite povjerenaca, efikasnost izvršnog postupka, ubrzano je pribavljanje izvršnog naslova, pošto nije neophodno vođenje sudskog postupka radi sticanja izvršnog naslova, te se smanjuju troškovi. Izvršni otpравak kojeg izdaje notar je izvršni naslov, pa nije potrebna potvrda izvršnosti od strane suda.

Može se zaključiti da se sistem uspostavljen direktivom Evropske unije – koja uvodi “evropsku izvršnu ispravu za nesporna potraživanja” (Direktiva EU br. 805/2004), može odmah primijeniti, putem za to predviđenih međunarodnih konvencija s ostalim državama. To će na kraju imati za rezultat i podsticanje stranih ulaganja.

Što se tiče svega navedenog, a naročito uzimajući u obzir recentnu finansijsku krizu, očigledno je da se notarska isprava sve više potvrđuje kao nosilac vrijednosti zaštite građana i javnog interesa, koja pritom jača pouzdanost ekonomsko-pravnog sistema određene države.

KORIŠTENA LITERATURA

Povlakić M. u Povlakić/Schalast/Softić, Komentar Zakona o notarima u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, 2009.

Zaključci Upravnog odbora Međunarodne unije notara, Javni bilježnik HJK 33/10

M. Dika, Javnobilježništvo i zaštita vjerovnika, Pravo u gospodarstvu, vol. 34, Zagreb, 1995.

Prof. dr Stanković, Gordana, prof. dr Petrušić Nevena, Novine u građanskom procesnom pravu, Udruženje za građansko procesno i arbitražno pravo, Niš, 2005.

Prof. dr Zoran P. Rašović, Pravo obezbjeđenja potraživanja, Pravni fakultet Podgorica, 2010.

Prof. dr Duško Medić i Haso Tajić, Založno pravo u praksi, Privredna štampa, Sarajevo, 2009.

Miraš Radović, Enes Bikić i Sefedin Suljević, Notarijat u Crnoj Gori, Ministarstvo pravde i GTZ, Podgorica, 2010.

Prof. dr Arsen Janevski, docent dr Tatjana Zoroska – Kamilovska, „Evropska izvršna isprava za nesporna potraživanja“, Zbornik radova „Pravo Republike Srbije i pravo Evropske unije – stanje i perspektive“, str. 27.-45, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, 2009.

Prof. dr Maja Stanivuković, Regulativa Saveta o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovinskim stvarima (2001/44/EC), Evropsko zakonodavstvo, Pravni fakultet Novi Sad

Prof. dr Tibor Varadi, prof. dr Bernadet Bordaš, prof. dr Gašo Knežević, Međunarodno privatno pravo, J. P. Forum-Izdavačka delatnost, Novi Sad, 2005.

Prof. dr Milan Blagojević, O nedostatku pravne zaštite pojedinaca u postupku pred notarima, Udruženje pravnikа Republike Srpske Pravna riječ, 20/2009.

Mr sci. Jelena Čuveljak, Marija Lukić, Zdenka Pogarčić, Jožica Matko Ruždjak, Primjena Ovršnog zakona, novosti u 2005., Poslovno savjetovanje d. o. o. Zagreb, 2005.

Nacionalni izvještaji o notarskoj službi u zemljama Jugoistočne Evrope, GTZ i Njemačko udruženje notara, Sarajevo, 2009.

Vukašin D. Ristić, Komentar Zakona o izvršnom postupku, Mentor legis, Beograd, 2006.

Summary

This paper emphasizes the significance of the notarial act from the position of contracting parties and protection of their interests and legal certainty, bearing in mind the character of the notarial act as a public act, as well as its importance for the public registries. The article especially discusses the notarial act as an executive title, i.e. the public document which is a sufficient legal ground for commencing forced execution procedure, in case when a notarial act contains forced execution clause for purpose of creditor's ensurance, on the ground of voluntarily expressed will of debtor to submit to forced execution in case of maturity of creditor's receivables. With that respect, some specific issues are discussed in details, such as conditions and procedural steps for issuance of notarial act as an executive title. In addition, a relevant comparative analysis of legislation within countries that were former Yugoslav republics is also made, in view of notarial acts. The author makes conclusion that notarial act in any legal system is an important factor of protection of public and private interests, which therefore enhances reliability of economical and legal system and provides investors with guarantees and legal certainty.

Key words: notary, notarization, executive title of public act, overdue receivables, forced execution on the ground of mortgage agreements, forced execution on real estates.

JAVNI OVRŠITELJ – NOVI INSTITUT HRVATSKOG PRAVNOG SUSTAVA

Ivan Belaj*
Željka Vajda Halak**

Sažetak: Jedan od temeljnih ciljeva svake moderno uređene države je i učinkovito funkcioniranje pravne države, koje prvenstveno proizlazi iz neovisnog i nepristrasnog pravosuđa. U skladu s tim ciljem, Vlada Republike Hrvatske je 2009. god. usvojila Stratešku studiju za učinkovitiji način ovrhe i uvođenje javnih ovršitelja, a kroz koju su vidljiva tri značajna cilja: pojednostavljenje ovršnog postupka, skraćivanje trajanja ovršnog postupka, te rasterećenje sudova. Sukladno tim ciljevima donesen je i novi Ovršni zakon (dalje: OZ) (Narodne novine 139/10), te Zakon o javnim ovršiteljima (dalje: ZJO) (Narodne novine 139/10). Iako većina odredbi ZJO stupa na snagu 01. siječnja 2012. godine, smatramo kako je od izuzetne važnosti dobro se pripremiti za promjene koje nam slijede. Javni ovršitelj je institut koji se po prvi puta pojavljuje u hrvatskom pravnom sustavu. ZJO uređuje pitanja ustrojstva, ovlasti, te načina rada javnih ovršitelja kao javne službe. Javnoovršiteljska se služba obavlja samostalno i neovisno, javni ovršitelji se smatraju osobama od javnog povjerenja koje svoju službu obavljaju kao isključivo zanimanje. Javni ovršitelji provode ovrhu na temelju ovršnih isprava, a na način određen OZ-om, te drugih posebnih zakona.

Ključne riječi: Zakon o javnim ovršiteljima, Ovršni zakon, javni ovršitelj, ovrha, ovršna isprava.

UVODNE NAPOMENE

Reforma ovršnog sustava je bila nužna, jer je brza, uspješna i učinkovita ovrha od velike važnosti za stvaranje snažnog pravosudnog sustava, te pridonosi ostvarenju prava građana da se o njihovim pravima i obvezama odluči pravično i u razumnom roku kako je to zajamčeno i samim Ustavom Republike Hrvatske, te Europ-

* Ivan Belaj, Mr asistent na Veleučilištu Lavoslav Rujčička u Vuковару.

** Жељка Вајда Халак, дипл. правница, асистентка на Велеучилишту Лавослав Ружичка у Вуковару.

skom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda¹. Donošenjem niza novih podzakonskih propisa za provedbu Ovršnog zakona NN 139/10, Zakona o javnim izvršiteljima NN 139/10 i Zakona o provedbi ovrhe na novčanim sredstvima NN 91/10, stvorene su pretpostavke za primjenu novog ovršnog sustava u Republici Hrvatskoj u kojem se provedba ovrhe na temelju ovršnih isprava povjerava javno-ovršiteljskoj službi kao potpuno novoj instituciji. Naravno da donošenjem novog paketa zakona, koji se tiču ovršnog postupka, ne završava reforma ovršnog sustava u Republici Hrvatskoj. Koliko su ovi zakoni ispunili svoju funkciju tek nam predstoji utvrditi, a to ćemo tek moći onda kada se formira relevantna praksa tijela koja sudjeluju u ovršnom postupku. Za nas je od osobitog značenja buduća praksa javnih izvršitelja za koju se duboko nadamo kako će biti snažan iskorak prema učinkovitom i brzom ovršnom postupku.

U ovome ćemo radu nastojati ukratko predočiti, prema našem mišljenju najvažnije, odredbe OZ-a i ZJO-a, a koje se tiču samog instituta javnog izvršitelja i postupka provedbe ovrhe pred javnim izvršiteljem.

1. O INSTITUTU JAVNOG OVRŠITELJA

U hrvatsko pravo se od 01. siječnja 2012. godine uvodi potpuno novi način izvansudske ovrhe, a zajedno s njim i novo pravničko zanimanje javnog izvršitelja, kao osobe koja obavlja javnoovršiteljsku službu. Institut javnog izvršitelja utvrđen je Zakonom o javnim izvršiteljima, NN 139/10 (dalje: ZJO) koji je nastao kao rezultat reforme ovršnog sustava u Republici Hrvatskoj. ZJO je stupio na snagu 18. prosinca 2010. godine, no većina njegovih članaka stupa na snagu 1. siječnja 2012. godine.

Institut javnog izvršitelja u hrvatski pravni sustav uveden je kako bi se unaprijedio ovršni postupak, odnosno učinio djelotvornijim i to osobito pojednostavljenjem ovrhovoditeljeve tražbine, skraćivanjem trajanja ovršnog postupka, te kako bi se rasteretili sudovi (u nadležnosti sudova ostaje samo ovrha radi predaje djeteta roditelju i ovrha radi ostvarivanja susreta i druženja roditelja s djetetom, te određivanje ovrhe na temelju odluke stranog suda, domaćeg ili stranog arbitražnog pravorijeka ili kada je Ovršnim ili drugim zakonom propisano da ovrhu određuje sud).

Dubokog smo uvjerenja kako će institut javnog izvršitelja opravdati zadaću koja mu je povjerena, a to je brz i učinkovit ovršni postupak. Optimizam glede toga temeljimo na činjenici kako je novim OZ-om bitno pojednostavljen i ubrzan sam ovršni postupak. Drugi razlog za optimizam nalazimo u tome što će javni izvršitelji biti iznimno motivirani za svoj rad.

¹ Ustav Republike Hrvatske, NN 85/10, čl. 29. „Svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud *pravično i u razumnom roku* odluči o njegovim pravima i obvezama, ili o sumnji ili optužbi zbog kažnjivog djela.“ Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/8E8F1266-6754-4880-80DD-BBA9D2677D9C/0/CRO_CONV.pdf, (hrvatski prijevod) čl. 6. “Radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi ili u slučaju podizanja optužnice za kazneno djelo protiv njega svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud *pravično, javno i u razumnom roku* ispita njegov slučaj...”

ZJO uređuje način rada javnih ovršitelja, uvjete za imenovanje, kriterije za određivanje broja javnih ovršitelja, odgovornost za prouzrokovanu štetu, obvezu stalne edukacije, stegovnu odgovornost, sustav kontrole te uspostavu čvrstog i stalnog mehanizma praćenja rada javnih ovršitelja. ZJO također propisuje i obvezu donošenja podzakonskih propisa, točnije pravilnika koji su potrebni za rad javnih ovršitelja i koji bi određena područja njihova djelovanja podrobnije uređivali.

1.1. OPĆENITO O JAVNOOVRŠITELJSKOJ SLUŽBI

Javnoovršiteljsku službu, prema ZJO-u, obavljaju javni ovršitelji kao samostalni i neovisni nositelji službe, a imaju svojstvo osobe javnog povjerenja. Samostalnost i neovisnost javnog ovršitelja nije apsolutna, oni su u obavljanju službe vezani Ustavom Republike Hrvatske, zakonima i podzakonskim propisima, a također su i pod nadzorom Hrvatske javnoovršiteljske komore i Ministarstva nadležnog za poslove pravosuđa. Nadležni su za provedbu ovrhe na temelju ovršnih isprava² i javnoovršiteljski posao im mora biti isključivo zanimanje tijekom vremena za koje su imenovani. Javni ovršitelj ne može istodobno biti odvjetnik ili javni bilježnik, ne smije istodobno biti u drugoj naplatnoj službi ili imati kakvo drugo naplatno zaposlenje ili biti član nadzornih ili upravnih tijela ili prokurist pravne osobe koja obavlja neku gospodarsku djelatnost.³ U Republici Hrvatskoj će se imenovati onoliko javnih ovršitelja koliko će biti potrebno radi obavljanja javnoovršiteljske službe na čitavom njezinom području. Javni ovršitelji, javnoovršiteljski zamjenici, javnoovršiteljski pomoćnici, javnoovršiteljski službenici i javnoovršiteljski vježbenici na području Republike Hrvatske obvezatno se udružuju u Hrvatsku javnoovršiteljsku komoru. Sjedište Komore je u Zagrebu.⁴

1.2. IMENOVANJE JAVNIH OVRŠITELJA

Za javnog ovršitelja može biti imenovana osoba:

- koja je državljanin Republike Hrvatske,
- koja ima poslovnu sposobnost i koja je zdravstveno sposobna za obavljanje poslova javnog ovršitelja,
- koja ima završen sveučilišni diplomski studij prava u Republici Hrvatskoj ili koja je nostrificirala svoju diplomu o završenom pravnom fakultetu izvan Republike Hrvatske,
- koja ima položen pravosudni i javnoovršiteljski ispit,

² Ovršni zakon, NN 139/10, čl. 21. „Ovršne isprave jesu: ovršna sudska odluka, ovršna odluka arbitražnog suda, ovršna odluka donesena u upravnom postupku, ovršna javnoovršiteljska odluka, ovršna javnobilježnička odluka ili isprava, ovršna nagodba, druga isprava koja je Ovršnim zakonom ili drugim posebnim zakonom određena kao ovršna isprava.“

³ Zakon o javnim ovršiteljima, NN 139/10, čl. 37.

⁴ Ibid., čl. 1-13.

- koja je dostojna javnog povjerenja za obavljanje javnoovršiteljskog poziva,
- koja se obvezala da će, ako bude imenovana za javnog ovršitelja, napustiti drugu naplatnu službu ili kakvo drugo naplatno zaposlenje, ili članstvo u tijelu pravne osobe koja obavlja kakvu gospodarsku djelatnost,
- koja je dala izjavu da će, ako bude imenovana za javnog ovršitelja, osigurati opremu i prostorije koje su, prema kriterijima što ih je utvrdilo Ministarstvo, potrebne i primjerene za obavljanje javnoovršiteljske službe.

Smatrat će se da ne ispunjava uvjete potrebne za javnog ovršitelja osoba:

- protiv koje je pokrenut kazneni postupak zbog kaznenog djela iz koristoljublja ili zbog drugog kaznenog djela koje se goni po službenoj dužnosti,
- koja je osuđena zbog kaznenog djela iz koristoljublja ili zbog drugog kaznenog djela koje se goni po službenoj dužnosti, sve dok traju pravne posljedice osude,
- koja je odlukom stegovnog tijela razriješana dužnosti suca ili državnog odvjetnika, odnosno koja je lišena zvanja odvjetnika, javnog ovršitelja, javnog bilježnika ili državnog službenika, dok ne prođu tri godine od dana razrješenja, odnosno lišenja zvanja.

Natječaj za imenovanje javnih ovršitelja mora biti objavljen u „Narodnim novinama“, službenom listu Republike Hrvatske i to u roku od petnaest dana nakon što Javnoovršiteljska komora primi nalog Ministarstva pravosuđa, a sam natječaj provodi Komora, na temelju naloga Ministarstva. Rok za prijave na natječaj ne smije biti kraći od trideset dana. Po okončanju natječaja Komora je dužna dostaviti Ministarstvu primljene prijave sa svojim mišljenjem najkasnije u roku od trideset dana. O prijavljenim kandidatima Ministarstvo pribavlja mišljenja od poslodavca, odnosno tijela u kojima su radili. Za javne ovršitelje, javnoovršiteljske zamjenike mišljenje o njihovom radu daje Komora, za odvjetnike Hrvatska odvjetnička komora, za javne bilježnike Hrvatska javnobilježnička komora, za suce predsjednik višeg suda na području kojega su obavljali svoju sudačku službu, za sudske savjetnike predsjednik suda u kojem su obavljali svoju službu, a za državne službenike nadležno tijelo državne uprave. Nakon provedenog natječaja slijedi imenovanje javnih ovršitelja. Javnog ovršitelja imenuje rješenjem ministar pravosuđa na temelju provedenog natječaja i rješenje ministra je konačno odnosno protiv njega se može pokrenuti jednino upravni spor. Nakon imenovanja javni ovršitelj je dužan u roku od dva mjeseca položiti prisegu pred predsjednikom Vrhovnog suda Republike Hrvatske, u nazočnosti ministra i predsjednika Komore.

Tekst prisege: „Prisežem da ću svoju javnoovršiteljsku službu obavljati savjesno, pošteno i nepristrano, u skladu s Ustavom i zakonima Republike Hrvatske“.⁵

Javni ovršitelji su dužni za cijelo vrijeme obavljanja svoje javnoovršiteljske službe redovito se stručno usavršavati. Kako to ne bi ostalo samo slovo na papiru, javnoovršiteljska komora je dobila zadatak vođenja evidencije o redovitosti obuke javnih ovršitelja te o tome mora obavještavati Ministarstvo. Javnoovršiteljska mjesto određuje Ministarstvo, na temelju pribavljenog mišljenja Komore i županijskih

⁵ Ibid., čl. 16, st. 2.

sudova u Republici Hrvatskoj, vodeći računa o tome da na svakih osamdeset tisuća stanovnika bude najmanje dva javna ovršitelja, a na području svakog županijskog suda najmanje jedan javni ovršitelj. Javni ovršitelj mora imati ured u mjestu koje mu je određeno kao sjedište. Raspored službenih sjedišta javnih ovršitelja utvrđen je Pravilnikom o službenim sjedištima javnih ovršitelja.

1.3. PRESTANAK SLUŽBE JAVNOG OVRŠITELJA

Služba javnog ovršitelja prestaje:

- smrću (danom smrti),
 - kad navrši 70 godina života (navršenjem godina života),
 - otpustom iz službe na temelju pisanog zahtjeva javnog ovršitelja (istekom roka određenog u zahtjevu za otpust iz službe, odnosno u dan koji odredi ministar),
 - ako bude osuđen za kazneno djelo iz koristoljublja ili zbog teškog i osobito nečasnoga kaznenog djela za koje se goni po službenoj dužnosti, ili ako bude osuđen na bezuvjetnu kaznu zatvora dulju od šest mjeseci, ili ako mu bude izrečena zabrana obavljanja javnoovršiteljske službe (pravomoćnošću kaznene presude),
 - ako bez valjanog razloga ne započne s radom dana koji je Komora odredila za početak njegova rada (danom kojega je trebalo započeti s radom),
 - kad na temelju odluke stegovnog tijela izgubi pravo na obavljanje službe (pravomoćnošću odluke stegovnog tijela),
 - razrješenjem (pravomoćnošću odluke o razrješenju),
 - ako naknadno prestanu postojati uvjeti za imenovanje iz članka 14. ovoga Zakona, ili ako se naknadno utvrdi da uvjeti prigodom imenovanja nisu postojali,
 - ako ne položi prisegu u roku od dva mjeseca,
 - ako se zaposli, ako počne koristiti starosnu ili invalidsku mirovinu ili počne obavljati neku drugu službu bez odobrenja,
 - ako mu sudskom odlukom bude oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost,
 - ako usljed tjelesnog nedostatka, tjelesne ili duhovne slabosti ili zbog bolesti postane trajnije nesposoban za uredno obavljanje službe,
 - ako njegovi poslovni odnosi ili način vođenja njegovih poslova ugrožavaju interese stranaka,
 - ako ne produžava uredno svoje osiguranje od odgovornosti ili ne plaća naknadu za osiguranje Komori.
 - u slučaju stečaja (danom otvaranja stečaja).
- Ministar može javnog ovršitelja privremeno udaljiti iz službe:
- ako je protiv javnog ovršitelja pokrenut postupak za lišenje poslovne sposobnosti
 - ako je protiv javnog ovršitelja pokrenut postupak za razrješenje.
- Do privremenog udaljenja javnog ovršitelja iz službe dolazi po sili zakona

pokretanjem kaznenog postupka protiv njega, do pravomoćnog okončanja istog.⁶

Uz javne ovršitelje, javnoovršiteljsku službu mogu obavljati i javnoovršiteljski zamjenici, pomoćnici, službenici i vježbenici, te vršitelji dužnosti javnog ovršitelja. Javnoovršiteljski zamjenici su diplomirani pravnici koji su zaposleni u javnoovršiteljskom uredu i koji su upisani u upisnik javnoovršiteljskih zamjenika koji vodi Javnoovršiteljska komora. Javnoovršiteljski pomoćnici su, također, diplomirani pravnici upisani u upisnik kao pomoćnici. Zahtjeva se jedino još osamnaest mjeseci radnog staža na pravnim poslovima. Javnoovršiteljski službenici moraju imati najmanje srednju stručnu spremu, položen državni stručni ispit ili ispit propisan drugim zakonom ili općim aktom Javnoovršiteljske komore. Javnoovršiteljski vježbenici su diplomirani pravnici kod kojih se prilikom izbora naročito gleda na uspjeh postignut na pravnom studiju.⁷

1.4. POSLOVI JAVNOG OVRŠITELJA

Javni ovršitelj je ovlašten:

- provoditi ovrhu na temelju ovršnih isprava,
- obavljati dostavu svih sudskih pismena, ovršnih isprava i drugih isprava koje su vezane uz ostvarivanje pojedinih prava i obveza (prava iz radnog odnosa i dr.),
- obavljati na zahtjev stranke ili javnog bilježnika dostavu javnobilježničkih isprava i odluka,
- uručivati ovršne naloge, zapisnike, zaključke i druge isprave u vezi s provedbom ovrhe,
- obavljati identifikaciju stranaka i sudionika ovrhe,
- za potrebe provođenja ovrhe prikupljati podatke o imovini ovršenika,
- na zahtjev ovrhovoditelja, odnosno ovršenika posredovati među njima u svrhu postizanja sporazumnog rješenja,
- obavljati i druge radnje propisane Ovršnim ili drugim posebnim zakonom.

Nadalje, isti članak ZJO-a uređuje kako je javni ovršitelj u provođenju ovrhe također ovlašten: 1) ako ovršeniku najmanje tri mjeseca nije poznato boravište ili nije dostupan, a nema opunomoćenika, zatražiti od nadležnog centra za socijalnu skrb postavljanje posebnog skrbnika za provedbu ovrhe, 2) prilikom provedbe ovrhe zatražiti od policijskih službenika obavljanje službene radnje u skladu s odredbama OZ-a i drugih posebnih propisa, 3) radi poduzimanja ovršnih radnji angažirati javnog komisionara u skladu s odredbama OZ-a, 4) angažirati stručnu osobu iz redova stalnih sudskih vještaka, 5) izdati potvrde o europskom ovršnom nalogu u skladu s odredbama OZ-a.

Javni ovršitelj je dužan uredno voditi evidencije zaprimljenih prijedloga, bilješke (dnevnik) i zapisnike o svom radu, te financijske knjige.⁸

⁶ Ibid., čl. 14-28.

⁷ Ibid., čl. 70-78.

⁸ Ibid., čl. 51-66.

1.5. JAVNOOVRŠITELJSKA KOMORA

Glava deveta (od čl. 79. do čl. 87.) ZJO-a posvećena je uređenju pitanja ustroja i djelatnosti Javnoovršiteljske komore (dalje: Komora). Komoru čine svi javni ovršitelji, javnoovršiteljski zamjenici, javnoovršiteljski pomoćnici, javnoovršiteljski službenici i javnoovršiteljski vježbenici koji su upisani u njezine upisnike. Temeljna je zadaća Komore da čuva ugled, čast i prava svojih članova i skrbi se da javni ovršitelji savjesno i u skladu sa zakonom obavljaju svoje dužnosti, te da se redovito stručno usavršavaju. Tijela Komore su: Skupština, Upravni odbor i predsjednik Komore. Članovi Komore podliježu obvezi plaćanja članarine, a javni ovršitelji plaćaju i doprinos propisan Statutom Komore razmjerno visini prihoda.

Javni ovršitelj je dužan svake godine podnijeti izvješće o svom radu Ministarstvu nadležnom za poslove pravosuđa (dalje: Ministarstvo) i Komori, a izvješće mora sadržavati: 1) ukupan broj ovršnih predmeta u radu, 2) ukupan broj riješenih predmeta, 3) ukupan broj neriješenih predmeta, 4) odnos ukupnog iznosa novčanih sredstava ostvarenih u ovrhama i ukupnog iznosa potraživanja, te 5) druge podatke koje zatraži Ministarstvo ili Komora.

1.6. NADZOR NAD RADOM JAVNIH OVRŠITELJA

Rad javnih ovršitelja nadzire Ministarstvo koje može po službenoj dužnosti ili u povodu pritužbi zainteresiranih osoba odrediti pregled poslovanja Komore, pojedinih javnih ovršitelja, vršitelja dužnosti, javnoovršiteljskih zamjenika, javnoovršiteljskih pomoćnika, javnoovršiteljskih službenika i javnoovršiteljskih vježbenika te poduzeti potrebne mjere da se utvrđene nepravilnosti otklone i sankcioniraju.⁹ Za obavljanje pojedinih pregleda ministar može odrediti predsjednika općinskog ili županijskog suda na području kojega se nalazi sjedište Komore ili javnoovršiteljskog ureda. Nadzoru podliježe kako rad javnih ovršitelja tako i njihovo ponašanje.

Nadzor nad radom i ponašanjem javnih ovršitelja, vršitelja dužnosti, te javnoovršiteljskih zamjenika, javnoovršiteljskih pomoćnika, javnoovršiteljskih službenika i javnoovršiteljskih vježbenika obavljaju i Upravni odbor i predsjednik Komore. Statutom Komore može se odrediti postojanje i način rada tijela za nadzor javnoovršiteljske službe.¹⁰

Na taj je način propisan dvostruki nadzor nad javnoovršiteljskom službom, od strane Ministarstva i od strane Komore.

⁹ Ibid., čl. 88. st. 1.

¹⁰ Ibid., čl. 89. st. 1.

1.7. STEGOVNA ODGOVORNOST JAVNIH OVRŠITELJA

Za propuste u radu i ponašanju u svome radu javni ovršitelji odgovaraju, ne samo materijalno, već i stegovno. Javni ovršitelj stegovno odgovara ako u obavljanju javnoovršiteljske službe krši odredbe ovoga ili drugih zakona ili ako svojim ponašanjem vrijeđa čast i ugled javnoovršiteljske službe. U člancima od 92. do 108. ZJO-a riješena su pitanja o stegovnoj odgovornosti javnih ovršitelja.

1.8. NAGRADA ZA RAD

Javni ovršitelj ima pravo na nagradu za rad i na naknadu troškova u obavljanju službenih radnji iz svoga djelokruga u skladu s Pravilnikom o nagradi za rad i naknadi troškova koji donosi Komora uz suglasnost ministra.¹¹

2. PROVEDBA OVRHE KOD JAVNOG OVRŠITELJ

2.1. UVODNI DIO

U predstojećem dijelu rada nastojati ćemo iznijeti kratki prikaz provedbe ovršnog postupka pred javnim ovršiteljem. Prema čl. 2. OZ-a javni ovršitelj je, uz sud i javnog bilježnika, ovršno tijelo.

Iz odredbe čl. 2. st. 1. Zakona o javnim ovršiteljima vidljivo je kako javnoovršiteljska služba provodi ovrhu na temelju ovršnih isprava u skladu s odredbama Ovršnog zakona ili drugog posebnog zakona. Ovrha na temelju vjerodostojne isprave i dalje ostaje u nadležnosti javnih bilježnika.¹² Čl. 27. st. 1. OZ-a jasno navodi što se sve smatra vjerodostojnom ispravom.¹³

Sukladno gore rečenom, javni ovršitelji su ovlašteni provoditi ovrhu na temelju svih ovršnih isprava, osim ako Zakon ne propisuje drukčije. Ovršnim se ispravama u smislu Ovršnog zakona smatraju: 1. ovršna sudska odluka, 2. ovršna odluka arbitražnog suda, 3. ovršna odluka donesena u upravnom postupku, 4. ovršna javnoovršiteljska odluka, 5. ovršna javnobilježnička odluka ili isprava, 6. ovršna nagodba i 7. druga isprava koja je Ovršnim ili posebnim zakonom određena kao ovršna isprava. Ipak, iz nadležnosti javnih ovršitelja izuzete su, a u nadležnosti sudova ostaju: ovrha radi predaje djeteta roditelju, ovrha radi ostvarivanja susreta i druženja roditelja s djetetom, ovrha na temelju odluke stranog suda, domaćeg ili stranog arbitražnog pravorijeka, te kada je ovršnim ili nekim drugim zakonom propisano da ovrhu provodi sud.

¹¹ Ibid., čl. 109.

¹² Ovršni zakon, op. cit., (bilj. 2.), čl. 40. st. 1.

¹³ Vjerodostojna isprava je, prema OZ-u, račun, mjenica, ček s protestom i povratnim računima kada je to potrebno za zasnivanje tražbine, javna isprava, izvadak iz poslovnih knjiga, po zakonu ovjerovljena privatna sprava, te isprava koja se po posebnim propisima smatra javnom ispravom. Računom se smatra i obračun kamata.

2.2. NADLEŽNOST JAVNOG OVRŠITELJA

U ovršnom postupku javni ovršitelj je, uz javnog bilježnika, te iznimno sud, prvostupanjsko tijelo.¹⁴ U ovome dijelu rada nameće se pitanje koje su granice stvarne nadležnosti javnog ovršitelja. Odgovor na to pitanje nalazimo u čl. 39. st. 1. OZ-a „javni ovršitelj odlučuje o prijedlogu za provedbu ovrhe i provodi ovrhu radi ostvarenja ovrhovoditeljeve tražbine utemeljene na ovršnoj ispravi, osim ako zakonom nije izričito određeno da je za određivanje, odnosno provedbu ovrhe nadležan sud“.

Pitanja mjesne nadležnosti javnog ovršitelja regulirana su čl. 39. st. 2. OZ-a, pa je tako za provedbu ovrhe mjesno nadležan javni ovršitelj čije je sjedište u jedinici područne (regionalne) samouprave prema općemjesnoj nadležnosti za ovršenika, sukladno pravilima parničnog postupka o općemjesnoj nadležnosti¹⁵, osim ako posebnim zakonom nije drugačije određeno. Ukoliko je zatražena ovrha protiv više ovršenika, a za njih ne postoji mjesna nadležnost istog javnog ovršitelja, nadležan je javni ovršitelj koji je mjesno nadležan za jednog od ovršenika.¹⁶

Čl. 45. OZ-a daje, prema mišljenju nekih autora¹⁷, nepotpune odgovore na pitanja povrede pravila o mjesnoj nadležnosti javnih ovršitelja. Zakonodavac je navedenim člankom propisao kako će prijedlog za provedbu ovrhe na temelju ovršne isprave, a koji je podnesen javnom bilježniku, sudu ili mjesno nenadležnom javnom ovršitelju, sud bez odgode odbaciti. Nameće se logično pitanje kako će to sud odbaciti takav prijedlog ako je u prvostupanjskom postupku, prema Ovršnom zakonu, nadležno tijelo javni ovršitelj, odnosno javni bilježnik, uz iznimku suda kao prvostupanjskog tijela samo u situacijama predviđenim zakonom. Smatramo kako je u Ovršnom zakonu izostala potrebna odredba o tome na koji će se način takvi prijedlozi, koji su podneseni mjesno nenadležnom javnom ovršitelju, odbacivati.

2.3. KRATKI PREGLED OVRŠNOG POSTUPKA PRED JAVNIM OVRŠITELJEM

Prijedlog za provedbu ovrhe moguće je podnijeti javnom ovršitelju u pisanom ili usmenom obliku, a s time da svaki prijedlog treba sadržavati: zahtjev kojim se traži provedba ovrhe, naznaku ovršne isprave na temelju koje se traži ovrha, ovrhovoditelja i ovršenika, osobni identifikacijski broj stranaka te tražbinu čije se ostvarenje traži.¹⁸

¹⁴ Ovršni zakon, op.cit., (bilj.2.), čl. 9. st. 1.

¹⁵ v. Zakon o parničnom postupku NN 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, čl. 46. do 49.

¹⁶ Ovršni zakon, op.cit., (bilj. 2), čl. 39. st. 3.

¹⁷ Usp. Crnić, I.; Kako neosnovanim formaliziranjem ugroziti pravni položaj ovrhovoditelja (vjerovnika) *Hoće li novi ovršni propisi obeshrabriti investitore?*, Hrvatska pravna revija, siječanj 2011, str. 76.

¹⁸ Ovršni zakon, op.cit., (bilj. 2), čl. 35. st. 1.

Na ovome mjestu bismo trebali zastati jer osjećamo potrebu naglašavanja bitnog razlikovanja prijedloga za provedbu ovrhe od prijedloga za ovrhu na temelju ovršne isprave. Najbitnija je razlika u tome tko odlučuje povodom kojeg prijedloga. Tako je povodom prijedloga za provedbu ovrhe nadležno tijelo javni ovršitelj koji na temelju dopuštenog i osnovanog prijedloga za provedbu ovrhe donosi ovršni nalog. Za odlučivanje o prijedlogu za ovrhu na temeljnu ovršne isprave nadležan je sud koji svoju odluku o tom prijedlogu donosi u obliku rješenja o ovrsi.

Ukoliko javni ovršitelj, nakon zaprimanja prijedloga za provedbu ovrhe, ocijeni da je takav prijedlog dopušten i osnovan, donijeti će ovršni nalog i dostaviti ga strankama.¹⁹

Ukoliko javni ovršitelj ocijeni da prijedlog za provedbu ovrhe nije dopušten ili osnovan, takav će predmet proslijediti sudu radi donošenja odluke, te neće poduzimati daljnje radnje ukoliko prijedlog ne sadrži podatke sadržane u čl. 35. st. 1. OZ-a.²⁰

Prilikom odlučivanja o dopuštenosti odnosno osnovanosti podnesenog prijedloga za ovrhu, sud može ili zaključkom naložiti javnom ovršitelju da donese ovršni nalog (u slučaju da je prijedlog dopušten odnosno osnovan) ili kada utvrdi da je prijedlog za provedbu ovrhe nedopušten ili neosnovan, rješenjem takav prijedlog odbaciti, odnosno odbiti.²¹ Zakon predviđa rok od trideset dana za donošenje odluke o dopuštenosti odnosno osnovanosti prijedloga za ovrhu.²²

Mišljenja smo kako će buduća praksa postupanja javnih ovršitelja pokazati svu strogoću, odnosno krutost odredbe čl. 46. st. 2. OZ-a, jer se na taj način ovrhovoditelja stavlja u nepovoljan položaj. Također, ta odredba OZ-a zasigurno ne pridonosi efikasnosti provedbe ovršnog postupka, a što je i bila namjera prilikom donošenja novog Ovršnog zakona.²³ Smatramo kako bi zakonsko rješenje kojim se dopušta naknadna nadopuna nepotpunog prijedloga za ovrhu, bilo mnogo djelotvornije u smjeru postizanja veće učinkovitosti provedbe samog ovršnog postupka.

Nakon što je dobio ovršni nalog, javni ovršitelj će provesti ovrhu tako da osobama i tijelima koja provode ili sudjeluju u provedbi ovrhe dostavi ovršni nalog.²⁴ Sadržaj ovršnog naloga propisan je čl. 37. st. 1.²⁵ Sredstva i predmete ovrhe kao i druge podatke za provedbu ovrhe određuje javni ovršitelj po prijedlogu ovrhovoditelja i po službenoj dužnosti, neovisno od sredstava i predmeta ovrhe koje je pred-

¹⁹ Ibid. čl. 46. st. 1.

²⁰ Zakon o javnim ovršiteljima, loc. cit., (bilj. 9).

²¹ Ovršni zakon, op. cit., (bilj. 2), čl. 46. st. 2.

²² Ibid., čl. 46. st. 3.

²³ Zakon o javnim ovršiteljima, loc. cit. (bilj. 6).

²⁴ Ovršni zakon, op. cit., (bilj. 2), čl. 47. st. 1.

²⁵ „U ovršnom nalogu mora biti naznačena ovršna isprava na temelju koje se ovrha određuje, ovrhovoditelj i ovršenik, osobni identifikacijski broj stranaka, tražbina koja se ostvaruje, sredstva i predmeti ovrhe, te drugi podaci potrebni za provedbu ovrhe“.

ložio ovrhovoditelj.²⁶ Iznimka od ove zakonske odredbe napravljena je u čl. 47. st. 4. „iznimno od stavka 1. ovoga članka i članka 37. stavka 1. i 2. ovoga Zakona, na prijedlog ovrhovoditelja ili po službenoj dužnosti, javni ovršitelj može ovršnim nalogom odlučiti da se ovrha provodi na ovršenikovoj imovini koja može biti predmet ovrhe, bez navođenja sredstva i predmeta ovrhe“. Nakon što ovršenik primi ovršni nalog u kojemu nisu naznačena sredstva i predmet ovrhe, nema pravo poduzimati nikakva raspolaganja imovinom bez suglasnosti javnog ovršitelja, a ukoliko ih poduzme ona neće imati nikakav pravni učinak.²⁷

U ovome dijelu rada, u kojemo izlažemo zakonska rješenja oko samog načina provedbe ovrhe pred javnim ovršiteljem, svakako nam se čini zanimljiva odredba čl. 37. st. 2. OZ-a „ako se ovršnim nalogom radi namirenja ovrhovoditeljeve tražbine nalaže prijenos novčanih sredstava s ovršenikovog računa ili računa bilo koje treće osobe, novčana sredstva prenose se na poseban račun javnog ovršitelja koji mora biti naznačen u ovršnom nalogu, osim ako posebnim zakonom nije drugačije određeno.“ Tako uplaćena novčana sredstva javni ovršitelj je dužan odmah prebaciti na račun ovrhovoditelja, a najkasnije prvi sljedeći radni dan nakon što su novčana sredstva sjela na njegov zaseban račun, osim u slučaju bolesti ili drugih opravdanih razloga, ali ne dulje od petnaest dana.²⁸ Ne vidimo nijedan valjani razlog zašto se novčana sredstva, koja u trenutku prijenesa na račun javnog ovršitelja, već pripadaju ovrhovoditelju, ne uplaćuju izravno na račun ovrhovoditelja. Srećom, sigurnost tih novčanih sredstava višestruko je zajamčena kroz nekoliko odredbi ZJO-a. Tako zasebni računi javnog ovršitelja ne mogu biti predmet ovrhe na temelju ovršne ili vjerodostojne isprave protiv javnog ovršitelja kao ovršenika.²⁹ Također sigurnost je zajamčena kroz odredbe o obveznom osiguranju od odgovornosti javnih ovršitelja, te odredbe o odgovornosti za štetu.³⁰

Protiv donesenog ovršnog naloga ovršenik ima pravo na žalbu. Žalbu je moguće podnijeti zbog: 1) bitne povrede ovršnoga postupka, 2) pogrešne primjene materijalnog prava, 3) iz razloga kojim osporava postojanje ili ispunjenje ovrhovoditeljeve tražbine na temelju činjenice koja je nastala u vrijeme kad je ovršenik više nije mogao istaknuti u postupku iz kojeg potječe odluka, odnosno nakon zaključenja sudske ili upravne nagodbe ili sastavljanja, potvrđivanja ili ovjeravanja javnobilježničke isprave, te 4) iz razloga kojim osporava dopuštenost ovrhe.³¹

Iz niza ostalih odredbi koje nalazimo u OZ-u, a tiču se postupka ovrhe pred javnim ovršiteljem, izdvojili bismo još jednu. To je odredba čl. 120. st. 4. OZ-a kojom je određeno kako će se postupak ovrhe na novčanoj tražbini obustaviti, kada u roku od godine dana ovrhovoditelj ne bude namiren, a javni ovršitelj kao ovršno

²⁶ Ibid., čl. 37. st. 2.

²⁷ Ibid., čl. 47. st. 5.

²⁸ Zakon o javnim ovršiteljima, op.cit., (bilj. 3.), čl. 7. st. 2.

²⁹ Ibid., čl. 7. st. 6.

³⁰ V. čl. 40. i 41 Zakona o javnim ovršiteljima.

³¹ Ovršni zakon, op.cit. (bilj. 2.), čl. 49. st. 1.

tijelo u tom roku ne zahtijeva da se nastavi provoditi ovrha. U takvoj će situaciji Financijska Agencija (FINA) postupiti kao po pravomoćnom rješenju o obustavi ovrhe. Svakako da ova odredbe ne ide u prilog jačanja pozicije ovrhovoditelja u ovršnom postupku, jer je inzistiranjem na toj odredbi jedino ovrhovoditelj taj koji snosi posljedice nemogućnosti prisilne naplate novčanih tražbina. Ne trebamo posebno napominjati kako ovrhovoditelj prilikom pokretanja novog ovršnog postupka, ne izbjegava obvezu ponovnog plaćanja javnoovršiteljskih pristojbi.

3. ZAKLJUČAK

Ovršni postupak je dugo bio jedan od razloga neefikasnosti hrvatskog pravosuđa iako su postojali brojni pokušaji unapređenja pomoću novela Ovršnog zakona. Donošenjem Zakona o javnim ovršiteljima, javni ovršitelj je postao novi institut hrvatskog pravnog sustava. Javni ovršitelj provodi ovrhu na temelju ovršne isprave u svim situacijama, osim kada je zakonom utvrđeno da takvu ovrhu provodi sud. Prijedlog za podnošenje ovrhe podnosi se mjesno nadležnom javnom ovršitelju, u pisanom ili usmenom obliku. Po dopuštenom i osnovanom prijedlogu za provedbu ovrhe, javni ovršitelj donosi ovršni nalog. Pošto većina odredbi Zakona o javnim ovršiteljima stupa na snagu 01. siječnja 2012. godine, tek nam predstoji za vidjeti kakvu će ulogu javni ovršitelji zauzeti u ovršnom sustavu Republike Hrvatske i hoće li biti, iako smo uvjerenja da je tako, snažan iskorak prema učinkovitom i brzom postupku ovrhe.

Summary

Enforcement proceedings has long been one of the reasons for the inefficiency of the Croatian justice system, although there have been numerous attempts to improve with the novels of Enforcement Act. The adoption of the public enforcement officers, public bailiff became the new institute of the Croatian law system. Public bailiff carried out the execution based on the writ of execution in all situations except when the law provided that such enforcement is carried out by the court. Proposal for submission of execution shall be submitted to the local competent public bailiff, in written or oral form. Writ of execution is passed when distraint or submit established and allowed proposal for submission of execution. Since most of the provisions of the Public enforcement officers Law come into force on 01 January 2012., it's just ahead of us to see what role will the public bailiffs take in the Croatian enforcement system. We believe that this new Law is a strong step towards the effective and swift enforcement proceedings.

**ПРАВНИ ЛЕКОВИ И ПРАВНА СРЕДСТВА У
ГРАЂАНСКОМ ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ У
РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ И РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ
- СЛИЧНОСТИ И РАЗЛИКЕ -**

Вукашин Д. Ристић*

***Апстракт:** У реферату су обрађени институти правних лекова и правних средстава прописани важећим законима о извршном поступку Републике Србије и Републике Српске, као и новим Законом о извршењу и обезбеђењу Републике Србије чија примена ускоро почиње.*

Указано је на појам, врсте, суштину и правни значај ових института, и извршено њихово упоређење у Републици Србији и Републици Српској, те иницирана идеја да се исти усагласе, ради остваривања основних начела и циљева наведених закона.

Изнета је суштина новог института – приватног извршитеља, који се уводи у поступак извршења и обезбеђења у Републици Србији новоусвојеним Законом о извршењу и обезбеђењу, паралелно са судским извршењем (извршењем од стране судских извршитеља).

Принудно извршење и принудно обезбеђење правноснажних судских одлука и одлука других државних органа треба да се спроводи на рационалан и ефикасан начин, ради намирања потраживања поверилаца стечених по тим одлукама, уз примену одговарајућих средстава према лицима (дужницима) на којима лежи измирење обавеза утврђених истим одлукама.

***Кључне речи:** Извршни поступак, поступак обезбеђења; Република Србија, Република Српска; редовни правни лекови, жалба, приговор; ванредни правни лекови; правна средства; судски извршитељ; приватни извршитељ.*

Правила о извршењу и обезбеђењу у грађанскоправној области у бившој савезној држави примењивала су се јединствено све до октобра 1978. године, када је, по први пут, донет савезни Закон о извршном поступку, који је био у примени до краја деведесетих година прошлог века, од када је отпочело

* Вукашин Д. Ристић, адвокат, председник Удружења правника Београда.

издвајање и осамостаљивање њених чланица у независне државе, које су самостално уређивале свој правни систем, па и у овој области.

Република Србија, као чланица бивше СРЈ, са Републиком Црном Гором, донела је Закон о извршном поступку у јулу 2000. године, који се примењивао до фебруара 2005, када је почела примена новог Закона о извршном поступку, важећег и данас. Недавно, у мају ове године, Србија је донела нов закон у овој области, са нешто измењеним називом – *Закон о извршењу и обезбеђењу*, уместо ранијих, традиционалних назива – Закон о извршном поступку. Закон је ступио на снагу 17. маја текуће године, а примењиваће се по протеклу четири месеца од ступања на снагу, изузев одредаба о приватном извршитељу, које ће се примењивати по протеклу једне године од дана ступања на снагу.

С обзиром на блиске и развијене односе између Србије и Републике Српске у свим сферама друштвеног, економског и правног живота, те овлашћењима да самостално законодавно уређују област правосуђа, од међусобног значаја и вишеструке користи је да се укратко упознамо са приказом начина уређивања правних лекова и правних средстава у законима о извршном поступку две републике.

Република Српска донела је Закон о извршном поступку 2003. године, са каснијим изменама, који је и данас у примени. Указујући на сличности и разлике у начину уређивања појединих питања у овој материји, верујемо да ће се убудуће уложити потребни напори да се њиховим неформалним усаглашавањем, и у практичној примени постићи најоптималнија решења и ефекти, у овој важној правосудној делатности.

У законима који уређују област извршења и обезбеђења традиционално постоји одредба о сходној, односно одговарајућој примени одредаба важећег закона о парничном поступку, када поједина питања нису изричито уређена тим законима. Те одредбе упућују судове који одређују и спроводе принудно извршење, на сходну примену одредаба парничног поступка, што би требало да значи да се и у извршним и поступцима обезбеђења ради о примени правила парничног поступка (ограниченој), те да се тиме дају смернице судовима како у тим случајевима да поступају. С друге стране, одредбе о сходној примени парничног поступка могу да имају и негативан утицај на примену правила о извршењу и обезбеђењу, у смислу мериторног упуштања и утврђивања чињеница, које се у тим поступцима не би могле и не би смеле утврђивати те њихова законитост поново оцењивати. Такво поступање судова који одређују и спроводе извршење, водило би одуговлачењу поступка, чиме се доводи у питање остваривање основних начела ових поступака, који се, ипак, битно разликују од основних начела у парничном поступку. У парничном поступку све је неизвесно и могуће до правноснажног окончања истог. У поступку извршења отклоњене су многе неизвесности пре његовог отпочивања, поверилац има извршну исправу коју треба принудно спровести, јер је дужник није хтео на вољан начин да спроведе. Зато држава, у виду извршних судова, а у последње време и у виду приватних извршитеља, мора да се стави на страну

поверилаца, водећи свакако рачуна да не повреди основна (процесна) права дужника. И права дужника дакле морају да се штите на законит, једнак и правичан начин, али у објективно ограниченом обиму у односу на права поверилаца, која су раније већ стечена. Зато одредба о начелу формалног легалитета, како у сада важећем Закону о извршном поступку Републике Србије, тако и у новом Закону о извршењу и обезбеђењу, обавезује суд да донесе решење о извршењу и предузима радње извршења, када су за то испуњени формални услови. То начело треба примењивати у складу са основним интенцијама и циљевима закона који уређују ову област, јер оно, у суштини, упозорава судове који одређују и спроводе извршење, да избегну прекомерну сходну употребу правила парничног поступка.

У складу са напред наведеним схватањем о суженој и ограниченој примени правила парничног поступка у поступку извршења и обезбеђења, уређена су и правила о врсти, садржини и правном дејству правних лекова и правних средстава у овим поступцима, који по природи ствари морају да буду различити од оних који су прописани у парничним поступцима. По себи се подразумева да ће поступци извршења и обезбеђења краће трајати и да ће се ефикасније спроводити и окончавати, уколико тих правних средстава буде мање, односно уколико буде мање злоупотреба њиховог коришћења, у пракси скоро искључиво од стране дужника.

Могло би се у том смислу закључити, да је Република Србија, доносећи у ипак релативно кратком временском периоду већи број ових закона, придавала не мали значај овом питању, на који начин да се уреди постојање, правно дејство и правни значај правних лекова и правних средстава у поступку извршења и обезбеђења, а да тиме не доведе у питање основна процесна права свих субјеката, посебно оних на којима лежи исуњење неке обавезе у било ком виду.

У даљем излагању укратко ћемо се осврнути на начин уређивања ових питања по још увек важећем Закону о извршном поступку Републике Србије, затим на који начин су иста уређена по Закону о извршном поступку Републике Српске, да бисмо потом дали сажетији приказ уређења ових института по новом Закону о извршењу и обезбеђењу Републике Србије.

а) Важећи Закон о извршном поступку Републике Србије, у поступку извршења и обезбеђења, као редовне познаје правне лекове жалбу и приговор. Жалба се подноси против сваког решења донетог у првом степену, осим ако је самим законом прописано да жалба није дозвољена. Приговор се подноси против решења о извршењу донетог на основу веродостојне исправе, против решења о извршењу донетог у скраћеном поступку, као и против решења о упису у књигу извршних дужника, код продуженог поступка извршења ради наплате новчаног потраживања. Рок за подношење ових правних лекова износи три дана од дана достављања решења. За разлику од приговора, жалба не одлаже извршење решења, осим ако сам закон другачије није одредио.

У одредбама овог закона које се односе на жалбу, прописано је правило да о жалби одлучује другостепени суд, осим у случају када је првостепени суд овлашћен да сам одлучи о жалби извршног дужника изјављеној против решења о извршењу, ако оцени да је иста основана, када може да укине решење о извршењу и спроведене радње, као и да извршење обустави у целини или делимично. На то решење може се изјавити (нова) жалба, о којој одлучује другостепени суд. Прописани су разлози за изјављивање жалбе, који спречавају извршење, али који нису таксативно набројани, јер је остављена могућност да се жалба може поднети и из других разлога, који би могли довести до обуставе, односно „спречавања“ извршења.

У односу на **жалбу извршног дужника** против решења о извршењу, прописан је поступак обавезног достављања исте извршном повериоцу на одговор у року од три дана, након чега се списи предмета достављају другостепеном суду на одлуку, уколико првостепени суд сам не одлучи о тој жалби, ако оцени да је основана. Првостепени суд је, у овом случају, овлашћен да закаже рочиште и расправља о жалби, уколико не поступи на другачији начин. У осталим случајевима изјављивања жалбе на првостепено решење иста се не доставља противној страни на одговор, а уколико је жалба неблаговремена, непотпуна или недозвољена, првостепени суд ће је решењем одбацити. Закон није прописао рокове у којима првостепени суд треба да одлучи о жалби за коју нађе да је основана, нити рок у коме је дужан да жалбу са списима предмета достави другостепеном суду на одлуку.

На овај начин, закон је поново у поступак увео жалбу као редовни правни лек, о коме одлучује другостепени суд, с обзиром да ранији Закон о извршном поступку из 2000. године, жалбу као правни лек није познавао.

Приговор као редовни правни лек, може се поднети у напред наведеним случајевима и исти, да би имао правно дејство које му закон придаје, мора бити образложен. Приговор нема суспензивно дејство, а о истом одлучује веће од троје судија истог суда. На одлуку већа по правилу се може изјавити жалба, о којој одлучује другостепени суд. Не располажемо подацима какви су резултати постигнути у пракси трговинских (сада привредних) судова у Републици Србији у вези са уређивањем посебних поступака извршења у трговинским и са трговинским повезаним стварима, као и са тзв. скраћеним извршним поступком (одредбе дела петог, глава прва и глава друга, чл.242 – 259. важећег Закона о извршном поступку), за протекли период његове примене. У сваком случају, закључујемо да очекивани резултати у овом домену нису постигнути, па су те одредбе у целини изостале из новог закона, тако да постоји јединствени поступак одређивања и спровођења извршења по основу веродостојних исправа. Нама се чини да су те посебне одредбе биле непотребне, јер су усложавале и онако сложену и „гломазну“ процедуру у вези са одређивањем и спровођењем принудног извршења у тој области и инклинирале су према примени материјалног права, што није сврха овог, у суштини процесног закона.

У поступку извршења и обезбеђења, већ по традицији нису дозвољени ревизија и понављање поступка, као ванредни правни лекови.

У овом закону сужена је и примена осталих правних средстава, карактеристичних за парнични поступак, што је као што је већ истакнуто, последица различитих циљева и основних начела ових закона.

У односу на **изузеће судије** у овим поступцима прописано је да се захтев може поднети најкасније до истека рока за подношење правног лека (жалбе и приговора) на решење о извршењу, уз сходну примену одговарајућих одредаба о овом институту у Закону о парничном поступку. **Враћање у пређашње стање** дозвољено је само због пропуштања рока.

Треће лице које у поступку извршења или обезбеђења остварује неко право или правни интерес, а није странка у поступку, и које сматра да у погледу предмета извршења има право које спречава извршење, има право, све до окончања извршног поступка, да изјави приговор којим тражи да се извршење на том предмету прогласи недопуштеним. Прописан је поступак у вези са подношењем таквог приговора, зависно од чињенице да ли извршни поверилац то право трећем лицу оспорава или не. Подношење приговора не спречава суд да спроводи извршење. Треће лице може да покрене парнични поступак против извршног повериоца ради остварења свог права о недопустивости извршења на одређеном предмету и без упућивања суда, с тим да то не обавезује суд који спроводи извршење да исто одлаже.

Закон је прописао и могућност **одлагања извршења** на предлог извршног повериоца, извршног дужника, као и трећег лица. Заједничко за све разлоге одлагања је у чињеници да би, посебно извршни дужник, спровођењем извршења учесник у поступку претрпео ненадокнадиву или тешко надокнадиву штету, уз обавезу извршног дужника односно трећег лица да положи јемство и тиме обезбеди извршног повериоца од наступања веће штете у случају одлагања извршења. Извршење се одлаже на одређено време и исто може бити настављено и по службеној дужности по истеку времена за које је одложено.

б) Закон о извршном поступку Републике Српске прописује као редовне правне лекове **приговор и жалбу**, уколико истим законом њихова употреба није искључена. Против сваког решења донетог у првом степену може се изјавити приговор, а жалба се може изјавити само када је то наведеним законом предвиђено. Приговор се подноси у року од осам дана и о истом одлучује суд који је донео решење о извршењу. Решење о приговору доноси судија појединац (чл. 49. ст. 1. Закона), против којег се може изјавити жалба у истом року, о којој одлучује другостепени суд.

По правилу, приговор и жалба не задржавају ток извршног поступка, али се намирење тражиоца извршења одлаже до доношења одлуке првостепеног суда по приговору. Изузетно, ако је извршном исправом одређена обавеза издржавања или ако се ради о извршењу које се спроводи наплатом потраживања са рачуна правног лица у корист имаоца таквог рачуна, може доћи до намирења тражиоца извршења пре доношења одлуке по приговору.

Уколико се против решења првостепеног суда приговор не изјави у року, или се исти као неоснован одбије, такво решење постаје извршно и правноснажно, а уколико је дозвољена жалба на такво решење, па иста није изјављена у року или буде одбијена као неоснована, такво решење постаје правноснажно.

Овај закон прописује да у поступку извршења и обезбеђења **употреба ванредних правних лекова није дозвољена** (Видели смо да је по Закону о извршном поступку Републике Србије против ових одлука дозвољена само употреба захтева за заштиту законитости, као ванредни правни лек).

У односу на остала правна средства која су прописана овим законом, треба подсетити на одредбу из чана 21. став 1. којом је предвиђено да се у извршном поступку на одговарајући начин примењују одредбе закона о парничном поступку, ако тим или другим законом није другачије одређено. То значи да је употреба тих правних средстава на одговарајући начин дозвољена и у овом поступку, као и у парничном поступку, изузев оних које овај закон на посебан начин регулише.

Изузеће судије, као правно средство, може се захтевати најкасније до одлуке суда по приговору, а изузеће службеног лица до преузимања прве радње у извршном поступку.

Овај закон познаје **приговор трећег лица**, које може исти поднети под одређеним условима до довршетка извршног поступка, тражећи да се извршење на одређеном предмету прогласи недопуштеним у обиму у којем су права тог лица захваћена извршењем. Подношење приговора не спречава спровођење извршења и намирање потраживања тражиоца извршења, ако овим законом није другачије одређено. Суд доставља приговор странкама да се у року од осам дана о основаности истог изјасне. О приговору суд одлучује у извршном поступку или треће лице упућује на парницу, да то своје право докаже. Зависно од низа околности конкретног случаја суд одлучује и о предлогу трећег лица за одлагање извршења, с тим што упућивање на парницу не повлачи одлагање извршења само по себи.

Повраћај у пређашње стање по овом закону је дозвољен само због пропуштања рока за приговор и жалбу на извршно решење о извршењу (чл. 14. ст. 2).

Правно средство одлагање извршења предвиђено је само на предлог тражиоца извршења, и то потпуно или деимично, у зависности од тога да ли је спровођење извршења отпочело или не, као и од става извршеника о том предлогу. Предлог за одлагање извршења се не може ставити након истека рока у коме је морао бити поднет. Одложено извршење се наставља на предлог тражиоца извршења, који се мора поднети у року од 30 дана по истеку рока за који је било одложено. У противном, ако тај рок протекне, поступак извршења се обуставља.

Овај закон, на крају, познаје термин „**довршење извршења**“, за које се сматра да настаје правноснажношћу одлуке о одбацивању или одбијању пред-

лога за извршење, спровођењем извршне радње којом се извршење довршава или обуставом извршења (чл. 64. закона).

Из овог краћег приказа начина уређења правних лекова и правних средстава у наведеним законима могао би да се изведе закључак да су нека од њих уређена на истоветан, односно сличан начин, али да има и оних која су уређена на различите начине. По себи се разуме да је воља законодавца била мотивисана истим циљевима, да се на једној страни поштују процесна права учесника поступка, а са друге стране, да се њиховом прекомерном употребом (и злоупотребом) не доведе у питање ефикасно и благовремено намирење утврђених потраживања поверилаца.

У оба закона предвиђена је, као основно начело, **двостепеност одлучивања**, да о одлукама првостепених судова по редовном правном леку одлучују другостепени судови, чија је одлука правноснажна. У Србији предност је дата жалби као редовном правном леку, у односу на приговор, док је у Републици Српској случај обрнут, предност је дата приговору у односу на жалбу. У првом случају, правило је да се против сваког решења првостепеног суда може изјавити жалба у року од три дана, о којој, по правилу, одлучује другостепени суд. Жалба се не доставља на одговор противној страни, осим када се ради о жалби на решење о извршењу које је донето по основу извршне исправе. У другом случају, по закону Републике Српске, правило је да се против сваког решења првостепеног суда може изјавити приговор у року од осам дана о којем одлучује судија појединац истог суда који је донео решење. Против решења по приговору може се изјавити жалба у истом року, о којој одлучује другостепени суд. Само у случају када се приговор изјави против решења о извршењу прописан је поступак обавезног достављања приговора на одговор супротној страни, у року од три дана од дана достављања.

По закону Републике Србије, судија појединац првостепеног суда је овлашћен да, када је жалба основана, мериторно о истој одлучи без одржавања рочишта, или да закаже рочиште и да расправља о жалби, дакле **није у обавези да о „основаној“ жалби одлучи**, већ је може са списима предмета доставити другостепеном суду на одлуку. По закону Републике Српске судија појединац првостепеног суда је **обавезан да о приговору одлучи**, пошто о приговору на решење првостепеног суда другостепени суд није овлашћен да одлучује.

Подсећамо да је по овом закону Србије прописано да се о предлогу за извршење **мора одлучити у року од три дана** по пријему, а није прописано у ком року се о жалби на решење о извршењу мора одлучити, како од стране првостепеног, тако и од стране другостепеног суда. По закону Републике Српске прописана је обавеза суда да о предлогу за извршење **одлучи у року од осам дана, а о приговору у року од 15 дана** од испуњавања услова да се о приговору одлучи (члан 15. закона). Република Србија прописала је **санкције за судије** који се не придржавају овог рока, одређујући да се непоступање по истом сматра несавесним и нестручним, у смислу одредаба Закона о судијама,

док у наведеним одредбама закона Републике Српске, такве, односно сличне санкције, нема.

У односу на уређивање питања **правних средстава** која су учесницима ових поступака стављена на располагање, **у оба закона се сходно**, односно одговарајуће, примењују одговарајуће **одредбе важећих закона о парничном поступку**, уколико нека од њих нису овим законима посебно регулисана. Видели смо да се та питања односе на изузеће судија, повраћај у пређашње стање, приговор трећих лица о недопустивости извршења на одређеним предметима, одлагање извршења и др., и да је учесницима у овим поступцима дата мања могућност њиховог коришћења, него што је то случај у парничном поступку, што је разумљиво и што би, уз извесне рестрикције коришћења правних лекова, морало да допринесе ефикаснијем вођењу и краћем трајању ових поступака.

Сматрамо да чињеница о недопустивости коришћења ванредних правних лекова у овим поступцима, како је прописано законом Републике Српске, и допустивости коришћења захтева за заштиту законитости, како је прописано још увек важећим законом Републике Србије, није од битног значаја за трајање и исход ових поступака, јер је изменама Закона о парничном поступку Републике Србије употреба овог правног лека сведена на симболичну, те скоро да и нема случајева да се исти може употребити и у парничном поступку.

в) Правни лекови и правна средства у Закону о извршењу и обезбеђењу Републике Србије

Речено је да је Република Србија донела нови Закон о извршењу и обезбеђењу, са почетком примене од 17. септембра 2011. године, изузев одредаба о приватним извршитељима, које ће се примењивати од 17. маја 2012. године.

Разлози за доношење новог закона су бројни, али би се могло закључити да је основни разлог у чињеници да се у систем принудног извршења и обезбеђења у грађанскоправној области, **уводи паралелни систем начина спровођења** (делимично и одређивања) извршења, преко нових субјеката, са јавним карактером – **приватних извршитеља**. На први поглед, не делује уверљиво да ће се на овај начин побољшати укупно стање у односу на неподношљиву неажурност судова у спровођењу правноснажних и извршних судских одлука и одлука других државних органа, спровођењем извршења од стране приватних лица - извршитеља, за која закон прописује да врше јавна овлашћења која су им поверена овим законом, обављају делатност као предузетници или чланови ортачких друштава, а именована су од стране надлежног министра за подручје основног суда и за подручје привредног суда (чл. 312. овог закона).

Искуства не малог броја европских земаља, међутим, које су у своје правне системе увеле овај начин спровођења принудног извршења (у већини земаља као паралелан постојећем судском систему), оправдавају увођење

овог института. Оправдано је очекивати да ће се укупно стање у овој области увођењем приватних извршитеља у спровођењу и окончавању нерешених предмета, видно поправити, уз опаску да је почетак обављања њихове делатности, без оправданих разлога, одређен тек за годину дана од дана ступања на снагу овог закона.

У одељку о Општим одредбама о поступку по правном леку (чл. 39 – 49), овај Закон прописује да је **приговор (једини) правни лек** у поступку извршења и обезбеђења. Против решења првостепеног суда може се изјавити приговор у року од пет радних дана од дана достављања решења, а суд је дужан да о приговору одлучи у року од пет радних дана, ако законом није другачије одређено. На решење о извршењу донето на основу извршне исправе странке могу да поднесу приговор, који по правилу не одлаже извршење. О том приговору одлуку доноси **веће састављено од троје судија истог суда** који је одлучивао у првом степену.

Закон је предвидео могућност да **судија појединац може мериторно да одлучује о приговору** извршног дужника на решење о извршењу донето на основу извршне исправе, када оцени да је приговор основан. У том случају, судија може приговор усвојити, укинути решење о извршењу, обуставити извршење у целини или делимично и укинути спроведене радње (чл. 44. ст. 1. закона). Ова одредба практично је преузета из важећег закона у односу на одлучивање судије првостепеног суда о жалби на решење о извршењу (чл. 19. ст. 1. важећег закона).

Новина је у томе да се ово овлашћење суда односи и на случај када судија оцени да је приговор извршног повериоца на решење о извршењу, у односу на трошкове извршења или на решење у целини када је његов предлог за извршење одбијен односно одбачен, основан, па ће судија, уважавајући приговор, решење у побијајућем делу укинути и поново одлучити о предлогу за извршење, односно о трошковима извршења.

Против решења судије у оба ова случаја, може се изјавити приговор о коме одлучује веће истог суда.

Када се ради о приговору који је неблаговремен, непотпун или недозвољен, судија појединац првостепеног суда је овлашћен да исти решењем одбаци.

У закону није посебно прописано да о приговору на решење првостепеног суда коначно, у другом степену, одлучује веће састављено од троје судија истог суда, али се такав закључак несумњиво изводи из одредбе истог закона у члану 5. ст. 1. којом се прописује да извршни поступак у првом степену води и одлуке доноси судија појединац, а у другом степену веће састављено од троје судија истог суда, ако овим законом није другачије одређено.

У односу на приговор као редовни правни лек, али само на онај који се подноси против решења о извршењу, закон је прописао разлоге за подношење истог, таксативно побројане, тако да би се могло закључити да се исти не може поднети и из неких других разлога, који “спречавају извршење”, како је то,

у односу на жалбу, до сада по важећем закону, постојала могућност/ члан 42 новог закона и чл. 15 сада важећег /.

Закључујемо према томе, да је из новог закона у потпуности изостављена жалба као правни лек, а тиме и могућност другостепеног суда да у било ком поступку у овој области оцењује правилност и законитост одлука првостепеног суда. Овакво решење постојало је и у Закону о извршном поступку Републике Србије из 2000. године, које је било изложено критичком виђењу, како од стране правне теорије, тако и од стране праксе. Ово, из разлога што се сматрало да се на овакав начин, ускраћивањем могућности да у поступку мериторно учествује и другостепени суд, грубо повређује уставно начело о двостепености поступка, из чл. 36. ст. 2. Устава Републике Србије, по коме о појединачним правима и обавезама субјеката мора да одлучује и другостепени орган. Иако је, колико је познато, овакво схватање преовлађајуће, ближи смо уверењу да се на овај начин не повређује наведено уставно начело (о праву на жалбу), јер је дозвољено и могуће да се у оквиру истог (државног) органа, **успостави двостепеност**, те, дакле, да се не вређају Устав и закон уколико о приговору на одлуку првостепеног суда коначно одлучује исти суд у другом степену, у зборном саставу (тзв. ИП веће).

У новом закону остала је одредба из важећег закона да против правноснажног решења у поступку извршења и обезбеђења **нису дозвољени ревизија ни понављање поступка**.

У односу **на рокове за поступање** у овим поступцима, у битноме су задржана решења из важећег закона, с тим што је, као општи рок за предузимање одређених радњи, прописан рок од пет радних дана, колики је рок и за доношење одлуке о предлогу за извршење, као и о обавези првостепеног суда да одлучи о поднетом приговору, уколико законом није другачије одређено. Санкционисано је непоступање судије по поднетом приговору, као несавестан рад судије (чл. 39 ст. 5 закона).

У односу на **правна средства** која у овим поступцима учесници поступка могу да користе, углавном су задржана ранија решења, с тим што је прописано **да враћање у пређашње стање није дозвољено**, као ни одређивање другог стварно или месно надлежног суда (**делегација надлежности**). Такође је прописано да се **не може тражити изузеће председника суда, судског извршитеља и извршитеља**, те да захтев за изузеће судије, који се може поднети најкасније до истека рока за доношење одлуке о приговору на решење о извршењу, не одлаже извршење. Чланом 6. ст. 2. закона прописано је да у овим поступцима **одлагање извршења и обезбеђења није дозвољено**, осим ако законом изричито није прописано другачије.

Закључујемо да се битна новина, осим оне која се односи на увођење приватних извршитеља у систем спровођења извршења паралелно са судским извршењем, односи на **изостављање жалбе** као правног лека у овим поступцима, и немогућност другостепених судова да поводом изјављивања правног

лека на одлуке првостепених судова, мериторно учествују у поступку. Пракса ће показати оправданост и сврсисходност оваквог решења, наравно уз стриктну примену ових одредаба, те имајући у виду и очекивања да ће се највећи обим извршења обављати преко приватних извршитеља.

г) Извршитељи

Закон о извршењу и обезбеђењу Републике Србије, у делу седмом (чл. 312–357), детаљно уређује питања принудног спровођења извршења преко приватних, професионалних лица – извршитеља. У овом стадијуму поступка принудног извршења и обезбеђења уводи се у правни систем, **паралелно са принудним спровођењем извршења преко судова**, спровођење правноснажних и извршних судских одлука и одлука других државних органа, преко ових лица.

Анализом стања у овој материји упоредно посматрано, показало се да су судови постали немоћни да омогуће повериоцима да, после дугогодишњег спорења са дужницима, у разумним роковима остваре своја утврђена потраживања.

Прилив предмета се енормно повећавао, тако да су судови потпадали у све већу неажурност, па су поступци принудног извршења трајали недопустиво дуго. Стопа намирења потраживања поверилаца притом је изузетно ниска.

Узроци који су довели до оваквог стања у овој области су бројни, почев од недовољне обучености и немотивисаности судских извршитеља, недовољне непосредне ангажованости судија који руководе поступцима, недостатка простора за смештај и продају одузетих ствари, неадекватне подршке полицијских органа при непосредном спровођењу појединих извршних радњи и др. У поменутих анализама и извештајима у вези са оваквим стањем, поред осталог, констатовано је да судски извршитељи по својој природи, нису креативна лица, да су недовољно за свој рад награђени и да немају мотивације да на ефикасан начин окончавају предмете.

Због тога је преовладало мишљење да треба увести професионалне приватне извршитеље, као доказане стручњаке из приватне праксе, који би путем међусобног надметања за клијенте, попут адвоката или јавних бележника, успели да обезбеде већу ефикасност извршења и обезбеђења.

Овај начин принудног извршења уведен је у већем броју земаља Европе (Белгија, Француска, Холандија, Естонија, Литванија, Пољска, Португалија, Словенија, Македонија, Бугарска и др.).

Принудно извршење вансудским путем у наведеним и другим земљама, спроводи се на два начина: заменом институције судског извршења или паралелно са судским извршењем, чиме се повериоцима омогућује могућност избора, при чему приватни извршитељи имају улогу заступника поверилаца у предметима по којима поступају.

У нашој земљи, након бројних расправа и обављених анализа стања у овој области, закључено је да се приступи припремама за увођење овог начина принудног извршења, паралелно са судским извршењем, те да се одредбе о извршитељу уграде у закон који ову област традиционално уређује, па је и са тог разлога донет нов закон у целини, уместо измена и допуна постојећег Закона о извршном поступку.

Законодавац се определио да овај начин принудног спровођења извршења и обезбеђења детаљно уреди, као што је на сличан начин поступљено и у земљама које су га раније увеле, с тим што, по нашем мишљењу, уколико заживи у практичној примени, исти би требало да буде уређен посебним законом.

Закон је уредио питања која се односе на извршитеља, почев од његовог статуса, услова за именовање, неспојивости послова са другим јавним функцијама, критеријума за одређивање њиховог броја у држави, овлашћења и обавеза, па до одговорности за накнаду штете коју причине трећим лицима, дисциплинске одговорности и примене дисциплинских мера за неодговорно и несавесно обављање делатности. Обављајући ову делатност, организован као предузетник или члан ортачког друштва, извршитељ врши јавна овлашћења која су му законом поверена. Именује га министар за правосуђе за подручје основног и подручје привредног суда, а разлози за његово разрешење и престанак обављања ове делатности таксативно су наведени.

Поред општих услова, који су потребни за именовање, извршитељ треба да је дипломирани правник са одређеним искуством на овим пословима или иначе, да је достојан за обављање тих послова и да има положен испит за извршитеља. Пре полагања заклетве мора да закључи уговор о осигурању за штету која би из обављања делатности могла да настане, да обезбеди канцеларију, као и опрему неопходну за послове извршења.

У чл. 11. закона, који говори о значењу појединих речи и израза, извршитељ је дефинисан као физичко лице које именује министар надлежан за послове правосуђа, да у статусу службеног лица спроводи извршење у границама решења о извршењу, као и да врши друга овлашћења која су му тим законом поверена.

Правило је да извршитељ спроводи извршење на основу решења суда за чије је подручје именован, уколико закон нешто друго не предвиђа. Извршитељ по правилу не одређује (не дозвољава) извршење, осим у случајевима одређеним у овом закону. То се односи на одредбе дела петог, из чл. 251 – 256. закона, у поступку намирења новчаних потраживања комуналних и сличних услуга, заснованих на веродостојним исправама. По овим одредбама извршитељ, на чијем се подручју налази седиште извршног повериоца, овлашћен је да **искључиво** одлучује о таквом предлогу, и то путем закључка, дакле да га одбаци, усвоји или одбије, у року од осам дана након пријема предлога, те да закључак у истом року достави странкама. На закључак странке могу да изјаве приговор, о коме одлучује веће суда на чијем се подручју налази седиште извршитеља.

Поступак по приговору одвија се пред судом, као да се ради о приговору на решење о извршењу донето на основу веродостојне исправе.

Уколико извршитељ усвоји предлог за извршење, закључком налаже извршном дужнику да у року од осам дана измири потраживање заједно са трошковима извршења које ће одмерити, и одређује извршење ради намирења тих потраживања.

Ова новина у домаћем закону, да извршитељ у наведеним случајевима поред спровођења извршења одлучује и о његовом одређивању (дозвољава извршење), није једнодушно прихваћена од стручне јавности, јер иста представља изузетак и од правила ових поступака у другим земљама. Она би требало да растерети редовне судове од поступања по овим предметима, макар у фази „дозволе“ извршења, али ће пракса бити најбољи показатељ оправданости њеног увођења. Законски основ за могућност увођења ове новине је у одредбама из чл. 2. ст. 2. основних одредаба, које прокламују начело да „извршење и обезбеђење одређује суд, ако овим законом није другачије одређено, а спроводи га суд или извршитељ“.

Овлашћења и обавезе извршитеља у закону су изричито набројана, па се може констатовати да он обавља све извршне радње у спровођењу извршења, у складу са одредбама закона и ограничењима која су прописана законом (члан 325). Извршитељ, на пример, није овлашћен да поступа ни у једној фази поступка за одређивање и спровођење извршења код извршења одлука у вези са породичним односима и код извршења ради враћања запосленог на рад. У тим случајевима извршења ради остварења неновчаног потраживања, искључиво су овлашћени да поступају надлежни судови (чл. 231, 238. и др. закона).

Остале одредбе овог закона, које се односе на конкретна овлашћења, обавезе и дужности извршитеља, детаљно су прописане, те за ову сврху нема потребе да се посебно коментаришу. Све оне имају за циљ да омогуће извршитељу да делатност обавља одговорно, савесно и ефикасно, и тиме у потпунијој мери допринесе да се остваре основна начела овог закона, пре свега начело ефикасности и коначног намирења повериочевих потраживања. С друге стране, законодавац је бројним одредбама уредио питања која се односе на санкције које погађају извршитеља, како у статусном и имовинском погледу (за причињену штету одговара целокупном својом имовином, итд.), тако и у личном погледу, почев од примене дисциплинских мера и дисциплинске одговорности, уз изрицање новчаних казни и др., па до разрешења од обављања делатности. Обезбеђен је надзор над радом извршитеља од стране надлежног министра, Коморе извршитеља, чије је чланство за извршитеља обавезно, па до надзора и од стране суда који одређује и спроводи извршења у конкретном случају.

У прелазним и завршним одредбама закон је прописао да ће његова примена започети по истеку четири месеца од дана ступања на снагу (закон је ступио на снагу 17.05.2011. године). Одредбе које се односе на извршитеље ће се

примењивати по истеку једне године од дана ступања на снагу закона, односно од 17.05.2012. године.

Мишљења смо да је овим остављен преширок рок за примену одредаба о овом новом начину спровођења извршења, када се разлози за његово увођење у систем извршења и обезбеђења, морају оценити као веома ургентни, на чему је законодавац оправдано инсистирао.

Сматрамо такође, да у прелазним и завршним одредбама нису дата „најсрећнија“ решења у вези са почетком примене овог закона и престанком примене важећег закона, у осталим областима. Тако, на једној страни нови закон прописује се да ће се поступци извршења и обезбеђења у којима је до дана почетка примене тог закона *започето спровођење извршења*, окончати по одредбама тог (новог) закона, а они поступци по којима је до тог момента изјављена жалба на решење о извршењу или обезбеђењу, уступиће се суду надлежном за одлучивање по приговору на то решење. С друге стране, предвиђено је да у складу са овим законом, даном почетка његове примене, *престаје надлежност вишег* суда да одлучује у другом степену о жалбама на одлуке основних судова у извршним поступцима (чл. 23. ст 2. тач. 2. Закона о уређењу судова).

Постоји бојазан да ће се у пракси примене прелазних одредаба новоусвојеног закона појавити дилеме о практичној примени одредаба сада важећег и новог закона, јер нису до краја јасни појмови о тзв. „започетом“ спровођењу извршења, а са друге стране, не види се обавеза виших судова да у овом периоду, до почетка примене новог закона, по предметима по којима је изјављена жалба, *уопште и поступају*. Почетком примене новог закона првостепени судови ће морати да одлучују и о предметима у којима је изјављена жалба, као да се ради о изјављеним приговорима на првостепена решења. Начин примене и одговорност судова за примену ових одредаба, свакако ће се одразити и на постизање одговорајуће ажурности и ефикасности у решавању предмета.

Реферат има за циљ да укаже на начин уређивања правних лекова (редовних и ванредних) и правних средстава, која су прописана одговарајућим законима две државе. Укратко је изнета суштина уређивања ових института, као и њихово дејство и правни значај, упоредним приказом одговарајућих одредби важећег Закона о извршном поступку Републике Србије и Закона о извршном поступку Републике Српске, те одредби новог Закона о извршењу и обезбеђењу Републике Србије, чија примена започиње ускоро.

Наведени закони садрже одредбе о сходној примени правила парничног поступка у поступку извршења и обезбеђења. С друге стране, основна начела ових закона, никако се не могу у потпуности уподобити са основним начелима парничног поступка. Због тога, правни лекови и правна средства која странкама и другим учесницима у поступку извршења и обезбеђења стоје на располагању, имају другачију садржину, значај и утицај на ток и окончање тих

поступка, него што је то случај у парничном поступку. У поступку извршења и обезбеђења ова средства се користе у ограниченом, суженом обиму у односу на парнични поступак. С друге стране, странкама и осталим учесницима у овим поступцима, мора да се обезбеди право на једнаку, правичну и закониту заштиту.

Из изложеног, могао би да се изведе следећи

ЗАКЉУЧАК

Институти правних лекова и правних средстава у грађанскоправној материји извршења и обезбеђења у Републици Србији и Републици Српској, упоредно посматрано, из низа разлога који се односе на правне, правноисторијске и друштвене околности, у великој мери су уређени на сличан начин. С друге стране, јавља се потреба да се уочене разлике сведу на најмању меру, неформалним упоређивањем и међусобним усклађивањем одговарајућих законских решења. Даља хармонизација ових института и уопште прописа у овој материји несумњиво би допринела унапређењу имовинских и привредноправних односа на релацији двеју република.

Summary

Legal remedies in the field of civil enforcement proceedings in both Republic of Serbia and Republic of Srpska are regulated similarly to a great extent when compared comparatively, due to number of legal, legal-historical and social reasons. On the other hand, there is a necessity for reducing of certain dissimilarities to a lowest possible level, by informal comparison and adjusting of relevant legal provisions. Further bilateral harmonization of the mentioned legal institutes and overall legal systems would doubtlessly contribute to improvement of relations between two republics in the field of civil law, enforcement proceedings and commercial relations.

ПРИВРЕДНОПРАВНА ОБЛАСТ

ОПШТИ (ФИЛОЗОФСКОПРАВНИ) ПОГЛЕД НА РАЗВОЈ ИНСТИТУТА УПРАВЉАЊА КОМПАНИЈАМА У УПОРЕДНОМ ПРАВУ И ПРАКСИ¹

Проф. др Мирко Васиљевић*

Апстракт: У овој студији аутор расправља питање регулативе (законске, саморегулативе, аутономне) корпоративног управљања, како у систему „тврдог права“, тако и у систему „меког права“, као нове појаве у правном систему. Аутор констатује, на основу компаративних искустава тридесетак земаља система *civil law* и *common law*, да је оваква унија ове две врсте права пожељан метод регулације и развоја добре корпоративне праксе, с обзиром на то да је законска регулатива и саморегулатива саморегулаторних организација апстрактна и не може у довољној мери да афирмише специфичности сваке компаније. Залажући се за слободу уговорања, као законски принцип уређења корпоративног управљања у затвореним компанијама, аутор истовремено пледира за одређени императивни круг питања корпоративног управљања отворених компанија (потреба заштите акционара, потреба заштите мањинских акционара, потреба заштите других инвеститора, обавеза објављивања информација важних за цену хартија од вредности, обавеза ревизије, положај надзорних тела и управног одбора код преузимања контроле, систем управе и друго), ван ког је пожељан метод регулативе управо „меко право“ и примена стандарда „примили или објасни“.

Аутор расправља бројна питања тзв. унутрашњег корпоративног управљања (статусна питања управног одбора, систем управе уз препоруку усвајања слободе избора једноступеног или двоступеног система, независни директори, разрешење без основа или уз постојање важнег основа, фидуцијарна дужност контролног акционара према компанији, активизам акционара и инструменти за обезбеђење олакшаног остваривања права гласа акционара, имовинска одговорност управног одбора применом правила *Business Judgment*,

* Проф. др Мирко Васиљевић, Универзитет у Београду – Правни факултет.

¹ Рад је написан у оквиру трогодишњег пројекта Министарства за науку и технолошки развој (Министарство просвете и науке) *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније*.

дужност лојалности чланова управног одбора код постојања сукоба личног интереса или интереса повезаних лица са компанијом, унапређење унутрашњег надзора кроз одбор ревизора и интерну ревизију и интерног ревизора, запослени и партиципација, друштвена одговорност компаније), као и бројна питања тзв. спољњег корпоративног управљања (преузимање контроле отвореног акционарског друштва путем јавне понуде – Takeover и, с тим у вези: мере одбране од преузимања, статус управе у преузимању, „принудна продаја“ и „принудна куповина“, „правило пробијања“ након преузимања, статус надзорног регулаторног тела при преузимању; обавеза објављивања информација отвореног и посебно котираног друштва од значаја за цену серијских хартија од вредности компаније; спољњи независни ревизор; јавноправно и приватноправно извршење регулативе тржишта хартија од вредности – улога судова, надзорних тела, тужбе акционара, тужбе поверилаца; врсте одговорности: грађанска, управна и кривична; неправне санкције за повреду „меког права“ и њихов домет на тржишту хартија од вредности).

За сва ова и бројна друга правна питања аутор чини предлоге за унапређење постојећег правног оквира, како би се унапредили постојећи стандарди корпоративног управљања у нас, како у комерцијалном, тако и у финансијском сектору, те како би наша регулатива била у складу са променама одговарајуће упоредноправне регулативе. При том, аутор се не поводи за неким решењем из арсенала корпоративног управљања *per se*, већ препоручује само она решења за која верује да одговарају традицији система *civil law* коме припада наше право и која одговарају нашој правној традицији и локалном правном амбијенту и окружењу, будући да само као таква могу издржати пробу времена и опстати у правном систему.

Кључне речи: корпоративно управљање, директори, управни одбор, надзорни одбор, одбор ревизора, преузимање контроле, ревизор, финансијско тржиште, акционар.

1. ДРЖАВА - РЕГУЛАЦИЈА ПРИВРЕДЕ ИЛИ ТРЖИШТЕ - ДЕРЕГУЛАЦИЈА

Светом данас, без сумње, влада озбиљна економска криза, која се одражава на стање привреде. Економисти и политичари се из петних жила упињу да проникну у њене узроке, како би трасирали путеве изласка. На овој основи настао је и спор присталица тзв. филозофије либералне (и неолибералне) економије („невидљива рука тржишта као регулатор“) и присталица државе са снажнијом регулаторном функцијом и снажнијом мониторинг функцијом у функционисању прописаних правила („невидљива рука државе“). Тврдо-

корност неолибералног прилаза не хаје много за берзанске крахове упоредиве са економском кризом тридесетих година прошлог века, покушавајући да то опет припише *слабости државе, а не слабости тржишта*, истрајавајући и даље на логици „тржишног фундаментализма“.² Разлози за невиђен економски суноврат траже се у грешци државе и њеној регулативи, као и непоштовању регулативе (похлепни брокери и банкари у „унутрашњим редовима“), а не у грешци система неолибералног капитализма.³ То изгледа има доста сличности са марксистичком крилатицом да ако ишта „може доћи главе комунизму, то су мангупи у његовим редовима“. Чини се да ово стање најбоље објашњава Штиглицова опаска да је „пад Берлинског зида показао да комунистичка економија не може функционисати, а пад *Leman Brothers* да исто тако не може да функционише ни необуздани капитализам“. Управо је Џ. Штиглиц својим капиталним делом о противречностима глобализације показао погубност такве економске и законодавне политике (посебно је форсира ММФ), тзв. „шок терапије“ брзе приватизације, без обзира на националне специфичности и недостатак институционалног капацитета држава за регуларност процеса и за заштиту својинских и уговорних права, како би се што пре успоставило исто економско и правно окружење („турбо капитализам“).⁴

Светска економска криза и посебно националне кризе почетком двадесет првог века указале су на потребу тражења „новог пута“ са „људским ликом“ („нови капитализам“, „морални капитализам“, „државни капитализам“, „хумани капитализам“). На том путу време је за преиспитивање и улоге тржишта и улоге државе.⁵ О тој дилеми Штиглиц каже: „Показало се да је доктрина ‘тржиште је најбољи регулатор’ – лажна. Сви су хтели минимум државног регулисања и направили су штету од које је страдао цео свет. Регулисање је врло важно, јер се одражава на целу глобалну економију. Нисам оптимиста да ћемо нешто изменити. Зашто? Зато што постоје *интересни кругови који су инсистирали на дерегулацији* и на томе зарадили велики новац који су потом улагали у политичке процесе. Они можда нису тако добро инвестирали у обрт и некретнине, али су добро уложили у политику и добили не само мере против

² Вид. М. Фридман, *Капитализам и слобода*, Нови Сад 1996; В. Вукотић, „Филозофија историје кризе“, *Криза и глобализација* (ур. В. Вукотић *et al.*), Институт друштвених наука, Београд 2009, 11-25.

³ К. Прерадовић, „Суноврат неолиберализма“, *НИН бр. 3141/10.03.* 2011, 24-27.

⁴ Џ. Штиглиц, *Противречности глобализације*, Београд 2004, 175-261.

⁵ Присталице (нео)либералног капитализма (филозофија „тоталног“ или „турбо“ капитализма) имају озбиљних проблема у тражењу одговора на питање како то да у ери „победе“ капитализма (либералног) највише јача земља којом влада комунистичка партија, „опозициона“ том капитализму (Кина). Тражење одговора у формули да је Кина дала предност традицији и прагматичном конфуцијанизму (послушај старијег и по звању, и по имању и по узрасту) над модернијим (идеолошким) у основи је бежање од правог одговора који се налази у равни системске грешке либералног капитализма (попут системске грешке комунизма). Вид. М. Пантелић, „’Косооки’ пристижу ‘носоње’“, *Политика*, 04.02.2010, 2.

регулисања, већ и огромну помоћ банкама у кризи. Сада покушавају да тај капитал искористе да спрече регулисање. А не треба заборавити да су кључне економске категорије у САД створене уз помоћ државе – интернет, медицина и многе друге. Оне се после обраћају приватним финансијерима, али катализатор је држава. У перспективи се мора решити питање како наћи *баланс интереса тржишта и државе*.⁶ Да је Штиглиц био у праву, доказ је последњи (2010) Светски економски форум у Давосу, посвећен „будућности капитализма“, који управо закључује да је „*вишак прописа узрок кризе*“, те да „креатори светске економске политике чине фундаменталну грешку када мисле да могу дизајнирати строжију финансијску регулацију којом ће избећи настанак неких других непредвидивих и нежељених последица“.⁷

2. НИВОИ И КАРАКТЕР РЕГУЛАТИВЕ

Ако је својеврсна парадигма двадесетог века за економије у транзицији била догма приватизације, онда се то исто може рећи и за догму корпоративног управљања као парадигму двадесет првог века за све (не само транзиционе земље) економије света. Регулација корпоративног управљања – законски ниво, саморегулаторни ниво и аутономни ниво (компаније) – „тврдо право“ и/или „меко право“ (кодекси, водичи, модели)? Баланс законодавног и саморегулаторног, по нашем уверењу, превише се померио ка саморегулаторном нивоу, те би враћање дела регулаторног пакета у законодавну раван са становишта правне сигурности, чини се, било пожељно. Баланс „тврдог“ и „меког“ права у регулативи корпоративног управљања, чини се, такође, да је умерен ка „меком праву“, што се за земље са нејаким правним системом и недовољним

⁶ Џ. Штиглиц, „Интервју“, *Политика*, 06.07.2009, 3.

⁷ Вид. С. Тасић, „Вишак прописа узрок кризе“, *НИН* 3085/11.02.2010, 26-29. Финансијско тржиште, као тржиште по природи иманентне неравнотеже, која дестабилизује економију, свакако јесте пример тржишта које мора бити чврсто регулисано, те је његова дерегулација сигурно фатаморгана. Фатална улога недовољне, или пре некавалитетне, регулације тог тржишта, филозофије тржишног фундаментализма и одређених пропуста државе и њених регулаторних институција узимају свој данак у економској кризи почетка овог века чије се размере још не виде, али се она већ упоређује са последицама кризе тридесетих година прошлог века. Велики берзански маг Џ. Сорош овако разобличава улогу тржишног фундаментализма на том тржишту: „Кључна особина фундаменталистичких схватања је у томе да се она заснивају на судовима оцењивања. На пример: ако је нека мисао негативна, онда се супротна тврдња сматра тачном. Управо таква *логичка грешка* се налази у основи тржишног фундаментализма. Уплитање државе у привреду стално је доводило до негативних последица. То важи не само за централистичко планирање, већ и за економику благостања и кејнзијанско управљање. На основу такве баналне мисли тржишни фундаменталисти долазе до потпуно *нелогичног закључка*: *ако је државни интервенционизам дефектан, онда је слободно тржиште право савршенство*.“ Нав. према: М. Секуловић, „Криза глобализоване економије“, *Криза и глобализација* (ур. В. Вукотић *et al.*), Институт друштвених наука, Београд 2009, 87-88. Вид. Х. Хрустић, *Светска финансијска криза и државна интервенција у одабраним земљама*, Институт за међународну политику и привреду, Београд 2009.

ауоторитетом судова и тржишног притиска, као и због неефикасности санкција „меког права“ и спорности природе (колико је то стварно сфера права), не чини баш прихватљивим путем, те је и овде враћање дела изгубљених овлашћења „тврдог права“ потребан пут. Чини се, с друге стране, да „меко право“ са својим особеним знаком – „примени или објасни“ *правилима* треба да буде додатни стандард корпоративног управљања пре свега за компаније које су на листингу берзи (услов за котацију и листинг и за опстанак на њима), као препознатљива (за акционаре и будуће инвеститоре) добра корпоративна пракса (нпр. одређени обавезни број независних директора, одређени независни комитети, континуирано објављивање осетљивих информација за цене хартија од вредности, објављивање извода из полугодишњих финансијских извештаја, евентуално једногодишњи мандат чланова управног одбора, раздвајање функције председника управног одбора и првог извршног директора и слично).⁸

3. КОРПОРАТИВНО УПРАВЉАЊЕ И ВЕЛИЧИНА КОМПАНИЈЕ

Стандард корпоративног управљања не може бити исти за све компаније и у основи не треба да зависи од њихове правне форме (акционарско друштво, друштво с ограниченом одговорношћу), већ кумулативно од величине компаније (у смислу економско-рачуноводствених критеријума: мале, средње и велике) и извора капитала (да ли се прикупља јавним путем – јавна емисија акција, обвезница или других серијских хартија од вредности – отворена компанија, или се прикупља нејавним путем – затворена компанија). За мале и у доброј мери средње компаније које су затвореног типа мора важити стандард флексибилности, минимум императивности, слобода уговорања, док би велике компаније затвореног типа морале да буду регулисане у погледу корпоративног управљања делимично као мале и средње затвореног типа, а делимично као велике отвореног типа. Коначно, мале компаније (ако као отворене уопште и постоје), средње и велике компаније отвореног типа морају имати регулативу корпоративног управљања у којој доминирају стандарди императивности и изузетности слободе уговорања. И отворене компаније, зависно од тога да ли се котирају на берзанском тржишту или не, не могу у свему имати исте стандарде корпоративног управљања, с обзиром на то да котиране морају испуњавати и стандарде *добре корпоративне праксе* које предметна берза прописује као услов за листинг и котацију (пријем и опстанак), макар и по систему „примени или објасни“.

⁸ Вид. М. Васиљевић, „Развој регулативе управљања компанијама у упоредном праву и позитивно право Србије“, *Правни живот* 11/2010 (сепарат), (а), 7-12.

4. ПРАВЦИ ПРОМЕНА РЕГУЛАТИВЕ УНУТРАШЊЕГ КОРПОРАТИВНОГ УПРАВЉАЊА⁹

4.1. Систем избора модела корпоративног управљања

Компанијска регулатива Србије треба да прихвати, као што је то доминантно решење савремене регулативе, у правом смислу модел избора система управе¹⁰: једностепени (управни одбор са извршним и неизвршним директорима) и двостепени (управни и надзорни одбор), који су од класичних знатно удаљени међусобним конвергенцијама (надзорна тела типа одбор ревизора и слично у једноступеном или независни директори и у једном и у другом моделу). На овај начин се превазилазе и теоријска „бесплодна“ надмудривања око тога који је модел управе економски успешнији и који је доминантнији. Чињеница јесте да је једностепени модел, који изворно припада *common law*-у, више заступљен у националним правима и у земљама које припадају *civil law*-у, али је и чињеница да се управо овај модел више реформише од двоступеног модела, управо због потребе да отклони стратешки дефект недовољне инфраструктуре за унутрашњу контролно-надзорну функцију (независни директори

⁹ Вид. *The XVIII International Congress of Comparative Law, Washington 2010, Section: Corporate Governance* – Интерни материјал, национални извештаји (Конгрес, Вашингтон 2010): САД (А. R. Pinto, F. A. Gevurtz), Белгија (А. Autenne, G. Colard, А. Alexandre), Бразил (N. Eizirik), Ирска (I. L. Fannon), Ј. Кореја (Y. Shim), Грчка (K. N. Kyriakakis), Србија (M. Васиљевић), Кина (L. Junhai, K. B. Pišler), Италија (F. Denozza, P. Montalenti), Аргентина (R. A. Etcheverry), Аустралија (J. G. Hill), Данска (J. S. Christensen), Француска (P. H. Conac), Јапан (N. Nakamura), Луксембург (I. Corbisier), Португалија (J. M. Coutinho de Abreu), Швајцарска (P. V. Kunz), Тајван (W. J. Wang, W. R. Tseng), Турска (A. E. G. Usluel), Хрватска (Д. Јурић), Грузија (G. Jugeli, L. Chanturia), Финска (J. Mahonen), Шпанија (J. A. Garcia, C. Gonzalez, I. Moralejo-Menendez); као и: Немачка (H. Merkt, *German National Reports to the 18th International Congress of Comparative Law* (eds. J. Basedow, U. Kischel, U. Sieber), Tubingen 2010); Холандија (J. van Bekkum *et al.*, *Netherlands Reports to the 18th International Congress of Comparative Law*, Antwerpen – Oxford 2010); и Пољска (S. Soltysinski, *Rapports Polonais – 18th International Congress of Comparative Law*, Lodz 2010).

¹⁰ *Монистички модел* усвајају: САД (А. R. Pinto, 12), Белгија (А. Autenne, G. Colard, А. Alexandre, 4), Бразил (N. Eizirik, 5), Ирска (I. L. Fannon, 7), Ј. Кореја (Y. Shim, 3), Грчка (K. N. Kyriakakis, 10), Србија – уз неке неконзистентне примесе дуалистичког модела (M. Васиљевић, 8-9). *Дуалистички модел* усвајају: Немачка (H. Merkt, 238-244), Кина (L. Junhai, K. B. Pišler, 5-10), Пољска – у којој се очекују промене закона које ће омогућити право избора (S. Soltysinski, 111).

Право избора између једног и другог модела омогућују: Италија (F. Denozza, P. Montalenti, 7), Аргентина (R. A. Etcheverry, 13), Аустралија (J. G. Hill, 8-9), Данска (J. S. Christensen, 4-5), Холандија (J. van Bekkum *et al.*, 242), Француска (P. H. Conac, 5-6), Јапан (N. Nakamura, 10), Луксембург (I. Corbisier, 8), Португалија (J. M. Coutinho de Abreu, 5), Швајцарска (P. V. Kunz, 7), Тајван (W. J. Wang, W. R. Tseng, 4), Турска (A. E. G. Usluel, 5-6), Хрватска (Д. Јурић, 6-7), Грузија (G. Jugeli, L. Chanturia, 3). У Финској (J. Mahonen, 13-14) компанијски закон омогућује избор између два модела и два полумодела та два модела: монистички (и „монистички и по” са посебним положајем првог извршног директора – генералног директора), дуалистички (и „дуалистички и по” са посебним положајем првог извршног директора – генералног директора). Вид. Интерни материјал, национални извештаји (Конгрес, Вашингтон 2010).

са делом надзорне функције у односу на остале чланове управног одбора и извршне директоре, као и контролне акционаре; одбор ревизора, интерни ревизор и интерна ревизија).¹¹

4.2. Друштвена одговорност компанија – да или не?

Дилема акционарски оријентисан модел корпоративног управљања (који негира стандард друштвене одговорности компаније) или мултиинтересно оријентисан модел¹² (чију синтезу чини институционално оријентисан модел – „интерес компаније/корпорације“), који прихвата стандард друштвене одговорности компаније треба решити у корист последњег, не због последица економске кризе и берзанских крахова, већ због институционалне природе компаније (својство правног лица са властитим правима и одговорностима, кога заступају чланови управног одбора – извршни директори, прокуристи и пуномоћници), а не уговорно-заступничке природе (заступници немају мандатни однос са акционарима већ са компанијом/корпорацијом). Уосталом, правно управа компаније има дужност лојалности према компанији као правном лицу а не акционарима (па ни контролним), а са своје стране контролни акционари имају фидуцијарну дужност према компанији и одговарају и личном имовином ако злоупотребе њен правни субјективитет („пробијање правне личности“, „привид правне личности“).¹³

4.3. Реформисање управног одбора

Управни одбор је камен темељац унутрашњег аспекта корпоративног управљања, те су стога бројна статусна питања од изузетне важности за његово функционисање (број чланова – мањи су функционалнији и ефикаснији; мандат – доминантно је решење од три до пет година, а једногодишњи евентуално само код котираних друштава¹⁴; састав – независни чланови и број – као обаве-

¹¹ Више: М. Васиљевић (2010), (а), 20-24.

¹² Традиционално се узима да у САД постоји акционарски оријентисани прилаз, док је у Великој Британији такав прилаз након новог компанијског закона (2006) у доброј мери замењен мултиинтересно оријентисаним прилазом, што је увек случај и са Немачком, Аустријом, Холандијом, скандинавским земљама. Вид. К. Ј. Норт (2010), 15-17. Упор. Интерни материјал, национални извештаји (Конгрес, Вашингтон 2010): А. Autenne, G. Colard, A. Alexandre, 5 и 28; L. Junhai, K. B. Pišler, 46; N. Eizirik, 6; K. N. Kyriakakis, 12-13; М. Васиљевић, 24-28; P. V. Kunz, 27 – воде се озбиљне расправе, чак је Федерални савет објавио и два извештаја на ову тему, али се још не зна да ли ће то и какве правне последице по регулативу корпоративног управљања компанијама имати; R. A. Etcheverry, 14; J. G. Hill, 52-54; I. Corbisier, 9-10; P. V. Kunz, 8; I. L. Fannon, 29-30; W. J. Wang, W. R. Tseng, 6; A. E. G. Usluel, 6-7; H. Merkt, 244-245; J. van Bekkum *et al.*, 243-244.

¹³ Више: М. Васиљевић (2010), (а), 41-46.

¹⁴ Упор. Интерни материјал, национални извештаји (Конгрес, Вашингтон 2010): *Једногодишњи мандат*: САД (А. R. Pinto, 12), Србија (М. Васиљевић, 9), Аустралија (J. G. Hill, 15), Финска (J.

за евентуално само би требало да буду прихваћени код котираних друштава уз прецизирање минимума кодексима добре корпоративне праксе, а не законом; разрешење – губитак поверења као основ, дакле и без постојања важног разлога, осим у случају независних директора када би могло уследити само у случају постојања важног разлога и слично).¹⁵ *Баланс овлашћења и дужности између управе и скупштине акционара* поново се померио превише ка овлашћењима скупштине (на пример, скупштина није право место за одобравање или не постова у којима постоји сукоб интереса чланова управног одбора или повезаних лица и компаније, већ то може бити одбор ревизора, надзорни одбор или независни директори)¹⁶, која иако професионалнијег састава због све већег учешћа професионалних инвеститора, није погодан механизам за пословно одлучивање у савременим условима, те је потребно поновно враћање клатна ка управи уз интензивирање полагања рачуна и реалнијих института одговорности.

4.4. Имовинска одговорност чланова управног одбора (Business Judgment Rule)

Имовинска одговорност чланова управног одбора мора бити корелативна са дужностима (дужност пажње везана пре свега за информисаност, дужност лојалности компанији код сукоба интереса, дужност савесности – утврђује се на основу стандарда „рада у интересу компаније“). *Правило „пословног одлучивања“ – Business Judgment Rule*, као нови све прихваћенији стандард компанијске регулативе и правни трансплант *common law*-а треба да у *civil law*-у замени два традиционална стандарда: „*дужна пажња*“ и „*добар привредник*“, по свој прилици не тако успешно, осим на нормативном плану (континентални судови и даље остају верни традиционалним правним вредностима). Ипак, најважније правно питање у примени овог стандарда остаје *терет доказа* испуњености претпоставки одговорности (непостојање конститутивних елемената овог правила) – на страни тужиоца (систем доказане кривице) или на страни

Mahonen, 15), Јапан (N. Nakamura, 11). *Вишегодишњи мандат (од три до шест година)*: Белгија (A. Autenne, G. Colard, A. Alexandre, 5), Бразил (N. Eizirik, 6), Ј. Кореја (Y. Shim, 4), Грчка (K. N. Kyriakakis, 11), Данска (J. S. Christensen, 5), Луксембург (I. Corbisier, 8), Португалија (J.M. Coutinho de Abreu, 6), Швајцарска (P. V. Kunz, 7), Тајван (W. J. Wang, W. R. Tseng, 6), Турска (A. E. G. Usluel, 6), Хрватска (Д. Јурић, 7), Грузија (G. Jugeli, L. Chanturia, 5), као и: Немачка (H. Merkt, 238); Холандија (J. van Bekkum *et al.*); и Пољска (S. Soltysinski).

¹⁵ Више: М. Васиљевић (2010), (а), 30-33.

¹⁶ Упор. Интерни материјал, национални извештаји (Конгрес, Вашингтон 2010): F.A. Gevurtz, 4-6; A. Autenne, G. Colard, A. Alexandre, 8-9; N. Eizirik, 8-9; I. L. Fannon, 9-10; Y. Shim, 7; K. N. Kyriakakis, 20-22; M. Васиљевић, 18-20; L. Junhai, K. B. Pišler, 17-18; F. Denozza, P. Montalenti, 12-14; R.A. Etchevery, 18-19; J. G. Hill, 19-21; J. S. Christensen, 8; P. H. Conac, 12-14; N. Nakamura, 15; I. Corbisier, 13-15; J. M. Coutinho de Abreu, 16-17; P. V. Kunz, 8; W. J. Wang, W. R. Tseng, 9; A. E. G. Usluel, 10; Д. Јурић, 11-12; G. Jugeli, L. Chanturia, 7-8; J. Mahonen, 16; J. A. Garcia, C. Gonzalez, I. Moralejo-Menendez, 24; H. Merkt, 252-253; J. van Bekkum *et al.*, 246-247; S. Soltysinski, 113-117.

тужених директора (систем претпостављене кривице). Клатно се изгледа помера и националне регулативе немају исто решење, али чини се да ће материјално право у овом случају још једном бити побеђено процесним правом – свака страна подноси своје доказе, а на суду је да цени релевантност доказа једне и друге стране и постојање (превага доказа тужиоца) или не (превага доказа тужених директора) одговорности, како то изгледа чини и наше ново процесно законодавство.¹⁷

4.5. Активизам акционара

Активизам скупштине акционара показује се због „васкрса скупштине“ изузетно важним питањем савремене компанијске регулативе. Све снажнија професионализација састава скупштине (институционални инвеститори) и глобализација капитала и тржишта захтева да се прихвате савремена техничка средства која олакшавају прекогранично гласање и одлучивање без физичке седнице или комбиновано (гласање писаним путем, гласање путем интернета, видео и аудиоконференције, гласање преко пуномоћника са електронским пуномоћјем или другим пуномоћјем)¹⁸, али уз обезбеђена правна средства контроле идентитета и одлучивања у интересу акционара. Такође, правила поступка сазива скупштине, кворума и већине за одлучивање морају се прилагодити савременим потребама брзине коју омогућује технички развој, али уз незанемаривање потребе обезбеђења правне сигурности и спречавања злоупотребе већине и каткад и злоупотребе мањине. Све су ово питања где Закон о привред-

¹⁷ Упор. Интерни материјал, национални извештаји (Конгрес, Вашингтон 2010): А. Autenne, G. Colard, А. Alexandre, 9-11; N. Eizirik, 9; I. L. Fannon, 11; Y. Shim, 8-9; K. N. Kyriakakis, 23-25; M. Васиљевић, 21-22; L. Junhai, K. B. Pišler, 19 – компанијски закон из 2005. године не познаје ово правило али се правна теорија залаже за његово прихватање; F. Denozza, P. Montalenti, 11-12; R. A. Etcheverry, 19-21; J. G. Hill, 21-26 – за разлику од САД-а терет доказа одговорности директора није на тужиоцу већ на туженим директорима; J. S. Christensen, 8; P. H. Conac, 12 – формално нема стандарда *Business Judgment Rule*, али примена стандарда „дужне пажње“ води истом резултату; N. Nakamura, 15-16; I. Corbisier, 15; J. M. Coutinho de Abreu, 18-19; P. V. Kunz, 11 – не постоји формално ово правило, али га судови због практичности примењују; W. J. Wang, W. R. Tseng, 10; A. E. G. Usluel, 10 – примена стандарда пажње као и у уговору о мандату-заступништву; Д. Јурић, 12-14; G. Jugeli, L. Chanturia, 6 – терет доказа је такође на директорима јер је претпоставка по овом правилу одговорности на њима; J. Mahonen, 16; J. van Bekkum *et al.*, 247 – формално не познаје ово правило, али га судови примењују; S. Soltysinski, 123 – за разлику од САД због мандатне природе директорског статуса постоји претпоставка њихове одговорности те је на њима да доказују да нису одговорни у контексту примене овог правила.

¹⁸ Вид. Интерни материјал, национални извештаји (Конгрес, Вашингтон 2010): А. R. Pinto, F. A. Gevurtz, 15-22; N. Eizirik, 12; I. L. Fannon, 15-16; K. N. Kyriakakis, 32; M. Васиљевић, 30; F. Denozza, P. Montalenti, 19; R. A. Etcheverry, 28; J. G. Hill, 34-36; J. S. Christensen, 9-10; P. H. Conac, 25-26; N. Nakamura, 26; I. Corbisier, 21-23; J. M. Coutinho de Abreu, 24; P. V. Kunz, 15; W. J. Wang, W. R. Tseng, 12-13; A. E. G. Usluel, 13; J. Mahonen, 25; H. Merkt, 256-258; J. van Bekkum *et al.*, 254; S. Soltysinski, 120.

ним друштвима има озбиљних потреба за осавремењавањем, не толико због захтева хармонизације са правом ЕУ (што још и није правна обавеза), већ због потреба достизања све универзалнијих стандарда корпоративног управљања и на овом плану.

4.6. Унапређење права мањинских акционара

Закон о привредним друштвима поставио је озбиљне стандарде заштите права мањинских акционара, али се чини да и на овом плану има у релевантној компанијској регулативи и стандардима корпоративног управљања значајних промена, које се управо због интереса инвеститора за препознатљивим правним оквиром морају следити. За савремене појмове чини се да је наш закон нека права мањинских акционара учинио прилично рестриктивним (висок капитал цензус: сазивање скупштине акционара и уврштење нових питања у дневни ред по захтеву акционарске мањине, деривативна тужба, специјални ревизор – стручни повереник), док је друга превише либерализовао¹⁹ (одређена права на информисање штетно по компанијске интересе нису условљена капитал цензусом, исто важи и за побијање одлука скупштине акционара) и слично.²⁰ С друге стране, у компанијама у којима постоје контролни акционари заштита интереса мањинских акционара (други агенцијски проблем корпоративног управљања) не може се постићи само кроз стандарде права мањинских акционара, већ је потребан и стандард више. Чини се да се тај стандард налази на плану института фидуцијарне дужности контролног акционара према компанији и мањинским акционарима (што важи и за однос матичног друштва као контролног акционара и зависних друштава и њихових спољних мањинских акционара), што је на нормативном плану у нас у реду, али на фактичком плану доведено је до нивоа реликвије.²¹

¹⁹ Више: М. Васиљевић (2010), (а), 14-17.

²⁰ Упор. Вид. Интерни материјал, национални извештаји (Конгрес, Вашингтон 2010): А. Autenne, G. Colard, А. Alexandre, 15-16; L. Junhai, K. B. Pišler, 21-22; F. Denozza, P. Montalenti, 19; R. A. Etcheverry, 26-27; I. Corbisier, 20-21; J. M. Coutinho de Abreu, 22-24 – право на информисање у зависности од предмета информисања условљено је капитал цензусом од један до 10%; P. V. Kunz, 13-15 – интересантно је да управни одбор у швајцарском праву има извесно дискреционо овлашћење да одбије давање тражене информације или увида у документа компаније на захтев акционара ако би јој то нанело штету; W. J. Wang, W. R. Tseng, 11-12; A. E. G. Usluel, 12; Д. Јурић, 16; G. Jugeli, L. Chanturia, 10-11; J. Mahonen, 24; H. Merkt, 251-258; J. van Bekkum *et al.*, 253; S. Soltysinski, 119.

²¹ Више: М. Васиљевић (2010), (а), 17-19.

4.7. Партиципација запослених

Питање партиципације запослених и форми партиципације у управљању компанијом, само делом има правну димензију, док је већим делом у сфери политичких интереса и система друштвене одговорности компанија у свом политичком делу. Искуства Немачке, Холандије и скандинавских земаља или делом и Француске у том погледу, с једне стране, и искуства других земаља које стоје на другој страни (попут Велике Британије, Швајцарске) не могу се емпирички мерити у смислу позитивног утицаја на економску ефикасност компаније (олакшано решавање колективних радних спорова, кохабитација рада и капитала, мотивација, подела одговорности и слично) или негативног утицаја (отежано доношење пословних одлука, губитак времена као најдрагоценијег економског ресурса, политизација пословних одлука, расипање енергије, одбијање инвеститора и слично). Између двеју, за данашње појмове, крајности, чини се да се морају тражити неки средњи путеви – акционарство запослених, обавештавање и давање мишљења код преузимања отворених друштава, савет запослених и евентуално један директор рада у управном одбору (једностепени систем) или надзорном одбору (двостепени систем).²² Овакава сарадња рада и капитала један је од снажних инструмената система друштвене одговорности компаније, који се све више афирмише у временима економске кризе и берзанских крахова, не као циљ по себи и за себе, већ као средство за остварење „циља свих циљева“ – профитна функција компаније.²³

5. ПРАВИЦИ ПРОМЕНА РЕГУЛАТИВЕ СПОЉАШЊЕГ КОРПОРАТИВНОГ УПРАВЉАЊА

5.1. Финансијско тржиште и објава информација

На транспарентност важних информација компаније за акционаре и потенцијалне инвеститоре савремена регулатива гледа као на један од важних инструмената тржишног притиска на управе да поштују стандарде доброг кор-

²² Вид. више Б. Лубарда, „Партиципација радника у управљању предузећем у упоредном праву”, *Анали ПФБ* 5/1994, 517-545. Упор. Интерни материјал, национални извештаји (Конгрес, Вашингтон 2010): А. Autenne, G. Colard, А. Alexandre, 19-20; N. Eizirik, 12; I. L. Fannon, 16-17; Y. Shim, 10-11; K. N. Kyriakakis, 33; M. Васиљевић, 31; L. Junhai, K. B. Pišler, 23; F. Denozza, P. Montalenti, 19; R. A. Etcheverry, 28; J. G. Hill, 37-38; J. S. Christensen, 10; P. H. Conac, 26; N. Nakamura, 28; I. Corbisier, 23; J. M. Coutinho de Abreu, 7-8, фн. 24; P. V. Kunz, 16 – партиципација једног представника запослених у управном одбору је факултативна јер то није део швајцарске традиције, а правно се сматра да су запослени у позицији повериоца према компанији; W. J. Wang, W. R. Tseng, 13; A. E. G. Usluel, 13; G. Jugeli, L. Chanturia, 12; J. Mahonen, 19-21; H. Merkt, 258-260; J. van Bekkum *et al.*, 257-261; S. Soltysinski, 121.

²³ Више: М. Васиљевић (2010), (а), 46-48.

поративног управљања. Регулатива тржишта хартија од вредности наше земље у доброј мери поштује достигнуте стандарде транспарентности пословања компанија, уз потребе неких унапређења²⁴ посебно кад је реч о котираним компанијама (обавезност објаве извода из полугодишњих финансијских извештаја, обавезност континуираног објављивања информација које могу да утичу на цену хартија од вредности и које због познате асиметрије информација могу бити злоупотребљене од стране примарних или секундарних инсајдера, јачи институционални капацитет надзорних тела и снажнија административно-управна овлашћења и фактичко коришћење санкција тих овлашћења – новчане казне, суспензије, одузимање лиценце и слично).²⁵ Ипак, без обзира на опште трендове транспарентности корпоративног управљања, чини се да један важан институт захтева давање одговора са становишта теста уставности и повреде права приватности – објава индивидуалних примања (фиксних и варијабилних по било ком основу) свих чланова управног одбора.

5.2. Преузимање контроле

Преузимање контроле отворених компанија (*Takeover*) у нас прати достигнуте стандарде овог важног инструмента дисциплиновања управе и тржишног притиска на ефикасност одлучивања, конкурентност и развој, као и на поштовање стандарда корпоративног управљања. Ипак, питање је законодавне политике да ли је најбоље решење по интересе земље прихватање система *неутралности управе* код предузимања мера одбране од преузимања контроле (потенцијални сукоб интереса управе са интересом акционара је исходно такво решење), кад с друге стране дисперзовани акционари код приватизованих ком-

²⁴ Упор. Интерни материјал, национални извештаји (Конгрес, Вашингтон 2010): А. R. Pinto, 27-30; А. Autenne, G. Colard, А. Alexandre, 24-25; N. Eizirik, 16-18; I. L. Fannon, 22-24; Y. Shim, 17-18; K. N. Kyriakakis, 46-52; M. Васиљевић, 38-40; L. Junhai, K. B. Pišler, 31-36; F. Denozza, P. Montalenti, 22-24; R. A. Etcheverry, 37-40; J. G. Hill, 43-44 – усваја систем континуираног објављивања сваког новог догађаја за који се верује да ће имати материјални ефекат на цену хартија од вредности листиране компаније; J. S. Christensen, 20-22; P. H. Conac, 31-34; I. Corbisier, 26-28; P. V. Kunz, 21-22; W. J. Wang, W. R. Tseng, 16-19; A. E. G. Usluel, 17-19; Д. Јурић, 22-23; G. Jugeli, L. Chanturia, 14; J. Mahonen, 32-35; H. Merkt, 268-270; J. van Bekkum *et al.*, 269-274; S. Soltysinski, 122.

²⁵ Интересантно је да законодавство о хартијама од вредности Аргентине у овом смислу изричито прописује, између осталог, обавезу промптог и континуираног објављивања следећих информација: 1) продаја основних средстава више од 15% биланса стања, 2) губитак више од 15% од нето вредности, 3) промена састава управног или надзорног одбора, 4) чињенице које погађају редовно одвијање послова, 5) релевантне судске или арбитражне одлуке против компаније, 6) подношење тужбе против компаније или њених директора и релевантне новости током процедуре, 7) споразуми који ограничавају дистрибуцију прихода, 8) одлука о стицању сопствених акција, 9) одлука о посебним ванредним инвестицијама и уласку у релевантне финансијске и комерцијалне трансакције и др. Вид. Интерни материјал, национални извештаји (Конгрес, Вашингтон 2010): R. A. Etcheverry, 37-40.

панија путем стицања акција по повлашћеним условима не могу да артикулишу свој јединствени интерес да наложе мере одбране које су у складу с тим интересом²⁶, а постоји и феномен *тзв. акционарског стампеда*. Управа је, са своје стране, дужна да поступа у овом случају у „интересу акционара“, те не би смела (била би одговорна) да у сукобу свог интереса и интереса повезаних лица и интереса акционара да предност свом интересу или интересу повезаних лица. Такође, чини се да се у овом случају могао прихватити систем реципроцитета у погледу мера одбране који иначе дозвољава одговарајућа директива ЕУ. Најзад, прихватање „принудне продаје“ и „принудне куповине“ у контексту преузимања контроле јавним путем, чини се да тешко може да издржи тест уставности са становишта заштите својине и недозвољености принудне експропријације (није у питању општи интерес, већ приватни интерес преузимаача контроле).²⁷

5.3. Спољњи ревизор

Кад је о институту спољњег независног ревизора реч, чини се такође да наше право прихвата достигнуте стандарде развоја.²⁸ Ипак, чини се да има потребе за одређеним унапређењима његове регулативе, јер је реч о важном инструменту контроле законитости пословних одлука органа компаније и истинитости финансијских извештаја. Пре свега, избор спољњег ревизора мора се извући испод контроле контролних акционара кад га бира скупштина, те би избор требало да чини одбор ревизора (ревизор мора бити независан и у односу на контролне акционаре). Такође, китеријуми за одређивање независности ревизора морају бити унапређени и својом ширином треба да покрију све потенцијалне случајеве „зависности“. Најзад, имовинска одговорност ревизора,

²⁶ Упор. Интерни материјал, национални извештаји (Конгрес, Вашингтон 2010): А. R. Pinto, 31-35; А. Autenne, G. Colard, А. Alexandre, 22-24; N. Eizirik, 14-16; I. L. Fannon, 20-22; Y. Shim, 13-17; K. N. Kyriakakis, 39-46; M. Васиљевић, 35-38; L. Junhai, K. B. Pišler, 26-31; F. Denozza, P. Montalenti, 22; R. A. Etcheverry, 32-37; J. G. Hill, 39-43; J. S. Christensen, 11-20; P. H. Conac, 29-31; N. Nakamura, 28-30; I. Corbisier, 25-26; J. M. Coutinho de Abreu, 27-31; P. V. Kunz, 19-21; W. J. Wang, W. R. Tseng, 14-16; A. E. G. Usluel, 15-17; Д. Јурић, 19-22; G. Jugeli, L. Chanturia, 13-14; J. Mahonen, 25-32; H. Merkt, 263-268; J. van Bekkum *et al.*, 265-269; S. Soltysinski, 121-122.

²⁷ Вид. Интерни материјал, национални извештаји (Конгрес, Вашингтон 2010): R. A. Etcheverry, 37 – у неколико случајева нижи судови су прихватили тужбени захтев одбијајући принудну продају – истискивање мањинских акционара, с позивом на неуставност, док су у само једном случају то исто учинили позивајући се на власничка права мањинских акционара.

²⁸ Упор. Интерни материјал, национални извештаји (Конгрес, Вашингтон 2010): А. Autenne, G. Colard, А. Alexandre, 20-21; N. Eizirik, 13-14; I. L. Fannon, 18-19; Y. Shim, 11-13; K. N. Kyriakakis, 33-38; M. Васиљевић, 32-35; L. Junhai, K. B. Pišler, 24-25; F. Denozza, P. Montalenti, 20-21; R. A. Etcheverry, 29-32; J. G. Hill, 38-39; J. S. Christensen, 10-11; P. H. Conac, 26-29; I. Corbisier, 24-25; J. M. Coutinho de Abreu, 24-27; P. V. Kunz, 17-19; W. J. Wang, W. R. Tseng, 13-14; A. E. G. Usluel, 14-15; Д. Јурић, 17-19; G. Jugeli, L. Chanturia, 12-13; J. Mahonen, 21-25; H. Merkt, 260-263; J. van Bekkum *et al.*, 261-264.

уз развијање регулативе и праксе обавезног осигурања од одговорности као делатности слободне професије, не сме се унапред ограничавати, каквих појава има у законској регулативи и аутономној пракси, јер би се тиме ова професија фаворизовала у односу на остале слободне професије.

6. САНКЦИЈЕ ИЗВРШЕЊА РЕГУЛАТИВЕ

Правне санкције извршења регулативе (законске, саморегулативе, аутономне), како грађанске, тако и управне и кривичне у основи су по својој форми стандардизоване.²⁹ Кад је реч о путевима њихове примене, неке земље прихватају само јавноправни режим (што је ретроградно), а неке мешавину јавноправног (одговарајући државни органи овог или оног статуса) и приватноправног режима (притисак акционара кроз индивидуалне, деривативне или тужбе класе акционара, побијање или поништај корпоративних одлука) или притисак поверилаца (деривативна тужба кад је дозвољена или паулијанска тужба са статусом деривативне код стечаја). Мешавину јавноправног режима и приватноправног режима прихвата и наше право, с тим што је и у једном и у другом делу потребно више унапређења. *Јавноправни режим* – посебно је критична непримена управних санкција, попут новчане казне и других, од стране надзорних тела, као и релативно слабо уређен систем кривичних санкција за повреде корпоративног управљања. *Приватноправни режим* – отклањање бројних ограничења за деривативну тужбу³⁰ (како би се иста учинила и фак-

²⁹ Упор. Интерни материјал, национални извештаји (Конгрес, Вашингтон 2010): А. Autenne, G. Colard, A. Alexandre, 25-26; N. Eizirik, 19; I. L. Fannon, 24-27; Y. Shim, 18; K. N. Kyriakakis, 53-54; M. Васиљевић, 40-41; L. Junhai, K. B. Pišler, 36-39; F. Denozza, P. Montalenti, 24-27; R. A. Etcheverry, 40-42; J. G. Hill, 44-51; J. S. Christensen, 23; P. H. Conac, 34-36; N. Nakamura, 30; I. Corbisier, 28-29; P. V. Kunz, 22-23; W. J. Wang, W. R. Tseng, 19; A. E. G. Usluel, 19; Д. Јурић, 23-24; G. Jugeli, L. Chanturia, 15; J. Mahonen, 35-37; H. Merkt, 270; J. van Bekkum *et al.*, 274; S. Soltysinski, 122-125.

³⁰ Упор. Интерни материјал, национални извештаји (Конгрес, Вашингтон 2010): F. A. Gevurtz, 7-9; A. Autenne, G. Colard, A. Alexandre, 27-28 – капитал праг је 1% или један милион и 250.000 евра; N. Eizirik, 21; I. L. Fannon, 27-29; Y. Shim, 8; K. N. Kyriakakis, 55-56 и 60 – не постоји деривативна тужба иако се теорија залаже за њено увођење, али по захтеву мањинских акционара са прописаним капиталом скупштина може именовати специјалног заступника за подизање тужбе и вођење спора у име компаније против лица која су повредила дужности према компанији; M. Васиљевић, 41-42; L. Junhai, K. B. Pišler, 43-44 – деривативна тужба је уведена изменама компанијског закона из 2005. године, а капитал цензус је 1%; F. Denozza, P. Montalenti, 28; R. A. Etcheverry, 22-23 – индивидуално право; J. G. Hill, 32-34; P. H. Conac, 34-35 – капитал цензус је 5%; N. Nakamura, 30-32 – за активну легитимацију довољна је и једна акција, а у току је измена компанијског закона која ће дозволити и двоструку или вишеструку деривативну тужбу, тј. да акционар холдинг компаније може бити тужилац директора непосредно или посредно зависних друштава; I. Corbisier, 30 – у току је увођење института деривативне тужбе; J. M. Coutinho de Abreu, 22; P. V. Kunz, 24-25 – нема капитал цензуса; W. J. Wang, W. R. Tseng, 12 и 19-20; A. E. G. Usluel, 20; Д. Јурић, 14 и 24 – у основи не постоји деривативна тужба, већ по захтеву квалификованих мањинских акционара суд одлучује о именовању специјалног заступника који одлучује

тички јаким инструментом спољњег корпоративног управљања) или увођење јасног правног режима за колективну тужбу класе акција.³¹

Неправне санкције примене регулативе „меког права“ могу да имају одређеног дејства само код земаља које имају развијено тржиште хартија од вредности и отуд стварни ефекат притиска тржишта и инвеститора на поштовање института овог права из домена корпоративног управљања, посебно из домена норми „примени или објасни (објави)“. Како то није случај са нама, то не треба очекивати њихово стварно дејство на унапређење корпоративног управљања и његових стандарда, што је и разлог за разбијање илузија да ће ово „право“ у нашим условима допринети развоју добре корпоративне праксе.³² Када пак „меко право“ има и правне санкције (услов за листинг и котацију, одговорност управе за непоступање по његовим стандардима и слично), онда оно без обзира на свој извор (порекло) у ствари поприма природу „тврдог права“ као „правог права“.

7. ОРГАНИЗОВАЊЕ АКЦИОНАРА

Заштита акционара, посебно мањинских акционара, те унапређење и поштовање достигнутих стандарда корпоративног управљања од стране управа компанија при доношењу пословних одлука захтева и снажну организацију акционара, посебно непрофесионалних и дисперзованих, како би лакше артикулисали свој интерес. Овај аутономни инструмент заштите акционара, који би уз то имао и статутарно овлашћење да поступа у име акционара (нпр. подизање тужбе класе акција), значајно би повећао институционални капацитет њихове заштите, посебно у условима када јавноправни сектор на том плану у доброј мери затаји (некоришћење овлашћења надзорних тела на тржишту хартија од

о подизању тужбе и вођењу спора против чланова управног одбора или надзорног одбора у име компаније, ако то по овом захтеву у року од шест месеци није учинио сам управни одбор или надзорни одбор; G. Jugeli, L. Chanturia, 12; J. Mahonen, 19 – индивидуално право; H. Merkt, 274; J. van Bekkum *et al.*, 276-280 – холандско компанијско право не познаје деривативну тужбу акционара, али познаје индивидуалну тужбу против лица која имају дужности према компанији, као и процедуру покретања истражних радњи коју могу покренути мањински акционари и други; S. Soltysinski, 124-125.

³¹ Упор. Интерни материјал, национални извештаји (Конгрес, Вашингтон 2010): J. G. Hill, 32-34 – запажен је драматичан раст тужби класе акција; K. N. Kyriakakis, 60 – не постоји тужба класе акција, али се теорија залаже за њено увођење; J. S. Christensen, 23 – недавно је уведена колективна тужба и очекује се пораст спорова; Y. Shim, 18; P. H. Conac, 38-39 – донедавно француско право је познавало само „тужбу класе“ везану за потрошаче, али је кроз судску праксу признало и акционарима класе акција „тужбу класе“, где је у пракси било случајева на страни тужиоца и преко 800 акционара, којима је признато једнако право на накнаду штете, без разликовања личних ситуација; H. Merkt, 274; J. van Bekkum *et al.*, 279-280.

³² Упор. Интерни материјал, национални извештаји (Конгрес, Вашингтон 2010): N. Eizirik, 19-20; I. L. Fannon, 27; M. Васиљевић, 40-41; L. Junhai, K. B. Pišler, 39; R. A. Etcheverry, 42; P. H. Conac, 36-37; N. Nakamura, 30; I. Corbisier, 29; P. V. Kunz, 25-26; J. van Bekkum *et al.*, 275.

вредности или надзорних тела на тржишту конкуренције, непрофесионалност и неажурност судова и слично). Како код нас таквих организација за сада на националном плану нема, свакако би било пожељно њихово установљење, што би био још један корак наше праксе ка развоју стандарда добре корпоративне праксе.³³

Конечно, због несумњивог значаја корпоративног управљања (као нове парадигме компанијског права и права хартија од вредности, као и стечајног права), како на појединачном нивоу, тако и на националном нивоу, као и због потребе благовременог праћења развоја добре корпоративне праксе (пословне и судске) и регулативе корпоративног управљања (законске, саморегулативе, аутономне), а посебно регулативе „меког права“, те лобирања за одговарајуће благовремене промене и праксе и регулативе у складу с владајућим трендовима, а у складу с позитивним искуствима релевантних земаља, неопходно је образовање Одбора за корпоративно управљање при Влади и/или при Приредној комори.

8. ЗАВРШНИ ПОГЛЕД НА ПУТЕВЕ РАЗВОЈА РЕГУЛАТИВЕ КОРПОРАТИВНОГ УПРАВЉАЊА

Стандарди корпоративног управљања морају следити опште трендове упоредне регулативе, пословне и судске праксе, посебно трендове исте породице права – *civil law*, не занемарујући при том ни значај утицаја локалне правне културе и културе уопште, као и локалне правне традиције (независан директор није исто у систему *common law* и *civil law*, као што ни у овим системима није сасвим исто од земље до земље; транспарентност корпоративног управљања нема исто дејство у земљама снажне традиције финансијских тржишта и у земљама традиције кредитних тржишта и слично). С друге стране, стандарди корпоративног управљања за комерцијални сектор морају бити неш-

³³ Упор. Интерни материјал, национални извештаји (Конгрес, Вашингтон 2010): N. Eizirik, 21; M. Васиљевић, 42-43; R. A. Etcheverry, 43; J. S. Christensen, 24; P. H. Conac, 39 – позната је посебно Асоцијација за одбрану мањинских акционара која је тужила многе француске компаније у циљу заштите права акционара, а члан је и Европског форума за корпоративно управљање – АДАМ; I. Corbisier, 30; J. Mahonen, 40; H. Merkt, 275 – постоје две врло утицајне организације акционара које, за разлику од француског примера, немају статутарно овлашћење за подизање тужби за акционаре због повреде стандарда корпоративног управљања при доношењу пословних одлука, али играју важну улогу у унапређењу ових стандарда и њихове примене и лобирању при законодавним реформама на страни заштите права акционара: Немачка асоцијација за заштиту акционара и Асоцијација за заштиту финансијских инвеститора; J. van Bakkum *et al.*, 281 – постоји неколико асоцијација акционара: VEB – Асоцијација акционара, ESG – Европска група акционара, Eumedion – заступа интересе институционалних инвеститора); S. Soltysinski, 126 – постоји Асоцијација отворених компанија и Институт директора, који активно учествују у доношењу кодекса добре корпоративне праксе и промовишу стандарде друштвене одговорности компанија.

то нижи од стандарда за финансијски сектор, где свакако морају бити строжи (обавезност независних директора као законски стандард, а не стандард „меког права“, обавезност неперсоналне уније председника управног одбора и првог извршног директора као законски стандард, обавезност комитета за риск менаџмент или других комитета: за именовање, за накнаде директорима, одбор ревизора – све као законски стандард и слично).

9. РЕГУЛАТИВА УПРАВЉАЊА КОМПАНИЈАМА У „РАЉАМА“ ФИЛОЗОФИЈЕ ПРАВА

Право уопште, пословно посебно (укључујући и регулативу управљања компанијама), захваљујући својој ширини (формалној и материјалној, појмовној и садржинској) треба да оставља простор за конструктивну сарадњу, посебно и са економијом, и са техником и са филозофијом.

Најпре, *право и економија* не могу и не смеју ићи различитим колосецима. У тражењу одговора на питање узрока економске кризе (па и правне) чини се да то није случај. Наиме, економија (бар она либералне оријентације) *проблем тражи у квантитету прописа* (узрок кризе је превелика „количина“ прописа, као да је јединица мере за право јединица тежине), док право такве узроке тражи у карактеру и природи прописа (државних: мера императивности и мера диспозитивности; саморегулаторних: мера императивности и диспозитивности; аутономних; мера „тврдог“ и „меког“ права). Истина, вокација сваке од ових двеју струка овим се испуњава, али право и економија морају наћи тачку сусрета у којој се можда налази и сама есенција узрока кризе и економије и права. Чини се да се та тачка управо налази у *квалитету прописа*, независно од њихове природе, врсте или субјекта стварања. Природа привреде вероватно налаже потребу за *вишим степеном флексибилности*, што говори у прилог потреби давања преваге „меком праву“, али ауторитет и култура примене права није једнозначна категорија, која важи за сва времена и просторе, што опет даје снагу „тврдом праву“ (земље у транзицији, земље *civil law* културе). О овој константи би се морало водити рачуна и при процесима хармонизације права (локални, регионални или европски ниво), а посебно при одређивању динамике хармонизације пословног права земаља нечланица неке асоцијације са хармонизованим правним оквиром те асоцијације (посебно актуелно је питање хармонизације права земаља нечланица са хармонизованим правним оквиром права земаља чланица ЕУ).

Као што постоји нужност сарадње права, посебно пословног права, и економије, тако исто *постоји и нужност сарадње права, посебно пословног, и технике*. Наиме, достигнути ниво технике омогућује развој бројних правних института у правцу коришћења техничких достигнућа (дематеријализација хартија од вредности, вођење разних регистара у електронској форми:

регистри непокретности, регистри привредних субјеката, регистри серијских хартија од вредности, регистри бројних права, регистри дигиталних потписа и слично). Овим пословно право остварује једну од својих кључних одредница – *брзина* пословноправног саобраћаја. При том, не сме се заборавити да је друга његова кључна одредница *сигурност*, те је потребно посебно водити рачуна да овај сегмент не буде запостављен или да са становишта потребе дизања нивоа правне сигурности има ваљане правне одговоре. С друге стране, мора се имати у виду да овакав развој права „образ уз образ“ са развојем технике води „*принудној љубави*“ *привреде и управе* (државне и локалне) и извлачењу привреде све више из оптике суда (што је ипак „пут којим се ређе иде“, с обзиром на то да привреда по дефиницији мора да буде што више тржишна категорија, што је *свакако више* ако је „под надзором“ суда као независне гране власти по уставној дефиницији, него кад је под својеврсним „надзором“ управе, која по уставној дефиницији припада држави).

Право уопште, а посебно пословно право (и тиме и управљање компанијама) има наглашену *потребу да сарађује са филозофијом* уопште (посебно са филозофијом права). Право није и не може бити конзистентан систем, ако се развија стихијно, ако се схвата превише егзегетички и прагматски, да се задовољи тренутна потреба недостатка неког прописа, потреба попуне неке правне празнине, потреба испуњења неког постављеног услова за добијање неког кредита од стране неке међународне финансијске организације, потреба испуњења неког услова који се тражи на путу чланства у некој регионалној или европској интеграцији. *Чак и као такво у својој интерпретацији, право се не може схватити као изоловани скуп појединачних норми* (државних, саморегулаторних, аутономних). Такво право или таква интерпретација права више је његова имитација и компромитација него недостајући део система права трајније вредности.³⁴ Такво право даје само снажан белег у срзавању ауторитета права и ширењу „културе“ немоћи права. Такво право не изоштрава правну свест о значају права као регулатора друштвених односа. Такво право даје снажан легитимитет политичкоизвршној власти, њеној осиноности и волунтаризму у покушају владања изван права или потчињавању „правог права“ свом „пра-

³⁴ „Правни писац, за разлику од правника практичара, не може да се задовољи оним што стоји написано у законима, већ мора да процени и њихову унутрашњу основу. Није довољно познавати појединачне норме, ако се свешћу не уђе у дух који их покреће и који има свој корен у самом нашем духу. Појединачност закона управља нас ка опшћности права, а мисао о општем је филозофија. Према томе, правна наука и филозофија не могу ићи одвојено....*Правна наука лишена филозофских елемената*, била би, према поређењу које је Кант извукао из античке басне, *слична глави без мозга*. И заиста, ништа не би било тако суво и јалово као студија појединачних норми које су овде и онде на снази, када са те емпиријске материје не би било дато узнети се ка начелима из којих те исте норме произлазе и која имају своје седиште у разуму; не дакле само из Законика или сходно Цицерону, „не из Преторовог едикта, нити из XII таблица, већ из интимне филозофије има да се црпе правна наука“ – Ћ. дел Векио, *Право, правда и држава*, Београд 1999, 107-108.

ву“, као формалном неправу, а фактичком „праву“. Тиме својеврсно метаправо постаје „право“ (самовољно).³⁵

Закључно, дакле, нема привреде, просперитетне, стабилне, конкурентне, развојне, нити тржишне економије без владавине права и доброг корпоративног управљања. Уверење да је тржиште свемоћно и да му треба кроз поступак брзе приватизације омогућити деловање (без обзира на владавину права у том поступку или и више од тога без обзира на поштовање принципа правичности у том поступку), као уверење креатора (нео)либералне економије на челу са М. Фридманом³⁶ и Р. Хајеком,³⁷ показало се погубним, што је резултирало великом економском кризом, чије су размере упоредиве са таквом кризом тридесетих година прошлог века. Алтернатива „владавина права или приватизација“, јавно неизречена, али прећутно присутна код протагониста ове филозофије економије, није била тржишна алтернатива, већ по свему судећи идеолошка заслепљеност. Економски успешна и социјално прихватљива приватизација као основа тржишне економије приватне својине као доминантне није заправо могућа без владавине права и доброг корпоративног управљања. На опште изненађење стручне јавности, један од водећих протагониста (нео)либералне економије (М. Фридман) је то пре неколико година и признао, прихватајући да је погрешно и да је *владавина права* „примарнија од приватизације“ и да без утицаја државе „ствар у своје руке преузима мафија“.³⁸

³⁵ О разлици правне силе (прати је правна принуда) и самовољне силе (право се одликује неповредљивошћу од самовољне силе), вид. Р. Штамлер, *Привреда и право*, Београд – Подгорица 2001, 401-461.

³⁶ М. Фридман, *Слобода избора (лични став)*, Нови Сад 1996, 27-56.

³⁷ Ф. Хајек, *Право, законодавство и слобода*, Београд – Подгорица 2002.

³⁸ Вид. З. Јелић, „Владавина права и тржишна економија, *Правни живот* 14/08, 286.

GENERAL (PHYLOSOPHICAL-LEGAL) OVERVIEW OF THE DEVELOPMENT OF THE INSTITUTE OF CORPORATE GOVERNANCE IN COMPARATIVE LAW AND PRACTICE

Summary

In this study the author discusses the matter of regulations (legislation, self-regulations, autonomous) of corporate governance, both in the system of “hard law” and the system of “soft law”, as new apparitions in the legal system. The author ascertains, based on comparative experiences of over thirty countries with civil law and common law systems, that the union of these two types of law is an advisable method of regulation and development of good corporate practice, especially whence taking into consideration that legislation and self-regulating of self-regulatory organizations is abstract and cannot sufficiently assert the specific nature of each and every company. Whilst advocating freedom of contract as a legal principle for regulating corporate governance in closed companies, the author concurrently pleads for a certain imperative circle of questions of corporate governance of open companies (the need for shareholder protection, the need for minority shareholder protection, the need for protecting other investors, obligation of publishing information tied to the pricing of securities, obligation of revision, the position of supervisory bodies and Boards of Directors in taking over control, the system administration and other), outside which the desirable method of regulation is precisely “soft law” and employment of the standard “apply or explain”.

The author discusses numerous questions of the so-called internal corporate governance (status issues of the Board of Directors, administration system with a recommendation of adopting the freedom of a single degree or two degree system, independent directors, dismissal without basis or with the existence of an important basis, fiduciary duty of the controlling shareholder toward the company, activism of shareholders and instruments for securing simplified effectuation of the right to vote by shareholders, accountability for damages with application of the Business Judgment Rule, duty of loyalty by members of the Board of Directors in situations where there exists a conflict of personal interest or the interests of persons connected with the company, advancement of internal supervision by way of an Board of Auditors and internal audit and an internal auditor, employees and participation, corporate social responsibility), as well as numerous issues of so-called external corporate governance (taking control over an open joint stock company through a public bid – takeover and, in that respect: takeover defense measures, the status of the Board of Directors in the takeover; “squeeze out” and “sell out”, the “break-through rule” following the takeover; the status of the supervisory regulatory body in the takeover; obligation to publish information of an open and especially listed company which are of significance for the price of serial securities of the company; external inde-

pendent auditor; execution of the regulations pertaining to the securities market in the sense of public law and private law – the role of the courts, supervisory bodies, claims by shareholders, claims by creditors; types of accountability: civil, administrative and criminal, non-legal sanctions for violation of the ‘soft law’ and their scope in the securities market).

For all of these and numerous other legal issues the author gives proposals aiming at improvement of the existing legal framework, so as to increase the existing standards of corporate governance in our country, in both the financial and commercial sectors, and so that our regulations will be harmonized in accordance with the changes of the appropriate comparative regulations. In addition, the author does not try to emulate some solutions from the arsenal of corporate governance per se, but recommends only those solutions for which he believes are fitting of the tradition of the civil law system to which our law belongs and which conforms to our legal tradition and local legal ambience and environment, seeing as only as such can they withstand the test of time and survive within the legal system.

Key words: *corporate governance, directors, Board of Directors, supervisory board, Board of Auditors, takeover of control, auditor, financial market, shareholder.*

УПРАВЉАЊЕ ЈАВНИМ ПРЕДУЗЕЋИМА И ДРУШТВИМА КАПИТАЛА ПО ПРОПИСИМА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Проф. др Марко Рајчевић*

Анстракт: У раду се разматрају разлике у статусу јавних предузећа и друштава капитала, са аспекта начина управљања овим привредним субјектима. Специфичност јавних предузећа огледа се и у систему дводомне управе, која се као метод управљања примјењује у њима, за разлику од друштава капитала у којима је Законом о привредним друштвима прихваћен једнодомни модел. Оваква разлика, која може створити тешкоће у практичној примјени због супсидијарне примјене Закона о привредним друштвима на статус јавних предузећа, резултат је потребе појачане контроле над радом и пословањем таквих субјеката.

Кључне ријечи: управљање, јавна предузећа, привредна друштва.

I. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Јавно предузеће је, по Закону о јавним предузећима¹, оно предузеће које оснива Република Српска или јединица локалне самоуправе, ради обављања дјелатности од општег интереса или које обавља дјелатности од општег интереса.² Критериј обављања дјелатности од општег интереса није једина специфичност јавних предузећа, али је она основа и за њене остале карактеристике, по којима се разликује од других пословних субјеката, нарочито од друштава капитала са којима дијели и многе заједничке особине. Обављање дјелатности од општег интереса условила је специфичност јавних предузећа у погледу оснивања, органа, начина и контроле пословања и престанка њиховог постојања. Због тога је њихов правни статус посебно регулисан законским прописима општег и специјалног карактера. За правни статус јавних предузећа

* Проф. др Марко Рајчевић, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци.

¹ „Службени гласник Републике Српске“, бр. 75/04 у даљем тексту и ЗЈП.

² Члан 2. став 1. Закона о јавним предузећима.

од основне важности су Закон о јавним предузећима и Закон о систему јавних служби³, али за поједине области дјелатности од јавног (општег) интереса донесени су и посебни закони⁴ који такође специфицирају положај јавних предузећа у тим областима. Овим законима не заокружује се правни миље, у оквиру кога се оснивају, организују и послују јавна предузећа. Њихов правни положај регулисан је и основним прописима којима се уређује статус привредних друштва, а то је сада важећи Закон о привредним друштвима.⁵ Наиме, Законом о јавним предузећима уређује се правни положај јавних предузећа, али не и сва питања значајна за њихов статус. На она питања која њиме нису обухваћена, слиједом императивне норме, примјењују се одредбе Закона о предузећима.⁶ Међутим, Закон о предузећима⁷ престао је да важи даном примјене Закона о привредним друштвима⁸, а у Закону о јавним предузећима остала је норма која директно упућује на примјену Закона о предузећима, чак и неких његових конкретних чланова. Законодавац је пропустио да правовремено реагује и до сада није ријешио ову ситуацију доношењем измјена и допуна Закона о јавним предузећима, нити евентуално доношењем новог Закона, без обзира што за привредна друштва постоји општа обавеза организационог усклађивања са одредбама Закона о привредним друштвима. Суштина супсидијарне примјене ранијег Закона о предузећима, а сада Закона о привредним друштвима, је у чињеници да су јавна предузећа друштва капитала, тј. Акционарска, односно друштва са ограниченом одговорношћу. Она су корпоративизована у процесу приватизације, а Закон о јавним предузећима изричито указује појединим одредбама на чињеницу да се ради о друштвима капитала.⁹

Између статуса јавних предузећа и Закона о предузећима постојала је и директна веза у толико што је Закон о предузећима у појединим одредбама на општи начин регулисао положај јавних предузећа.¹⁰ Закон о привредним друштвима јавна предузећа уопште и не спомиње, јер се пошло од чињенице да је положај таквих субјеката уређен посебним прописима. Осим тога, Закон о привредним друштвима напустио је концепт предузећа као носиоца субјективитета резервишући такав статус за привредна друштва.

³ „Службени гласник Републике Српске“, бр. 68/07.

⁴ Видјети нпр. Закон о електричној енергији (пречишћен текст, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 8/08); Закон о шумама („Службени гласник Републике Српске“, бр. 75/08); Закон о пошти („Службени гласник“, 20/97,27/97, 63/01); Закон о жељезницама Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, бр. 58/01 и 110/08) итд.

⁵ „Службени гласник Републике Српске“, бр. 127/08. У даљем тексту и ЗПД.

⁶ Видјети чл. 1. Закона о јавним предузећима.

⁷ „Службени гласник Републике Српске“, бр. 24/98, 62/02, 38/03, 97/04 и 34/06.

⁸ Члан 445. ст. 2. Закона о привредним друштвима.

⁹ Тако се у члану 8. ст. 2. каже да „акционари који имају најмање 5% гласачких права имају право на једно мјесто у надзорном одбору“.

¹⁰ Видјети чланове 2. ст. 1, члан 10. ст. 3, 386. и 387.

Међутим, без обзира што се јавна предузећа више изричито не спомињу у основном пропису за материју статуса привредних друштава, остаје чињеница да је Закон о привредним друштвима супсидијаран пропис који се примјењује на статус јавних предузећа у оним питањима која Законом о јавним предузећима нису регулисана. Таквих питања, посебно у домену управљања јавним предузећима има, те ћемо овим радом размотрити проблематику управљања јавним предузећима, односно друштвима капитала са аспекта законских прописа. С тим у вези, у првом реду, уочавају се разлике у систему управе између ових привредних субјеката, па ћемо у том смислу те разлике истаћи. То може бити од утицаја на питање практичних рјешења у будућим измјенама и допунама Закона о јавним предузећима, како би се његове одредбе ускладиле са одредбама Закона о привредним друштвима. У овом раду предложити се и могуће солуције у том правцу.

II. УПРАВЉАЊЕ ЈАВНИМ ПРЕДУЗЕЋИМА

Закон о предузећима одређивао је да су органи јавног предузећа управни одбор, надзорни одбор и директор, а да се статутом јавног предузећа могло утврдити образовање и одбора извршних директора.¹¹ Било је одређено да управни и надзорни одбор бира оснивач, односно власник, те да директора бира управни одбор, ако оснивачким актом није другачије одређено.¹² Имајући у виду чињеницу да је Закон о предузећима донијет 1998. године, а Закон о јавним предузећима 2004. године, као и на супсидијарну примјену Закона о предузећима на питања која нису обухваћена Законом о јавним предузећима, било је за претпоставити да ће Закон о јавним предузећима у погледу управљања слиједити концепцију Закона о предузећима, који је у том смислу већ поставио општи оквир. Но, то се није у потпуности остварило, јер је Законом о јавним предузећима прихваћен нешто другачији дводомни модел управе. Док је у Закону о предузећима било предвиђено да управни и надзорни одбор бира оснивач, односно власник, те да је образовање одбора извршних директора било могуће, али не и обавезно, по Закону о јавним предузећима органи предузећа су скупштина, надзорни одбор и управа (менаџмент) коју чине директор и извршни директори.¹³ Надзорни одбор именује и разрјешава скупштина.¹⁴ Приликом номинавања кандидата за избор чланова надзорног одбора, орган надлежан за избор мора поступати у складу са Законом о министарским, владиним и другим именованима.¹⁵ Надзорни одбор састоји се од најмање три члана, а

¹¹ Члан 387. ст. 1.

¹² Исто, ст. 2.

¹³ Члан 4. и члан 10. ст. 1.

¹⁴ Члан 5. Закона о јавним предузећима.

¹⁵ Члан 6. Закона о јавним предузећима.

акционари који имају најмање 5% гласачких права имају право на једно мјесто у надзорном одбору.¹⁶ Чланови управе бирају се од стране надзорног одбора већином гласова, на основу јавног конкурса, према оперативним и пословним потребама предузећа, у складу са одредбама статута.¹⁷ С обзиром да се ради о дводомном моделу управе, који је рађен по узору на њемачки систем, Закон о јавним предузећима је посебну пажњу обратио на контролну функцију, па предвиђа постојање одбора за ревизију чије чланове именује скупштина, као и одјељење за интерну ревизију чијег директора, у складу са Законом о министарским, владиним и другим именованима именује главни ревизор, а ако он не искористи то своје право, предузеће је дужно извршити његово именовање под надзором главног ревизора.¹⁸

Сваки од претходно наведених органа јавног предузећа има свој дјелокруг рада.

Скупштина јавног предузећа у принципу има надлежност скупштине акционарског друштва, али и неке надлежности које су везане за специфичан положај јавног предузећа, као што је доношење етичког кодекса и именовање и разрјешење чланова надзорног одбора (с обзиром да надзорни одбор као орган не постоји у акционарским друштвима комерцијалног типа).¹⁹

Надзорни одбор има контролну функцију, јер надзире рад управе, доноси смјернице о набавци и врши надзор над њиховим спровођењем, одобрава препоруке одбора за ревизију о расподјели добити и другим питањима, даје овлашћење за ограничене активности у складу са Законом, даје упутства директору за спровођење истраге у вези са учињеним неправилностима, а поред те функције, има надлежности и у погледу доношења пословних одлука везаних за сарадњу и повезивање са другим предузећима, инвестирању, давању приједлога за оснивање нових предузећа, чиме одступа од оних надлежности које су за надзорни одбор уобичајене у дводомном моделу управе. Надзорни одбор има и надлежност да именује и разрјешава чланове управе, али и да предлаже акте, које скупштина јавног предузећа усваја.²⁰ Надзорни одбор има посебну дужност и одговорност да, како Закон каже, у договору са одбором за ревизију, сачини приједлог етичког кодекса, а ова дужност не може да се пренесе на други орган.²¹

Управа предузећа, директор и извршни директори, имају надлежности изричито прописане чланом 10. Закона о јавним предузећима, које су за њих специфични, као што су: спровођење етичког кодекса и давање приједлога над-

¹⁶ Члан 8. Закона о јавним предузећима.

¹⁷ Члан 11. ст. 1. Закона о јавним предузећима.

¹⁸ Видјети члан 25. и члан 29. ст. 1. и 2. Закона о јавним предузећима.

¹⁹ Видјети члан 5. Закона о јавним предузећима.

²⁰ Видјети члан 7. Закона о јавним предузећима.

²¹ Члан 19. Закона о јавним предузећима.

зорном одбору о пословној сарадњи и повезивању са другим предузећима, о инвестиционим одлукама, о оснивању нових предузећа. Управа је дужна да извјештава надзорни одбор на његов захтјев, да предлаже и спроводи смјернице о набавци, да спроводи прописе, да израђује и реализује планове пословања, те да утврђује приједлоге о расподјели добити и покрићу губитака. Закон на одговарајућим мјестима наводи и друге дужности и послове управе, нарочито оне везане за јавне набавке²², али нарочито не наводи послове управе везане за пословођење и заступање, па се ти послови подразумијевају, јер су иманентни управи, што се одражава формулацијом Закона да управа “обавља и друге послове утврђене законом, статутима и актима предузећа”.²³

С тим у вези је и посебна одговорност чланова управе према предузећу.²⁴

Контролне надлежности у јавном предузећу обавља, како надзорни одбор, тако и посебни органи ревизије, како је већ претходно и напоменуто. Један од основних приоритета садржине Закона о јавним предузећима је посебан надзор над радом јавног предузећа, како интерни тако и екстерни, не само у спровођењу одредаба Закона о јавним предузећима (врше га ресорна министарства), већ и других који су значајни за пословање јавних предузећа, а нарочито Закона о јавним набавкама. У том смислу, сви поступци набавке који се обављају у предузећу, проводе се уз строго поштовање одредби закона који регулише ту област, за шта су надлежни управа и надзорни одбор јавног предузећа.²⁵

III. УПРАВЉАЊЕ ДРУШТВИМА КАПИТАЛА

Законом о привредним друштвима суштински је у погледу управљања друштвима капитала прихваћен једнодомни модел.

Скупштина друштава са ограниченом одговорношћу и затворених акционарских друштава имају могућност опције, која се дефинитивно разрјешава оснивачким актом, у погледу избора између директора, као инокосног, или управног одбора, као колективног органа овлашћеног за обављање пословодствених и заступничких послова. Такве опције, међутим, нема, ако се ради о отвореним акционарским друштвима, јер то може да буде само управни одбор, а уз то обавезно је постојање извршног одбора. Управни одбор бира и разрјешава чланове извршног одбора, који могу бити уједно и његови чланови, с тим да их

²² Видјети члан 34. Закона о јавним предузећима.

²³ Члан 10. ст. 2. тач. и.

²⁴ Видјети члан 12. ст. 4. Закона о јавним предузећима. Ради се о директном упућивању на члан 268. Закона о предузећима који говори о накнади штете друштву проузроковане од чланова управе својим незаконитим активностима у вези одређених пословодствених и заступничких овлашћења.

²⁵ Члан 33. Закона о јавним предузећима.

мора бити мање од половине укупног броја чланова управног одбора. Котирана акционарска друштва морају у управном одбору имати већину неизвршних чланова, од којих су најмање два независна члана.²⁶ Број чланова управног одбора отвореног акционарског друштва утврђује се оснивачким актом, с тим да има најмање три, а највише петнаест чланова.²⁷ Предсједник управног одбора је уједно и генерални директор друштва, ако оснивачким актом или статутом друштва није другачије одређено.²⁸

Управни одбор котираног акционарског друштва мора имати комисију за именовање и комисију за накнаде, које му помажу у раду, вршењем припрема за одлучивање о питањима из његове надлежности.²⁹

Закон о привредним друштвима одређује да котирано акционарско друштво има интерног ревизора, одбор за ревизију и независног ревизора, а отворено акционарско друштво има независног ревизора, а може имати интерног ревизора и одбор за ревизију, ако је тако одређено оснивачким актом или статутом.³⁰ Затворено акционарско друштво може имати, ако се то одреди оснивачким актом или статутом, интерног ревизора или одбор за ревизију.³¹

Треба констатовати да се одредбама Закона о привредним друштвима, који се односе на органе ревизије, не нарушава једнодомна структура органа отвореног акционарског друштва, с обзиром да је њихова улога искључиво консултативна, а могућност утицаја на рад управног одбора није директна, већ се своди на „расправљање“ о одређеним питањима.³²

Дјелокруг рада скупштине акционара уобичајен је и детаљно одређен Законом о привредним друштвима.³³

Управни одбор акционарског друштва има своје надлежности, које су одређене законом и скупштински се ради о обједињавању, како управних, тако и надзорних овлашћења.³⁴ Тако управни одбор управља развојем друштва и стратегијом и надзирањем извршних директора и администрације друштва. Овлашћења управног одбора могу се пренијети у дјелокруг скупштине акционара само одлуком управног одбора, ако оснивачким актом или статутом није другачије одређено.³⁵

²⁶ Члан 301. ст. 1. ЗПД.

²⁷ Члан 299. ЗПД.

²⁸ Члан 303. ст. 4. ЗПД.

²⁹ Члан 308. ЗПД.

³⁰ Члан 320. ст. 1. ЗПД.

³¹ Исто, ст. 2.

³² Дијана Марковић Бајаловић, Управна и надзорна функција у отвореном акционарском друштву, Право и привреда, бр. 5-8/2005, стр. 195.

³³ Видјети, члан 281. ЗПД.

³⁴ Члан 304. стр. 1 ЗПД.

³⁵ Исто, стр. 2.

IV. ОДНОС МОДЕЛА УПРАВЉАЊА ЈАВНИХ ПРЕДУЗЕЋА И ДРУШТАВА КАПИТАЛА

Из онога што је претходно изложено у погледу садржаја Закона о јавним предузећима и Закона о привредним друштвима, проистиче да су у јавним предузећима и комерцијалним друштвима капитала прихваћени различити модели управљања.

У јавним предузећима примјењује се дводомни модел управљања, којег карактерише раздвајање извршне од надзорне функције. Ово разграничење није тако чисто, као што је то случај у њемачком, аустријском или хрватском праву, који користе овај модел, јер, нпр. надзорни одбор, како је и наведено, има поред надзорних и неке надлежности које су уобичајено у дјелокругу рада управе друштава капитала. Но, таква околност суштински не мијења карактеристику дводомности овог модела, нарочито када се има у виду да надзорни одбор надзире рад управе, те именује и разрјешава њене чланове, што има за посљедицу инкомпатибилност истовременог чланства у овим органима.

Када се узме у обзир чињеница да је основни мотив доношења Закона о јавним предузећима био да се успостави адекватна унутрашња контрола рада и пословања јавних предузећа, онда је логично што је изабран овај модел управљања јавним предузећима. Овај модел прикладан је по својим карактеристикама за она акционарска друштва у којима, између осталог, постоји концентрисано акционарство.³⁶ По дефиницији јавног предузећа у нашем праву, и по карактеристикама које несумњиво указују да се у огромном броју случајева ради о акционарском друштву, концентрисани акционар је јавна власт, тј. Република или јединица локалне самоуправе, иако постоје и мањински акционари, оличени у, најчешће, инвестиционим фондовима.

Међутим, треба примијетити да се овај дводомни модел у неким својим општим карактеристикама, супсидијарном примјеном Закона о привредним друштвима, додатно мијења. На примјер, положај мањинских акционара је побољшан у односу на једну од основних карактеристика дводомног модела, да су такви акционари слабо заштићени и да, с тим у вези, постоји неразвијена пракса акционарских (дериватних) тужби. Тако ће мањински акционари јавних предузећа моћи да користе она права која им у том смислу нуди Закон о привредним друштвима, да, примјерице, одлучују о стицању и располагању имовином велике вриједности, користе права као несагласни акционари, подижу деривативне тужбе против друштава или то чине у своје име. Ради се, дакле, о оним питањима која нису регулисана Законом о јавним предузећима, па отуда је у таквим ситуацијама омогућена примјена одредаба Закона о привредним друштвима. Оваква, рекли бисмо, нехотична промјена једне од карактеристика

³⁶ Више о карактеристикама модела, Мирко Васиљевић, Приближавање система управе акционарских друштава у упоредном праву и пракси, Правна ријеч, бр. 24/2010, стр. 499.

двodomног модела управљања, иначе није ништа ново у савременим трендовима корпоративног управљања, јер ниједан модел корпоративног управљања није статичан, већ се реформише у мјери промјена окружења које су га изњедриле у класичном смислу.³⁷

У комерцијалним друштвима капитала регулисаним Законом о привредним друштвима, једнодомни модел изражен је кроз постојање управног одбора, односно алтернативно, директора, ако су у питању затворено акционарско и друштво са ограниченом одговорношћу који су оснивачким актом изабрали такво рјешење. Овакав модел корпоративног управљања развио се у условима тзв. акционарског капитализма и раније је означаван као менаџерски (профитно) оријентисан модел, а данас све више као акционарски оријентисан.³⁸

Како је већ наведено у отвореним и копираним акционарским друштвима мора постојати управни одбор а уз то и извршни одбор, чијим се постојањем омогућава дистинкција између неизвршних чланова управног одбора који контролишу извршне чланове (директоре), а који су чланови извршног одбора. Извршни директори имају највећу фактичку (оперативну) власт, па их стога треба контролисати, а један од метода да се то постигне је потенцирање улоге неизвршних чланова, тј. лица која немају никакву извршну улогу у акционарском друштву. Но, извршни директори по нашем ЗПД, али и другим националним законима који прихватају овакав модел управе акционарског друштва, могу бити чланови управног одбора, па се поставља питање да ли је оправдано такво рјешење којим се суштински омета контрола извршних директора. У дводомном моделу управе, речено је, инкомпатибилно је бити истовремено члан надзорног и управног одбора, јер је то логична последица строге одвојености у овлашћењима управног и надзорног одбора.³⁹ Наиме, исто лице не може у исто вријеме водити послове друштва и уједно вршити контролу свог пословања. Међутим, у систему једнодомне управе, управо то се омогућава, чак је препоручљиво да одређен број извршних директора буду у исто вријеме и чланови управног одбора, јер је извршни одбор продужена рука управног одбора, зато што операционализује и спроводи стратегију управног одбора. Оправдање за чланство извршног директора у упоравном одбору заснива се на њиховим специјализованим знањима о друштву и његовом пословању, а која могу бити од великог значаја за доношење одлуке од стране управног одбора.⁴⁰ То је и одраз наглашене потребе за континуитетом у управљању и координацијом у активностима ових органа.⁴¹ Неизвршни чланови обезбјеђују управном одбору капацитет за вршење функције надзора, док извршни чланови омогућају

³⁷ Мирко Васиљевић, нав. чланак, стр. 504-505.

³⁸ Исто, стр. 497.

³⁹ Тако Јакша Барбић, *Право друштва - друштва капитала*, Загреб, 2000, стр. 410.

⁴⁰ Вук Радовић, *Пут ка независном управном одбору*, *Правни живот*, бр. 12/2002.

⁴¹ Мирко Васиљевић, *Коментар Закона о предузећима*, Београд, 1996, стр. 259.

подизање степена информисаности управног одбора и блискост са стварним проблемима извршних органа.⁴² У односима управног одбора, који има у првом реду надзорну функцију, и извршног одбора, као оперативног органа, у последње вријеме посебно се наглашава значај независних чланова управног одбора, без обзира да ли се ради о акционарским друштвима са дисперзованим или концентрисаним акционарством.⁴³ Тај тренд је с правом прихваћен и нашим Законом о привредним друштвима који дефинише појам независног члана управног одбора.⁴⁴

Разлике између једнодомног и дводомног модела управљања које су прихваћене у нашем праву Законом о привредним друштвима и Законом о јавним предузећима (као и законима којима се регулише правни статус финансијских организација) су суштински толике да је врло тешко њихово свођење на један усклађен модел, али се умјесто конвергенције („хармонизације“) може говорити о „минимуму стандарда“⁴⁵. О минимуму стандарда потребно је говорити када се ради о усклађивању одредаба Закона о јавним предузећима са одредбама Закона о привредним друштвима.

V. УСКЛАЂИВАЊЕ ЗАКОНА О ЈАВНИМ ПРЕДУЗЕЋИМА СА ОДРЕДБАМА ЗАКОНА О ПРИВРЕДНИМ ДРУШТВИМА

У досадашњој примјени законских прописа на статус јавних предузећа, уочени су одређени проблеми и недоумице, посебно кад је у питању супсидијарна примјена системског прописа који регулише статус друштава капитала. Овај проблем биће изражен и убудуће, посебно због чињенице да Закон о привредним друштвима нема, као што смо навели, исту концепцију органа управљања, као и Закон о јавним предузећима. Дакле, разлике постоје између једнодомног модела, прихваћеног Законом о привредним друштвима, и дводомног модела, прихваћеног Законом о јавним предузећима. Отуда се поставља питање, на примјер: како у пракси супсидијарно примијенити одредбе Закона о привредним друштвима, које се односе на надзорни одбор, кад тај орган није предвиђен Законом о привредним друштвима, а управни одбор, који јесте, има другачију позицију у друштву капитала од надзорног одбора јавног предузећа? Несумњиво је да ове и сличне дилеме требају да буду ријешене будућом регулативом. Међутим, нису то у овом тренутку и једине дилеме везане за примјену ових прописа.

⁴² Вук Радовић, нав. дјело, стр. 79.

⁴³ О улози независних чланова управног одбора видјети Вук Радовић, нав. дјело, стр. 84-99.

⁴⁴ Видјети чл. 301. ст. 3ПД.

⁴⁵ Више о томе: Мирко Васиљевић, Приближавање система управе акционарских друштава у упоредном праву и пракси, стр. 506.

Наиме, има мишљења да и не треба регулисати јавно предузеће као посебну форму организовања, посебно ако се има у виду упоредноправна пракса, јер се циљеви који оправдавају постојање те форме (заштита интереса оснивача и спречавање злоупотреба у управљању и пословању) могу постићи и кроз форму друштва капитала, коришћењем уобичајених механизма контроле управљања и пословања.⁴⁶ Дакле, јавна предузећа би у погледу организационе структуре требало изједначити са комерцијалним друштвима капитала, а посебним прописом би требало регулисати само однос јавне власти и таквих субјеката у погледу обавеза обављања дјелатности од јавног интереса и транспарентности њиховог пословања. Исто тако, постоји дилема везана за назив ових субјеката, с обзиром на новоусвојену концепцију Закона о привредним друштвима, по којој су носиоци субјективитета привредна друштва, а не предузећа. Због тога, више не би требало да се зову јавна предузећа, већ евентуално јавна привредна предузећа.

Да ли ће и убудуће јавна предузећа бити посебан организациони облик или ће се у организационом смислу регулисати као и до сада, посебним законским прописима, ствар је законодавца, али мислимо да и убудуће треба задржати ову категорију привредних субјеката, у првом реду због тога што обављају дјелатност од општег (јавног) интереса. Они би, као и до сада, могли бити у свим својинским облицима, али када су Република Српска или јединица локалне самоуправе већински власници власничког удјела, морали би се осигурати механизми транспарентности њиховог финансијског пословања и одвајања улоге јавне власти, као привредно–трговачког субјекта од њихове управноправне улоге.⁴⁷ Када и ако дође до стицања приватне власничке већине у овим субјектима, законом би се морали осигурати механизми пресудног утицаја јавне власти у погледу обављања дјелатности од општег интереса. Такав механизам надзора могао би се осигурати кроз већ позната дејства тзв. златних акција. На основу њих би се тако могло предвидјети давање сагласности њиховог имаоца (јавне власти) на одлуку о статусним промјенама, правном режиму зависних друштава, промјени дјелатности и сједишта, промјени структуре акционарског капитала и учешћа Републике или јединице локалне самоуправе у њему и сличним питањима, одлучујућим за однос јавне власти према субјекту који обавља дјелатност од општег интереса.⁴⁸

Што се тиче органа управљања требало би убудуће, а такав је тренд у савременом регулисању правног статуса привредних субјеката у упоредном

⁴⁶ Дијана Марковић-Бајаловић, Привредне организације – У праву Републике Српске и упоредном законодавству, Источно Сарајево, 2005, стр. 342-323.

⁴⁷ Тако Мирко Васиљевић, Коментар Закона о привредним друштвима, Београд, 2006, стр. 826-827.

⁴⁸ О дејству златних акција као механизму контроле, видјети, Тајјана Јовановић, Златне акције и неки облици државне контроле над пословањем приватизованих предузећа, Право и привреда, бр. 5-8/2004, стр. 246-264.

законодавству, омогућити, не само кад се ради о јавним предузећима, већ и о друштвима комерцијалног типа, опције управљачког модела, који може бити чисти једнодомни, односно дводомни, или нека од варијација ових модела.

У овом тренутку, у Републици Српској најреалније је очекивати измјене и допуне Закона о јавним предузећима, које би се у суштини сводиле на упућивање на супсидијарну примјену одредаба Закона о привредним друштвима (умјесто Закона о предузећима). Но, због обима промјена, могуће је и доношење новог закона о јавним предузећима (друштвима) којима би се редефинисао појам тог субјекта и детаљније регулисала питања везана за његове органе (начин рада, кворум, већину за доношење одлуке, избор и разрјешење, итд.) транспарентност његовог пословања и механизме утицаја јавне власти на обављање дјелатности од општег интереса (па и увођења механизма златних акција). При томе је потребно узети у обзир и захтјеве који произилазе из одговарајућих прописа Европске уније, који се односе на статус и пословање јавних предузећа, што је у складу са потписаним Споразумом о стабилизацији и придруживању Европској унији, који је 2008. године потписала Босна и Херцеговина.

VI. ЗАКЉУЧАК

У Републици Српској, у погледу управљања јавним предузећима и друштвима капитала, прихваћени су различити модели управе. Та чињеница може да има утицаја на супсидијарну примјену одредаба Закона о привредним друштвима на јавна предузећа у погледу њихове практичне примјене. Због тога би у будућим измјенама и допунама Закона о јавним предузећима, које су неопходне због усклађивања са одредбама Закона о привредним друштвима, или чак у новом пропису, требало осигурати што јаснију и једноставнију примјену тих прописа на статус јавних предузећа, како би се избјегле сада евидентне тешкоће у свакодневној пракси пословања ових субјеката. Уједно треба искористити ту прилику и за евентуалну редефиницију појма јавног предузећа и увођење нових механизма осигурања утицаја јавних власти на начин обављања дјелатности од општег интереса, без обзира на њихов евентуално и мањински власнички удио у таквим субјектима. При томе би требало узети у обзир и обавезујуће прописе Европске уније, којима се регулише њихов статус.

Коришћена литература:

1. Барбић Јакша, Право друштава – друштва капитала, Загреб, 2000.
2. Васиљевић Мирко, Приближавање система управе акционарских друштава у упоредном праву и пракси, Правна ријеч, Бања Лука, бр. 24/2010.
3. Васиљевић Мирко, Коментар Закона о предузећима, Београд, 1996.
4. Васиљевић Мирко, Коментар Закона о привредним друштвима, Београд, 2006.
5. Јовановић Татјана, Златне акције и неки облици државне контроле над пословањем приватизованих предузећа, Право и привреда, Београд, бр. 5-8/2004.
6. Марковић Бајаловић Дијана, Привредне организације – У праву Републике Српске и упоредном законодавству, Источно Сарајево, 2005,
7. Марковић Бајаловић Дијана, Управна и надзорна функција у отвореном акционарском друштву, Право и привреда, Београд, бр. 5-8/2005.
8. Радовић Вук, Пут ка независном управном одбору, Правни живот, Београд, бр. 12/2002.

ОСТВАРИВАЊЕ ПРАВА ПОБИЈАЊА У СТЕЧАЈУ

Проф. др Михаило Велимировић

***Апстракт:** Аутор је дефинисао право побијања правних радњи и правних послова стечајног дужника; одређене су претпоставке, разлози и услови остваривања права побијања.*

У чланку су идентификоване опште претпоставке вршења права побијања у стечају. То су: да је отворен стечајни поступак над стечајним дужником; да постоји предмет побијања; да је побојна правна радња предузета или да је правни посао закључен у одређеном року прије покретања стечајног поступка; да постоји претпоставка оправданости покретања стечајног поступка, са гледишта остваривања његовог циља.

Разлози за остваривање права побијања рашичлањени су на уобичајено и неуобичајено намирење потраживања повјерилаца, на бесплатна располагања и располагања уз незнатну накнаду.

Услови за остваривање права побијања у стечају су систематизовани на објективне и субјективне. Објективни услови остваривања тог права су поремећај паритета намиривања повјерилаца, оштећење једних и поговарање других повјерилаца стечајног дужника. Након што су дефинисани субјективни услови права побијања, у чланку се расправља питање утврђивања понашања субјекта тог права. То су проблеми утврђивања намјере оштећења и поговарања повјерилаца и знање друге стране за ту намјеру.

***Кључне ријечи:** стечај, правна радња, правни посао, паритет повјерилаца, исплатни ред, оштећење повјерилаца, поговарање повјерилаца, стечајни дужник, побојна тужба.*

ПОЈАМ И ПРЕТПОСТАВКЕ ПРАВА ПОБИЈАЊА У СТЕЧАЈУ

Право побијања правних радњи и правних послова стечајног дужника је процесноправна активност, којом се напада предузета правна радња или закључени правни посао, који су учињени одређено вријеме прије отварања стечајног поступка, а којима се ремети начело равномјерног намирења стечајних повјерилаца. Циљ је права побијања да се отклоне правне посљедице побојне правне радње или правног посла према стечајним повјериоцима, а то значи да се унесу у стечајну масу све оне вриједности које у њу нису ушле због предузете правне радње или правног посла.

Остваривање права побијања у стечајном поступку је у функцији формирања стечајне масе. Оно се врши у судском поступку, побојном тужбом (*actio pauliana*), коју може да поднесе сваки повјерилац и стечајни управник. При томе, у неким стечајним законима, стечајни управник има не само право, већ и дужности да побија правне радње и правне послове стечајног дужника, увијек кад оцијени да су испуњени услови за подношење побојне тужбе за то¹.

Успјешно завршеним побијањем правне радње или правног посла стечајног дужника попуњава се стечајна маса, која служи за скупно и заједничко намирење потраживања стечајних повјерилаца. Тиме се доприноси потпуном остваривању начела универзалности стечајне масе, јер у њу улази цјелокупна имовина стечајног дужника, ма гдје се она налазила, у земљи или у иностранству, и у ма којем облику она била: у новцу, у објектима, у појединачним стварима или робама, у хартијама од вриједности, у потраживањима. У том смислу треба нагласити да у стечајну масу улази и она имовина стечајног дужника која је предмет права побијања раније предузетих дужникових правних радњи или правних послова.

Право побијања дужникових правних радњи или правних послова може да се остварује ако се за то стекну одређене опште и посебне претпоставке, ако постоје разлози за то и ако се испуне предвиђени услови за предузимање побојних активности. Испуњењем тих претпоставки, разлога и услова могуће је поднијети побојну тужбу.

Опште су претпоставке права побијања у стечајном поступку сљедеће. Прво, да је отворен стечајни поступак над инсолвентним дужником, с тим што је побојна правна радња или правни посао предузета у одређеном временском периоду прије тога. Друго, да постоји предмет побијања, тј. да се догодила она

¹ Закон о стечају (чл. 129, ст. 1) („Службени гласник Републике Србије“, бр. 104/2009). У Босни и Херцеговини је материја стечаја регулисана у Закону о стечајном поступку („Службени гласник Републике Српске“, бр. 67/2002) и у истовјетном Закону о стечајном поступку Федерације Босне и Херцеговине („Службене новине, бр. 29/2003); у Републици Хрватској у Стечајном закону из 1996. године, са измјенама и допунама из 2000. године; у Републици Црној Гори у Закону о стечају из 2011. године.

правна радња или да је закључен онај правни посао због чега се врши побијање. Треће, да постоји оправданост предузимања побојне активности, с обзиром на претпоставку успјешности постизања циља побијања. Четврто, да је побојна правна радња предузета или да је правни посао закључен у одређеном критичном периоду прије отварања стечајног поступка над стечајним дужником².

Стечајни разлози су посебна претпоставка за побијање правних радњи и правних послова стечајног дужника. То су одређена располагања имовином, која су извршена прије дужниковог стављања под стечај. То су уобичајено и неуобичајено намирење потраживања, бесплатна располагања и располагања имовином уз незнатну накнаду, непосредно оштећење повјерилаца стечајног дужника. Из тих разлога је видљиво када се може вршити право побијања.

Услови побијања су, такође, посебна претпоставка вршења права побијања правних радњи и правних послова у стечајном поступку. Они су објективног и субјективног карактера. То су, у ствари, објективно-субјективни услови, јер су међусобно повезани, условљени и зависни једни од других у процјењивању односа странака побијања правних радњи или правних послова. Ово стога што се кроз одређено објективно стање извршених правних радњи или предузетих правних послова провлачи субјективни однос учесника правног односа у конкретном послу, који је предмет побијања. То су, иначе, врло сложени односи које је, често, тешко повезати, па их је због тога тешко и доказивати. У правној теорији и у судској пракси то је познато под називом „ђаволско доказивање“ (*probatio diabolitica*). Из услова за побијање је видљиво због чега се врши право побијања.

РАЗЛОЗИ ЗА ВРШЕЊЕ ПРАВА ПОБИЈАЊА У СТЕЧАЈУ

Уобичајено намирење потраживања

Уредно извршавање дужничко-повјерилачких обавеза подразумијева да се то чини у уговореним роковима и да се плаћања врше у новцу или у његовим сурогатима. То је уобичајени начин вршења права и извршавања обавеза у пословним односима свих правних субјеката, правних и физичких лица.

Уобичајено намирење потраживања повјерилаца назива се и конгруентним намирењем. Појам „конгруентан“ значи сагласан, складан, да се све извршава у складу са законом. Уобичајено намирење је, дакле, правна радња или правни посао којим је неком повјериоцу омогућено да намири своје потраживање или да изврши његово обезбјеђење у складу са својим правом. Про-

² Детаљно о томе у тексту овог аутора „Право побијања у стечају“ („Правни информатор“, Београд, 2011, бр. 5) и „Предмет права побијања у стечају“ (Зборник: „Актуелна питања савременог законодавства“, Београд, 2011).

блем је, међутим, у томе што се то догодило у једном критичном периоду у којем је стечајни дужник био платежно неспособан. Тај рок је законом утврђен у шестомјесечном трајању, који је претходио дану подношења предлога за покретање стечајног поступка³.

Да би се могло вршити побијање правних радњи или правних послова уобичајеног намирења потраживања повјерилаца стечајног дужника потребно је да се испуне сљедећи услови. Прво, да је правна радња извршена или да је правни посао предузет у критичном року од шест мјесеци који су претходили подношењу предлога за покретање стечајног поступка, односно да је то учињено након подношења тог предлога. Друго, да је стечајни дужник био платежно неспособан у моменту предузимања побојне правне радње или закључења правног посла. То је објективни критеријум за оцјену основаности вршења права побијања. Треће, да је био несавјестан повјерилац који је намирио или је обезбиједио своје потраживање у поступку уобичајеног намирења. То је субјективни критеријум за оцјену основаности вршења права побијања.

Сматра се да је повјерилац, као противник побијања, био несавјестан ако је знао или је могао знати за дужникову платежну неспособност или да је већ био поднесен предлог за његово стављање под стечај. При томе се претпоставља да је побојни повјерилац знао или је морао знати да је дужник био неспособан за плаћање ако су му биле познате околности које су недвосмислено упућивале на то да постоји његова инсолвентност. Ово нарочито ако је према стечајном дужнику већ био поднесен предлог за покретање стечајног поступка. Зато се законски критеријум, да је повјерилац морао знати за дужникову неспособност плаћања, може схватити као његова дужност да му је то стање било познато. Овдје комбинација објективно-субјективног критеријума највише одговара правилној оцјени савјесности или несавјесности субјеката побојне правне радње или правног посла.

Претпоставка несавјесности побојног повјериоца, због намирења или због обезбјеђења свог потраживања од платежне неспособности дужника, нарочито ће се сматрати оправданим побојним разлогом ако су субјекти побојне правне радње или правног посла били повезана лица или су то дужникови сродници. У капиталским привредним друштвима то су лица из управљачких и пословодних структура: директор, члан органа управљања (управни одбор) или органа надзора (надзорни одбор) стечајног дужника. То су, даље, члан или акционар са значајним учешћем у капиталу стечајног дужника; правно лице које контролише стечајни дужник, у систему повезаних привредних друштава. У друштвима лица то је онај члан стечајног дужника који одговара за његове обавезе цјелокупном својом имовином (ортаци, комплементари). Као повезана лица у свим облицима привредних друштава сматра се да су „инсајдери“, тј. лица која због свог посебног положаја у друштву располажу привилегованим

³ Закон о стечају (чл. 120); Закон о стечајном поступку (чл. 81).

информацијама. То им је, дакле, омогућено њиховим посебним положајем у привредном друштву, јер имају приступ повјерљивим пословним информацијама или су у могућности да се упознају са финансијским стањем стечајног дужника.

Као повезана лица стечајног дужника, сматрају се и предузетници и друга физичка лица која су његов крвни или тазбински сродник до одређеног степена тог сродства.⁴

Неуобичајено намирење потраживања

Неуобичајено намирење потраживања повјерилаца назива се и инконгруентним намирењем. Ријеч „инконгруентан“ значи несагласан, нескладан, неподесан. Под неуобичајеним намирењем потраживања повјерилаца, подразумева се правна радња или правни посао којом се једном повјериоцу даје намирење или му се пруже обезбјеђење намирења које он уопште није имао право да тражи и остварује. Или, он није имао право да то захтијева и да остварује у законом одређеном критичном моменту. Или, он није имао право да то остварује на начин како је то учињено. Зато је и овдје, као и код уобичајеног намирења, битан рок у којем је предузето намирење или обезбјеђење намирења тражбине. У Закону о стечајном поступку (чл. 81, ст. 2) тај је рок овако дефинисан: „Побијати се може правна радња која је дала или је омогућила стечајном повјериоцу неуобичајено осигурање или намирење,...“ 1. ако је предузета „у посљедњем мјесецу прије подношења приједлога за отварање стечајног поступка“, 2. ако је предузета „у току трећег или другог мјесеца“ прије подношења приједлога за остварање стечајног поступка.

Неуобичајено намирење или обезбјеђење намирења потраживања представља тежи облик ремећења начела равномјерности намирења стечајних повјерилаца, у односу на уобичајено намирење. Зато није јасно зашто је предвиђен тако кратки рок да би се могло вршити право побијања правне радње или правног посла.⁵

Правна радња или правни посао неуобичајеног намирења потраживања, може да буде извршена на више начина. Најчешће се то дешава исплатом непостојећег дуга, извршењем правно непостојеће обавезе, непостојећег потраживања. Или, то се дешава исплатом или обезбјеђењем постојећег потражи-

⁴ Закон о стечају (чл. 125); Закон о стечајном поступку (чл. 87). Писац овог текста сматра да је учињен пропуст у Закону о стечају што је изостављен предузетник као стечајни дужник. Детаљно о томе у ауоровој књизи СТЕЧАЈНО ПРАВО; Издавачи: Правни факултет Универзитета УНИОН и „Службени гласник Републике Србије“, (друго издање), Београд, 2010. године. О стечају физичких лица, па тиме и предузетника, детаљно у изванредној студији: Вук Радовић-ИНДИВИДУАЛНИ СТЕЧАЈ, Београд, 2006. године.

⁵ Према Закону о стечају (чл. 121), тај рок износи дванаест мјесеци, који претходе дану подношења приједлога за покретање стечајног поступка.

вања, али је то извршено нескладно, неподесно, у неуобичајено вријеме, јер тражбина није била доспјела за исплату. Или, то је било учињено у облику или на начин који нису уобичајени, јер је тражбина била намирена давањем умјесто испуњења. Зато је за оцјену неуобичајености намирењу довољно да постоји објективни критеријум, који се изражава кроз побојну правну радњу или правни посао. Не тражи се, дакле, и субјективни услов да је противник побијања знао или је морао знати за дужникову платежну неспособност или да је већ био стављен приједлог за његов стечајни поступак.

Фактичко је питање што се сматра намирењем или обезбјеђењем намирења у лимитираном року за могућност побијања правног посла или правне радње, који је претходио покретању стечајног поступка над дужником. То процјењује надлежни суд у сваком конкретном случају. Судска пракса, са своје стране, има сасвим изграђено становиште о томе. Она сматра неуобичајеним намирењем кад се знатни износ дуга подмирује компензацијом у врло кратком року, а то у моменту кад је дужник већ био трајно неспособан за плаћање. Она сматра да из саме околности да је потраживање намирено давањем умјесто испуњења (*datio in solutum*) значи да је повјерилац знао или је морао знати да је то неуобичајена наплата потраживања и да ће то да буде на штету свих стечајних повјерилаца. Неуобичајеним намирењем се сматра и наплата неутуживог, застарјелог потраживања, намирење условног потраживања прије но што је услов наступио. У свим тим случајевима је извршено објективно погодновање одређених повјерилаца и оштећење свих стечајних повјерилаца. Зато није потребно доказивати субјективни елемент намјере оштећења заједнице повјерилаца стечајног дужника.

Бесплатно располагање

Бесплатно располагање је правна радња или правни посао, путем којег стечајни дужник преноси своју имовину, у цјелини или дјелимично, на неко друго лице, и то без икакве накнаде. То се тиме врши на штету свих стечајних повјерилаца, као интересне заједнице, јер се за толико смањује стечајна маса, а тиме и могућност потпунијег намирења потраживања из те масе.

Бесплатно располагање дужниковом имовином може да буде извршено различитим правним радњама, као: пренос ствари на друго лице, оптерећење имовине, промјена њеног садржаја, напуштање неког свог права према имовини, закључење доброчиног уговора и његово извршење, правне радње повезивања, мишљења, прераде ствари из дужникове имовине.

Правна радња бесплатног располагања од стране стечајног дужника може се побијати ако је предузета током последњих пет година прије подношења приједлога за покретање стечајног поступка⁶.

⁶ Закон о стечају (чл. 124); Закон о стечајном поступку (чл. 82).

За вршење права побијања бесплатног располагања битно је да се утврди да ли је повјерилац био несавјестан у моменту предузимања побојне правне радње. Сматраће се да је повјерилац био несавјестан ако је знао или је морао знати за дужниково неповољно платежно стање, а то значи за његову инсолвентност. Није, дакле, битно да ли је дужник имао намјеру да оштети своје повјериоце или да погодује неке од њих, нити да ли је другој уговорној страни то било познато. Овде се подразумијева само по себи да је дошло до оштећења повјерилаца. За побијање је довољна сама објективна претпоставка да је извршено бесплатно располагање у последњих пет година прије отварања стечајног поступка. Побијање се врши због тога што је умањена дужникова имовина бесплатним располагањем, па се зато не тражи доказ о узрочној вези између правне радње бесплатног располагања и неспособности дужника за плаћање.

Бесплатно располагање је, дакле, једно објективно стање које се може побијати независно од субјективног момента; не тражи се за то ни знање ни хтјење, односно скривљено незнање за намјеру оштећења повјерилаца. Самим тим што се за пренесену имовину не тражи никаква протучинидба, никакав противеквивалент, објективно је умањена дужникова имовина из које се намирују његови стечајни повјериоци.

Појам бесплатно располагање је шири од појма поклона. Поклон је уговор, а бесплатно располагање обухвата двостране и једностране правне послове; пропуштање, одрицање од права, опроштај дуга, уништење вриједносних папира и др. За бесплатно располагање је битна садржина правне радње и њено дејство на дужникову имовину, а то је да је та имовина умањена за онолико колико је вриједности пренесено на другога без накнаде или за колико није у њу унесено. Уз овај објективни моменат иде и једна специјална субјективна претпоставка, а то је да је дужников поступак изражен вољном радњом да се чини бесплатно (*animus donandi*).

Са бесплатним располагањем изједначено је оно располагање које се врши уз привидну накнаду. То је случај када се купи стварно ненаплатива тражбина. Не може се, међутим, сматрати бесплатним оно располагање код којег постоји само несразмјерност оног што је дато и онога што је добијено. То је случај са оштећењем преко половине (*laesio enormis*). Овде се не врши побијање правне радње, већ се може вршити раскид правног посла због оштећења преко половине.

Не могу се изједначити са бесплатним располагањем ни уговори у корист трећег лица, као што је случај са уговором о осигурању у корист трећег лица. Овдје корисник осигурања стиче осигурање по свом праву и за њега се не ради о бесплатном осигурању онога који је закључио такав уговор. Бесплатним располагањем не може се сматрати ни признање постојећег дуга, јер се тиме не заснива никакво ново право које би било штетно за дужника. Такође ни

извршењем природне обавезе (*obligatio naturalis*) није бесплатно располагање, јер је то плаћање постојећег дуга за који постоји морална дужност да се изврши као и свака друга обавеза.

Од бесплатних располагања треба разликовати сва она располагања без накнаде која су извршена из ширих друштвених разлога, као израз друштвене солидарности. Ту се ради о пружању материјалне помоћи у случају елементарних катастрофа, давање социјалних помоћи и сл. Ту нема мјеста побијању, јер располагање има шири социјални значај и оно није извршено са намјером да се оштете повјериоци.

Закон о стечају (чл. 124) изричито искључује од могућности побијања одређена давања без накнаде. Према њему, не могу се побијати уобичајени пригодни дарови, наградни дарови, као ни дарови учињени из захвалности, нити издавања учињена у хуманитарне сврхе. Ово под условом да та давања нису била претјерано велика и несразмјерна финансијским могућностима стечајног дужника. Услов је, такође, да су та давања била уобичајена за привредну грану којој припада стечајни дужник. И одрицање од наследства сматра се правном радњом стечајног дужника без накнаде. Зато се и то проводи под побојност.

Располагања уз незнатну накнаду

Начело једнаке вриједности давања је основни принцип Закона о облигационим односима (чл. 8). Према том принципу, „у заснивању и испуњавању двострано обавезних уговора стране се придржавају начела једнаке вриједности узајамних давања“. Зато правни посао и правна радња стечајног дужника уз незнатну накнаду представљају кршење тог начела. То је оправдани разлог за довођење у сумњу добре намјере уговарача и претпоставка да се тиме свјесно и намјерно ишло на ремећење принципа равномјерног намирења повјерилаца, погодовањем једних и оштећењем свих осталих. Зато су такви правни послови и правне радње предмет права побијања. Услов је да је правни посао или правна радња предузета у току последњих пет година прије подношења приједлога за покретање стечајног поступка.⁷

Тешко је просуђивати отуђивање имовине уз незнатну накнаду. Није, наиме, једноставно одредити шта значи располагање уз незнатну накнаду и које располагање и у којем случају се може сматрати располагањем уз незнатну накнаду. Фактичко је питање да ли је накнада несразмјерна, а утврђује је суд. Једном општом формулацијом могло би се казати да се под тим може сматрати свако располагање у којем нема сразмјерности између дате и примљене вриједности, уз претпоставку да је дужник то учинио са намјером да оштети своје повјериоце или да погодује неке од њих. Има, међутим, случајева и

⁷ Закон о стечају (чл. 124).

ситуација када је дужник објективно принуђен да чини корисно дјело тим што извјесне дијелове своје имовине отуђује уз незнатну или несразмјерну накнаду. Ради се о оним случајевима кад се то чини са циљем да се спријечи наступање веће штете, нпр. код кварљиве робе, распродаја сезонске и демодирание робе и сл. Пошто су то оправдана располагања уз незнатну накнаду, намеће се потреба разликовања од неоправданих располагања уз незнатну накнаду. Законски и теоријски је то скоро немогуће одредити, па остаје као једино могуће и прихватљиво да то одређује суд од случаја до случаја, према датим околностима, а на основу свог слободног судијског увјерења. Суд би требао да према објективним (а не према субјективним) условима процјењује да ли је правни посао или правна радња без накнаде или је уз незнатну накнаду.

У категорију послова располагања уз незнатну накнаду могле би се сврстати и неке наше приватизације предузећа у бившој друштвеној својини. Тиме би се отворио простор за побијање правних послова сумњивих приватизација, нарочито у случајевима кад је нови власник препродавао опрему и друге ствари из имовине предметног субјекта приватизације.

ОБЈЕКТИВНИ УСЛОВИ ПРАВА ПОБИЈАЊА У СТЕЧАЈУ

Поремећај равномјерног намирења стечајних повјерилаца

Размјерно намирење потраживања стечајних повјерилаца је основно начело стечајног права и стечајног поступка у њему. Оно је, као такво, дефинисано у Закону о стечају и у Закону о стечајном поступку. То је начело једнаког третмана и равномјерног намирења повјерилаца из стечајне масе стечајног дужника (начело паритета). Тиме је овом начелу законодавац поклатио нарочиту пажњу, а то значи формирање општег правила и оријентација у примјени одредби закона који уређује стечајну материју.

Према начелу равномјерности намирења потраживања из стечајне масе, свим стечајним повјериоцима се гарантује једнак третман и равноправан положај у оквиру истог стечајног исплатног реда, односно исте класе повјерилаца у поступку реорганизације стечајног дужника. То је познато класично правило стечајног права, да су у стечајном поступку сви стечајни повјериоци једнаки у конкурисању за намирење својих потраживања (*par conditio creditoru est*).

Намирење повјерилаца стечајног дужника врши се, међутим, путем стечајних исплатних редова, у које се они разврставају према њиховом законском предвиђеном статусу. У том смислу су Закон о стечају и Закон о стечајном поступку све повјериоце стечајног дужника разврстали у стечајне редове. У тим исплатним редовима повјериоци су рангирани на повјериоце виших и на

повјериоце нижих исплатних редова. То је учињено према два основна начела: начело искључивости исплатног реда и начело паритета, равномјерног намирења потраживања повјерилаца истог исплатног реда.

Према начелу искључивости, повјериоци вишег исплатног реда имају апсолутни приоритет намирења својих потраживања; они искључују из намирења повјериоце нижег исплатног реда све до пуног намирења својих потраживања (правило „виши ранг, јачи положај“). Зато се у том правном режиму стечајни повјериоци нижег исплатног реда могу намиривати тек након што се заврши намиривање повјерилаца вишег исплатног реда, разумије се само ако је преостало средстава у стечајној маси за ту диобу.

Начело паритета или равномјерног намирења стечајних повјерилаца односи се само на повјериоце сврстане у истом исплатном реду. То су стечајни повјериоци у правном смислу, које Закон о стечају и Закон о стечајном поступку (чл. 31-32) сврстава у трећи исплатни ред. Ради тих повјерилаца се, у ствари, и отвара стечајни поступак, јер су они најбројнији повјериоци и са највећим износа потраживања; они немају било каквог приоритета у намиривању, нити било каквог обезбјеђења својих потраживања. Према начелу равномјерности, стечајни повјериоци истог исплатног реда намирују се сразмјерно висини својих потраживања, што значи да имају исти правни третман, али не и једнаки износ потраживања и једнаки удио у диоби стечајне масе.

Начело паритета или равномјерности намирења повјерилаца се ремети ако неки повјерилац, или повјериоци, буде привилегован погодованим намирењем или обезбјеђењем намирења прије осталих стечајних повјерилаца. То је добар разлог за побијање правних радњи или правних послова стечајног дужника.

Оштећење повјерилаца стечајног дужника

Економски посматрано, повјериоци су највише оштећени дужниковом инсолвентношћу, због чега он није платежно способан, па не може трајно да извршава своје доспјеле обавезе. Оштећење повјерилаца је општа претпоставка вршења права побијања, јер је због тога поремећен принцип равномјерног третмана повјерилаца.

Побијање се врши управо због тога што се повјериоци желе заштитити од оштећења којим им је запријетио стечајни дужник, тиме што је побојном правном радњом или правним послом умањио своју имовину, а тим и стечајну масу. Зато су том правном радњом или правним послом оштећени сви стечајни повјериоци као заједница. Том правном радњом или правним послом су обухваћени и разлучни повјериоци у оном дијелу својих потраживања за који им лично одговара стечајни дужник, било да тражбина или њен дио није

обезбјеђен правом залога или се разлучни повјерилац одрекао свога привилегованог положаја у стечајном поступку и права приоритетног намирења.

Дужникова платежна неспособност не мора да буде и обично није последица само конкретне правне радње или правног посла којима су оштећени повјериоци. Могуће је да је побојна правна радња само утицала на погоршање дужникове платежне способности, на смањење његове имовине и на отежавање намирења потраживања повјерилаца. Сврха је права побијања да се врате у стечајну масу предметне вриједности, исто заједно са свим припатцима који би јој припали да није било преноса ствари на треће лице, као противника побијања. Зато побијање не треба вршити ако није могуће вратити имовину или друге вриједности које нису ушле у стечајну масу. То може да буде случај кад предметна отуђена ствар више не постоји (на примјер, изгорјела је) или кад више не постоји привредни субјекат који је преузео предметну ствар од стечајног дужника, (на примјер, био је брисан из судског регистра).

Да би се могло остварити право побијања због оштећења стечајних повјерилаца, треба да се испуни неколико услова. Прво, треба да се докаже да повјерилац има ваљано потраживање према стечајном дужнику. Друго, да предлагач побијања правне радње или правног посла, ако је био предлагач покретања стечајног поступка, треба да докаже постојање законског основа за отварање стечајног поступка. Са друге стране, противник побијања правне радње или правног посла може да доказује да нису постојали услови и разлози за покретање стечајног поступка, као и да оспорава извршност дужникове побојне тражбине. Ако успије у томе, сматраће се да нема оштећења повјерилаца и да се они не могу намиривати из тог дијела дужникове имовине.

Погодовање повјерилаца стечајног дужника

Насупрот оштећењу повјерилаца као интересне заједнице, постоји погодовање неког или неких од њих. Оно се састоји у томе што тај или ти повјериоци намирују своје потраживање, иако уопште нису имали то право или га нису могли остваривати у том моменту. Таква ситуација може да постоји у различитим ситуацијама и случајевима. Примјера ради, могу се навести сљедећи такви случајеви: намирење застарјелог потраживања, неутуживог потраживања, потраживања са приговором. Погодовање повјерилаца постоји и у случају кад се потраживање није могло намирити на начин на који је то учињено, као што је, на примјер, намирење путем *datio in solutum*, компензацијом, замјеном дужника, уступањем потраживања, пребијањем купопродајне цијене са потраживањем, одустанак од уговора, исплата надоспјелог потраживања и др.

Погодовање повјерилаца може да буде извршено и у виду обезбјеђења потраживања. Под тим се подразумејива свака правна радња којом се омо-

гућује или се олакшава повјериочево намирење потраживања, као што је конституисање заложног права, вршење права ретенције и сл.

Побојном правном радњом или правним послом поремећено је равномерно намирење повјерилаца, јер је противник побијања стављен у повољнији положај од осталих повјерилаца који се намирују путем исплатних редова. Тај се повјерилац нашао у повољнијем положају од онога у којем би се нашао да није обезбиједио своје потраживање према стечајном дужнику.

За остварење права побијања заинтересовани су само стечајни, тј. непривилеговани повјериоци опште стечајне масе. Они се обично намирују само дјелимично, јер да је било довољно средстава за њихово потпуно намирење не би се ни покретао стечајни поступак над тим стечајним дужником. За те повјериоце до оштећења потраживања долази сваком радњом или правним послом дужника који су извршени његовим чињењем или пропуштањем, због чега је дошло до умањења дужникове имовине, тј. стечајне масе и, тиме, смањења могућности успјешнијег намирења потраживања осталих повјерилаца. Повјериоци због тога имају непосредни интерес да се предметна побојна правна радња или правни посао опозове, а тиме да се врати и унесе у стечајну масу све оно што је из ње било изашло, а да се у њу унесе све оно што није било унесено. При томе на право побијања нема утицаја чињеница да је предметно побојно потраживање било изнешено на основу правно ваљане одлуке органа стечајног дужника.

Оштећење повјерилаца стечајног дужника постоји како због извршених правних радњи или закључених правних послова извршених прије покретања стечајног поступка, тако и ако су те радње или послови предузети у току тога поступка. Ту су правне радње или правни послови које врши стечајни управник као законски заступник стечајног дужника. То ће бити случај кад дужник у претходном стечајном поступку или током стечајног поступка исплаћује нека потраживања или даје одређене олакшице појединим повјериоцима, чиме су умањује укупна стечајна маса тог дужника. Нема, међутим, ни поговдање њених оштећења свих осталих повјерилаца ако предметна правна радња или правни посао представља давање накнаде за имовину која је унесена у стечајну масу. То је дуг стечајне масе, који има приоритет намирења испред свих других потраживања у стечајном поступку.

СУБЈЕКТИВНИ УСЛОВИ ПРАВА ПОБИЈАЊА У СТЕЧАЈУ

Појам субјективних услова права побијања

Субјективни услови права побијања у стечају су суптилне природе, јер се исказују кроз лични однос инволвираних лица у стечајном поступку, који је опредијељен побојном правном радњом или правним послом. Кроз тај њихов

међусобни однос испољава се свијест, савјест и етика странака. Тај се однос сагледава кроз оцјену намјере да се побојном правном радњом или правним послом нанесе штета стечајним повјериоцима, као интересној заједници, и знање и хтјење друге уговорне стране, као противника побијања, да прихвати ту намјеру и да се према њој понаша.

Право побијања се остварује класичном паулијанском тужбом због долазног или због кулпног понашања субјеката побијања (*actio pauliana dolosa*, *actio pauliana culposa*).

Субјективни однос инволвираних странака права побијања испољава се кроз околност да ли је противник побијања „знао или морао знати“ за дужникову неспособност плаћања у моменту предузимања побојне правне радње или закључења побојног правног посла. Тај однос постаје деликатнијим ако је стечајни дужник побојни правни посао закључио, односно предузео побојну правну радњу „са намјером оштећења повјерилаца“. Ово нарочито ако је сауговарач стечајног дужника „знао за намјеру“. Знање за намјеру оштећења повјерилаца испољава се директно, али се може и претпоставити да она постоји ако се ради о послу правног лица као сауговарачу стечајног дужника, којем пријети платежна неспособност и опасност да ће пасти под стечај и да ће предузетом правном радњом или правним послом оштетити стечајне повјериоце.

Намјерно оштећење повјерилаца

Оштећење повјерилаца стечајног дужника може да буде извршено ненамјерно и намјерно од стране стечајног дужника и његовог повјериоца. Намјерно оштећење је тешки облик дужникове несавјесности, па је оно предмет интересовања правне науке и одлучивања судске праксе. Тим се оштећењем крши основно опште начело уговорног права савјесности и поштења странака у вршењу облигационих односа.

Намјерно оштећење стечајних повјерилаца је свјесно предузимање правне радње или правног посла за које се реално претпоставља да може довести до оштећења повјерилаца стечајног дужника. Та правна радња или правни посао је предузет управо са циљем да се погодује један или више повјерилаца, јер намирују своје потраживање у пуном његовом износу, за разлику од непривилегованих повјерилаца који конкуришу за намирење из стечајне масе.

Правна радња или правни посао намјерног оштећења повјерилаца може да буде предмет побијања у стечају ако је извршен у критичном року током последњих пет година које претходе подношењу предлога за покретање стечајног поступка.⁸ То није намјера у кривичноправном смислу, јер је довољно да постоји и само претпоставка да ће побојна правна радња довес-

⁸ Закон о стечају (чл. 123); Закон о стечајном поступку (чл. 83).

ти до штетних посљедица за повјериоце стечајног дужника (*dolus eventualis*). Да би се оштећење стечајних повјерилаца сматрало намјерним треба да буду испуњени сљедећи услови. Прво, да је права радња или правни посао предузет током последњих пет година које претходе подношењу предлога за покретање стечајног поступка. Друго, да је стечајни дужник предузео правну радњу или закључио правни посао са намјером да оштети своје повјериоце. Треће, да је друга уговорна страна, као саговорарач и противник побијања, знала или је морала знати за намјеру стечајног дужника да оштети своје повјериоце.

Претпоставља се да постоји намјера оштећења повјерилаца стечајног дужника, и знање за ту намјеру стечајног повјериоца, ако је он знао да дужнику пријети платежна неспособност и да ће због тога да буду оштећени стечајни повјериоци. За успјешно побијање правне радње или правног посла довољно је да су странке могле да предвиде могућност оштећења стечајних повјерилаца, па се сматра да су то хтјеле и пристале на то. За то је, дакле, довољно да постоји евентуални умишљај.

Намјера оштећења повјерилаца стечајног дужника и знање противника побијања за ту намјеру представља несавјесно, а можда и злонамјерно понашање стечајног дужника, којим се наноси штета свим стечајним повјериоцима. Зато се то строжије третира петогодишњим трајањем побојног рока у којем је предузета побојна правна радња или је био закључен правни посао који је предмет побијања. Намјера оштећења повјерилаца представља, дакле, највиши степен несавјесности стечајног дужника. Дужник је предузимањем побојне правне радње или закључењем побојног правног посла свјесно и намјерно пореметио начело равномјерности намирања стечајних повјерилаца, поговорањем једних и оштећењем других у стечајном поступку. Ово под условом да је и друга уговорна страна, као противник побијања била, такође, несавјесна, јер је знала или је морала знати да стечајном дужнику пријети неспособност плаћања, отварање стечајног поступка и оштећење непривилегованих повјерилаца.

Закон о стечају је у више својих одредби предвидио да постоји знање или само претпоставка трајне платежне неспособности стечајног дужника. То знање платежне неспособности постоји у случају кад је приједлог за покретање стечајног поступка поднио повјерилац који у судском или пореском извршном поступку није могао да намири своје новчано потраживање било којим средством извршења (чл. 12). То сазнање платежне неспособности дужника постоји у неким стечајним законима и у случају с правним лицем - стечајним дужником. Његов законски заступник има дужност да без одлагања поднесе приједлог за покретање стечајног поступка, чим наступи платежна неспособност привредног друштва.⁹ У наведеним случајевима се инсолвентност стечајног дужника сматра доказаном чињеницом, па није потребно да се спроводи претходни стечајни поступак над стечајним дужником, већ се одмах

⁹ Закон о стечајном поступку (чл. 4).

отвара стечајни поступак. Сматра се да постоји неповољно платежно стање дужника и ако он учини вјероватним да неће моћи да испуни своје постојеће новчане обавезе о њиховој доспјелости. Због таквог дужниковог платежног стања настаје неки од разлога или сви разлози за отварање стечајног поступка. Ти разлози су: трајна неспособност плаћања, пријетећа неспособност плаћања, презадуженост, непоступање по усвојеном плану реорганизације или ако је план реорганизације издејствован на преваран и незаконит начин.¹⁰

Намјера оштећења стечајних повјерилаца може се исказати не само активним, већ и пасивним понашањем или држањем стечајног дужника. То ће бити, на примјер, случај кад је дужник пропустио да предузме одређену правну радњу, са намјером да нанесе штету својим повјериоцима. Та намјера оштећења треба да је постојала у моменту предузимања побојне правне радње, да би се могло вршити побијање правне радње или правног посла.

У правилу, треба доказати намјеру и знање за намјеру оштећења повјерилаца. Није, дакле, довољна само објективна претпоставка да су повјериоци оштећени и да су неки од њих погодовани побојном правном радњом или правним послом, већ је потребна долазност или кулпозност субјеката права побијања. Тиме се онемогућава оштећење једних и погодовањем других повјерилаца стечајног дужника. Самим тим се штити начело равноправности и равномјерности намирања повјерилаца стечајног дужника.

Право побијања није усмјерено према стечајном дужнику, већ према лицу са којим је правна радња или правни посао предузет, па ће оно успјешно завршеним побијањем морати да врати и унесе у стечајну масу оно што је било предмет успјешног побијања.

Намјера оштећења повјерилаца стечајног дужника и знање за ту намјеру су израз унутрашњег психичког и спољашњег моралног стања човјека, које се не може непосредно посматрати. Оно би се најуспјешније и најједноставније могло утврдити признањем лица које је поступало са намјером да оштети своје повјериоце и лица које је за то знало, а хтјело је то.

Долазност и кулпозност ваља просуђивати у сваком конкретном случају, руководећи се једним општим сазнањем да је дужник субјективно био свјестан тога да ће извршена радња довести до наступања штете за повјериоце. Према томе, намјера оштећења обухвата у себи свијест о томе да предузета правна радња може имати штетно дејство на повјериоце. Свијест о могућим последицама правне радње и хтјење да до тога дође обично иду заједно, али и не мора јер дужник може бити свјестан своје платежне неспособности, а да му се не може приписати намјера оштећења повјерилаца. Могуће је, наиме, да он предузме правну радњу иако је инсолвентан управо са циљем да побољша своје имовинско стање, а не да га погорша. То ваља утврдити према конкретним околностима.

¹⁰ Закон о стечају (чл. 11); Закон о стечајном поступку (чл. 6).

Знање за намјеру оштећења повјерилаца

Намјера оштећења повјерилаца, односно поговорање појединих повјерилаца извршили су дужник и противник побијања заједно. Пошто се побијање врши са циљем да се врати у стечајну масу нешто што је из ње изашло, односно да уђе у њу нешто што није ушло, то није сврха побијања никаква репресија због злонамјерног понашања. Отуда се побијање и не врши према дужнику који је, у ствари, крив за све то, већ према оној другој страни која је побојном правном радњом поговорана и због које су оштећени остали повјериоци. Зато се намјера оштећења цијени према том лицу које се користило побојном правном радњом. Како су то обично привредне организације, то се фактички ради о правним радњама њихових заступника.

И овдје је намјеру оштећења тешко утврдити, па се полази од извјесних објективних претпоставки да постоји долазно, односно кулпно понашање. Претпоставља се да постоји долазност, односно кулпозност, противника побијања ако је знао или је морао знати за негативно економско-финансијско стање дужника у моменту предузимања побојне правне радње. Тиме што је то знао он је испољио свијест и хтјење да довођењем себе у повољнији положај оштети остале повјериоце. Како је знање дужника такође тешко утврдити, то се и ово процјењује према одређеним претпоставкама. Претпоставља се, наиме, да је друга страна знала за неповољно економско-финансијско стање дужника, ако је учинила тзв. неуобичајену, односно уобичајену правну радњу или правни посао.

Непосредна оштећења стечајних повјерилаца

Може се побијати правни посао стечајног дужника којим су повјериоци непосредно оштећени у сљедећим случајевима. Прво, правни посао или правна радња је предузета шест мјесеци прије покретања стечајног поступка, а стечајни дужник је тада већ био неспособан за плаћање. Сауговарач стечајног дужника је био несавјестан, јер је знао за његову неспособност за плаћање. Друго, правни посао је закључен након подношења приједлога за покретање стечајног поступка, а сауговарач стечајног дужника је био несавјестан, јер је знао или је морао знати да је тај дужник неспособан за плаћање или да је већ стављен приједлог за покретање стечајног поступка. Треће, стечајни дужник је предузео или је пропустио да предузме одређену правну радњу или да закључи правни посао, због чега он губи неко своје право или због чега не може да га остварује. Све ово независно од субјективног односа субјеката права побијан је према побојној правној радњи или правном послу.

НЕМОГУЋНОСТ ПОБИЈАЊА

У Закону о стечају (чл. 126) предвиђено је неколико случајева у којима није дозвољено вршити побијање правних радњи и правних послова стечајног дужника. То је инперативна одредба, чији је циљ заштитног карактера у односу на правне послове и правне радње који су њиме обухваћени. То су сљедећи случајеви немогућности побијања.

Прво, не могу се побијати правне радње и правни послови преузети у циљу извршења одобреног стечајног плана реорганизације стечајног дужника, усвојеног након отварања стечајног поступка. Том се одредбом Закона о стечају штити спровођење стечајног плана санације стечајног дужника. Циљ је, наиме, стечајног плана реорганизација и оздрављење и „нови почетак“ стечајног дужника. То се чини првенствено у интересу повјерилаца, јер се реорганизација стечајног дужника спроводи ако се тиме обезбјеђује повољније намирење потраживања повјерилаца у односу на дужниково банкротство. Истовремено се штити стечајни дужник, јер се он спашава од банкротства. Ово нарочито ако постоје економски оправдани услови за наставак дужниковог пословања. На основу одговарајућих метода реорганизације и усвојеног стечајног плана редефинишу се дужничко-повјерилачки односи стечајног дужника и његових повјерилаца. Према Закону о стечају стечајни план се сматра „новим уговором“ и извршном исправом за измирење потраживања која су у њему наведена.¹¹

Друго, не могу да буду предмет побијања правне радње и правни послови који су предузети након отварања стечајног поступка. То су правне радње и правни послови које је предузео стечајни управник у корист стечајне масе, у сврху окончавања већ започетих послова или ради спречавања настанка штете на имовини у стечајној маси или послова предузетих ради уновчења стечајне масе. Тиме се, дакле, штити стечајна маса, а тиме и заједнички интереси свих стечајних повјерилаца.

Треће, не могу да буду предмет права побијања правне радње исплате по мјеници, ако је друга страна морала да прими ту исплату да не би изгубила право на регрес према осталим мјеничним и чековним дужницима. То је заштита мјенице као кредитног средства, што значи заштита кредита, односно заштита чека као средства плаћања.

Четврто, није дозвољено побијање правне радње или правног посла уобичајеног или неубичајеног намирења повјерилаца, ако тиме нико није био оштећен. Није, наиме, нико био оштећен тим исплатама ако су била еквивалентна давања и са једне и са друге стране конкретног правног посла. То се дешава кад је стечајни дужник истовремено или у кратком периоду прије или послје извршеног правног посла или правне радње примио једнаку протувриједност од повјериоца или од неког другог лица за чији рачун је извршен правни по-

¹¹ Закон о стечају (чл. 167, ст.1).

сао или правна радња. Та је одредба Закона о стечају у складу са начелом еквивалентности у облигационим односима.¹² У тим односима треба да постоји равнотежа узајамних давања или чињења, па је то заштићено и у стечајном поступку.

REALISING THE RIGHT TO CONTEST IN INSOLVENCY

Summary

The author has defined the right to contest legal actions and legal activities of the debtor; assumptions, reasons and conditions for realising the right to contest have been determined.

This article presents general assumptions for the realisation of the right to contest in insolvency. Those are: an insolvency process has been instigated against the debtor; the cause of action has been identified; the contested legal action has been committed or a legal affair concled at a certain period of time prior to instigating insolvency process; there is a reasonable assumption for the instigation of insolvency process, from the aspect of realising its objective.

Reasons for realising the right to contest have been classified into ordinary and extraordinary settlement of creditors' claims, to free disposal and disposal at a symbolic compensation.

Conditions for realising the right to contest in insolvency are systematised into objective and subjective. Objective conditions of realising such a right are disbalance of the parity of the settlement of creditors, favouring certain creditors at the expense of other creditors of the debtor. After defining subjective conditions of the right to contest, the article further discusses the question of establishing the conduct of the subject of such a right. Those are the issues of establishing the intent to damage and favouring certain creditors and the knowledge of the other party for such an intent.

Key words: *insolvency, legal action, legal affair, parity of creditors, pay-off period, causing damage to creditor, favouring creditors, debtor, contesting claim.*

¹² Закон о облигационим односима (чл. 8).

ПОСРЕДОВАЊЕ И ЗАСТУПАЊЕ У ОСИГУРАЊУ У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ МАКЕДОНИЈЕ

Проф. др Данче Манолева – Митровска*
 Мр Владимир Митревски**

Апстракт: Право Републике Македоније истиче значајну улогу осигурања у привреди и животу правних и физичких лица у периоду након њеног осамостаљивања. Посебна улога је дата закону о супервизији осигурања од 2002. године, који је постављен на принципима и стандардима осигурања изграђеним од стране међународних асоцијација и директива Европске уније. Стога се може очекивати да ће правна регулатива у осигуравајућем сектору допринети развоју конкуренције и расту страних инвестиција у овај сектор привређивања. Међутим, ови циљеви се могу остварити само уз постојање стабилног система супервизије, који би требао да омогући успостављање ефикасног, независног тржишта у овој области. Припрема аката који треба да ступе на снагу у току ове године и рад Агенције за супервизију осигурања Републике Македоније, значајно ће утицати на даљи рад осигуравајућих друштава и на заштиту права осигураника.

У том смислу, потребно је указати на важност брокерских услуга као консултативних активности и иновативних вештина у овој области. Због тога се тражи од посредника посебно разумевање конкретних потреба клијената, добри лични односи и познавање ситуације ризика у појединачним случајевима.

Наиме, упућеност брокера и њихових друштава у специфичну ситуацију клијената кључна је претпоставка успешне сарадње ових субјеката. У условима растуће сложености савремених привредних односа, стране компаније желе да користе консултантске услуге само оних лица у која имају пуно поверење.

Кључне речи: осигуравајући сектор, супервизија, финансијска контрола, осигуран случај, ризик, посредовање у осигурању, брокери, заступници, брокерска друштва, реосигуравање, консултантске услуге

* Проф. др Данче Манолева – Митровска, редовни професор Правног факултета, Јустинијан I Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ у Скопљу.

** Мр Владимир Митревски, асистент Правног Факултета Универзитета “Гоце Делчев“ у Штипу.

I. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Улога осигурања у привреди и у људском животу, током времена постаје већа. Данас нема привредне области у коју није ушло осигурање. Могућност повезивања осигурања у све сфере привреде и егзистенције сваког појединца, сама за себе говори о његовој свеукупности.

Наиме, постоји мишљење да је осигурање један значајан институт који је, историјски посматрано, постојао скоро у свим друштвено-економским системима. У основи, осигурање представља обећање у вези надокнаде за потенцијалне губитке од стране осигураника, у размени периодичне исплате од стране осигураника.¹ У буквалном смислу, осигурање представља “стражара” новчаног губитка, која може да се деси на неизвесном случају. У том смислу, осигурање је инструмент помоћу којег једна особа унапред даје одређене мале суме новца (премија осигурања) о великом несигурном финансијском губитку (могућ будући догађај од којег се осигурава, а који може да се деси ако се иста не осигура)². Због овога и разумевање главне функције осигурања је стварање фактора који ће бити опонент ризика – а то је сигурност у свим сферама данашњег динамичног живљења и привређивања.³

Подстицај идеје да је осигураник ексклузиван извор развоја осигуравајућег бизниса и важан учесник у савременом систему осигуравања, заједно с фактом да је осигурање карика за справљање са ризицима осигураника, а не механизам за задовољавање монетарних потреба осигураватеља, могући су начини развоја пазара осигурања у свакој држави. У суштини то је и заједничко и битно за све државе. Зато у данашњим условима живота и привређивања нико није оспорио важност осигурања у вези економије једне државе.⁴ И још више, осигуравачу као посреднику између особа које се осигуравају, могу да се повере послови руковођења средстава, која представљају националну штедњу резервисану за неизвесне догађаје.

Земље света имају различит ниво развијености, што је резултат различитог дејства развојних фактора, као и разних историјских, политичких и других

¹ Koch Peter: *Versicherungswirtschaft*, Verlag Versicherungswirtschaft GmbH, Karlsruhe 2005.

² Др Борис Маровић, др Веселин Авдаловић: *Осигурање и управљање ризиком*, Суботица 2004, стр. 50.

³ У теорији постоји мишљење да је осигурање један вид коцкања, “alea” – коцка. Ово је због тога што обавезе двеју уговорних страна код уговора о осигурању, осигурача и осигураника, у пракси нису увек еквивалентне због наступања или ненаступања осигураног догађаја, због кога се плаћа премија осигурања.

⁴ Сматра се да је осигурање традиционални и конвенционални механизам покрића ризика, а остали механизми управљања ризиком представљају алтернативне начине преноса ризика, а остали механизми управљања ризиком представљају алтернативне начине преноса ризика. У литератури не постоји нека општеприхваћена дефиниција алтернативног преноса ризика, те се зато свака алтернатива традиционалном уговору о осигурању назива алтернативним преносом ризика: Scott e. Harington, i dr. “Risk Management and Insurance, second edition, McGraw Hill, 2004, str. 55.

фактора. То је последица деловања економских законитости, пазарних принципа развитка, али и општих односа сила у свету. Свака држава има посебно правно регулисање, које се у одређеном степену разликује од друге државе. Ипак, у правним системима институт осигурања је у вези са посредничком делатношћу. Ово због успостављања и заштите права и интереса субјеката који настају у међусобним правним односима код осигурања.

II. ПРАВНО РЕГУЛИСАЊЕ ОСИГУРАЊА У РЕПУБЛИЦИ МАКЕДОНИЈИ

Доношењем Закона о осигурању, доношењем Закона о супервизији у осигурању и Закона о обавезном осигурању у саобраћају, поред постојећег Закона о облигационим односима и оснивању осигуравајућих друштава са новим постављеним условима пословања и доношењем њихових општих, посебних и допунских услова осигурања и других нормативних аката у функцији осигурања, у Републици Македонији успоставља се нов, пазарни систем у сфери осигурања.

Нове законске прописе које је донела Република Македонија, осигурање стављају у нове квалитативно организационе правне оквире. Наиме, време у коме живимо тражи јачање везе у модерним светским осигуравајућим и реосигуравајућим кућама, подржаним светским искуствима и њихова размена је велика сигурност за све оне који своја средства улажу у привреду.

Увођењем тржишне економије, осигурање је постало активан фактор и субјект у економском животу. У том циљу, у организовању и у обављању осигуравајуће делатности у нашој земљи су уведени европски и међународни стандарди, који су отворили процес приватизације у овој делатности.

Наиме, нови период у развоју осигурања у Републици Македонији, као самосталној и сувереној држави, је започео када је Скупштина Републике Македоније, 30. јула 1995. године, донела Закон о осигурању имовине и лица.⁵ Овим Законом уређује се велики број битних питања из области осигурања и реосигурања. У суштини, то је први закон који је у целости нормирао делатност осигурања у нашој земљи.

У току 1997. године, донет је нов Закон о осигурању⁶. Овим Законом се осигурање поставља у функцију активног фактора и субјекта у пазарним привредним активностима, приватизујући ову делатност и усвајајући европске и међународне стандарде њеног функционисања.

Током 1999. године доноси се Закон о измени Закона о осигурању⁷. Овим изменама се даје могућност за улазак страних партнера у ову сферу привређивања. Инвестирањем иностраног партнера у привреду, осигуравајућа

⁵ “Сл. весник на Р. Македонија”, бр. 49/95 и 65/95.

⁶ “Сл. весник на Р. Македонија”, бр. 49 од 1997.

⁷ “Сл. весник на Р. Македонија”, бр. 79 од 15.12.1999.

и реосигуравајућа друштва у Републици Македонији имају велику предност, тако што инострани партнер располаже великим фондом разних видова осигурања у сагласности са светским стандардима, а то означава и нове видове осигурања који ће се код нас развијати према критеријумима који се примењују у западним земљама. Овај Закон је претрпео промене у 1999. и 2001. години. И поред тога приступило се доношењу новог закона, који обухвата више сегментата осигуравања.

Новим Законом о осигурању из 2001. године⁸ стварају се услови за тесну сарадњу са иностраним осигуравајућим друштвима. За понуду квалитетног осигурања, услуге домаћег тржишта и могућности дисперзије ризика иностраног осигуравајућег друштва. Све ово доприноси већој сигурности осигураницима при склапању уговора о осигурању. Овим се постиже промена начина организације и пословања осигуравајућих друштава.

У контексту институционалне регулативе ове делатности, Скупштина Републике Македоније је 11. априла 2002. године донела Закон о супервизији у осигурању⁹. У својих седамнаест делова, овај Закон регулише осигурање на један прецизан начин, који обухвата широки опсег осигуравајуће делатности и конкретна правила о управљању осигуравајућим друштвима.

Закон о супервизији у осигурању, уграђује принципе и стандарде о осигурању међународне асоцијације осигуравајућих супервизора (ИАИС), као и директиве о осигурању Европске уније.¹⁰

Наиме: “У самом Закону о супервизији у осигурању, сусрећемо нов, модеран, аналитички и стручан приступ. Такође, даје се могућност за пословање друштава за осигурање у Републици Македонији, који је далеко компатибилнији пословању друштава за осигурање у пазарним економијама Европске уније. Забиљежава се одређена ригорозност у регулисању, контроли и ревизији пословања друштава за осигурање, што оставља утисак о високом степену администрирања државних органа, посебно Министарства за финансије”.¹¹

У Закону о супервизији у осигурању разрађена су следећа битна питања у овој области: уређење основних одредаба у вези осигурања; уређење питања која се односе на друштва за осигурање; основање и пословање друштва за

⁸ “Сл. весник на Р. Македонија”, бр. 35 од 2001.

⁹ “Сл. весник на Р. Македонија”, бр. 27 од 2002. године.

¹⁰ Директива 31984L0641 - туристичка помоћ.

Директива 31987L0343 - осигурање кредита

Директива 31978L0344 - осигурање правне помоћи

Директива 31991L0674 - консолидирани финансијски извештаји

Директива 31998L0078 - допунска супервизија друштва о осигурању у осигуравајућим групама

Директива 32001L0017 - реорганизација и ликвидација друштва за осигурање

Директива 32002L0013 - потребни ниво на маргинама солвентности

Директива 32002L0087 - финансијски конгломерати

Директива 32002L0092 - осигуравајући посредници: садржано у: “Национална програма за усвојување на правото на ЕУ од 2006 година“, Влада на Р. Македонија стр.129.

¹¹ Проф. др Тихомир Јовановски – Економика осигурања, Скоље 2008, стр. 332.

осигурање; управљање ризиком; капитал друштва за осигурање; посредовање осигурања, брокери, брокерска друштва; супервизија друштва за осигурање; унутрашња ревизија и ревизија овлашћеног ревизора; реосигурање; осигуравајући и реосигуравајући пулови; Национално биро за осигурање.¹²

Године 2005. је донесен Закон о обавезном осигурању у саобраћају¹³, који је регулисао радње осигурања у оквирима класе обавезног осигурања од одговорности од штета узрокованих у саобраћају моторним возилима; ваздухопловима и пловним објектима; осигурање путника јавног превоза од последица несрећног догађаја – незгода; оснивање и задаци Националног бироа за осигурање и Гарантни фонд у оквирима Бироа.

Неопходно је поменути и Закон о облигационим¹⁴ односима и Закон о привредним друштвима¹⁵. Законом о облигационим односима регулишу се права и обавезе који произилазе из уговора о осигурању. У Закону о привредним друштвима садржане су одредбе које се примењују у сфери осигуравајуће делатности, по чијим одредбама правни субјекти, чија је основна делатност у области осигурања, оснивају се као акционарска друштва за осигурање у приватном власништву.

У току 2007. године су донете измене законске регулативе у области осигурања, и то у Закону за супервизију осигурања. Са овим изменама даје се могућност за оснивање независног супервизијског органа – Агенције за супервизију осигурања која има за циљ заштиту права власника и корисника осигурања.

Изменама Закона о супервизији осигурања по први пут су регулисани и начини обављања пословања посредовањем, односно заступање у осигурању (усаглашавање са директивама које се односе на интермедијацију осигурања) лиценцирани субјекти – овлашћена друштва за посредовање осигурања, заступања, који могу да обављају послове у интересу друштва за осигурање.

Овакве промене у законодавној регулативи из области осигурања у нашој земљи омогућавају: континуиран раст бруто полисиране премије тржишта осигурања; успостављање и управљање средствима Гарантног фонда у оквиру Националног бироа за осигурање; пораст запослености у сектору и повећање броја лиценцираних друштава о осигурању и осигуравајућа брокерска друштва, што омогућава да се развије посредничка делатност и форма посредовања у области осигурања у нашој земљи, а што ће бити предмет разраде наредног дела овог рада.

¹² Национално биро о осигурању је основан као непрофитабилна организација, са задатком да обавља радње које су предвиђене међународним договором о осигурању корисника, тј. власника моторних возила од одговорности и представљају друштва из Републике Македоније у међународним организацијама, као и обављање других радњи од заједничког интереса друштава за осигурање.

¹³ “Сл. весник на Р. Македонија”, бр. 19/2005.

¹⁴ “Сл. весник на Р. Македонија” бр.18/2001 и бр. 84/2008.

¹⁵ “Сл. весник на Р. Македонија” бр. 28/2004, бр. 84/2005, бр. 71/2006, бр. 42/2010 и бр. 48/2010.

III. ПОСРЕДНИЦИ И ЗАСТУПНИЦИ У ОСИГУРАЊУ

Данас, услед повећаног ризика осигурања, пораст броја осигураника, као и разлике у условима и премијама осигурања, настала је потреба да уговарач осигурања тражи одговарајућу помоћ од особе (физичко или правно лице), као посредника који је у конкретной ситуацији способан да изабере најповољније решење у конкретном процесу доношењем одлуке у осигурању. У сагласности са постојећим Европским директивама¹⁶ и другим одговарајућим одредбама и у праву Републике Македоније су садржане одредбе за посредовање и заступање у осигурању у сагласности са савременим живљењем и привређивањем субјеката.

1. Посредовање у осигурању

Доношењем Закона о супервизији у осигурању, код нас су се створили услови чијим испуњењем се омогућава посредовање у осигурању реализацијом брокерских послова. У суштини, реч је о посредовању у договарању осигуравајућег и реосигуравајућег покрића, при реализацији одштетног потраживања за случај осигуравајућег штетног догађаја.

Брокерске осигуравајуће послове могу да обављају брокери осигурања или брокерско осигуравајуће друштво.

а. Брокери осигурања

Широк избор производа о осигурању, комплексност тржишта, често пута значи да онима који траже осигурање, треба стручан савет како би одабрали одговарајућу полису у конкретном случају. Овакав стручан савет потенцијалним купцима осигурања могу дати само брокери осигурања.

Брокер осигурања је особа која има лиценцу од стране Агенције за супервизију осигурања. Он врши искључиво осигуравајуће брокерске послове, представља и делује у име и за рачун својих клијената у односу на друштво о

¹⁶ Реч је о Директиви 2002/92/ЕС Европског парламента која налаже посредницима у осигурању и реосигурању да имају централну улогу у осигуравајућим и реосигуравајућим производима у Заједници. Први корак за олакшање извршења права за основање и слободно пружање услуге осигуравајућих брокера и агената било је уређено Директивом 77/92/ЕЕС Савета од 13. децембра 1976. године, мерама за олакшање ефикасног спровођења слободног оснивања и слободног пружања услуга у погледу активности осигуравајућих брокера и агената (ранија ISIG Group 630), а посебно прелазне мере у погледу тих активности. Било је предвиђено Директивом 77/92/ЕЕС да се примењује све док не ступе на снагу одредбе којима се координирају национална правила за почетак и извршење активности осигуравајућих брокера и агената. Препорука 92/48/ЕЕС Комисије од 18. децембра 1991. године о осигуравајућим посредницима, у великој мери су поштовали државе чланице и иста је помогла за уску повезаност националних одредба, тј. о професионалним потребама и регистравању посредника осигурања.

осигурању и реосигурању¹⁷

Осигуравајуће брокерске послове, као што смо рекли раније, може да обавља брокер осигурања, односно, нити једна особа не може да буде осигуравајући брокер осим особе која је у радном односу у осигуравајућем брокерском друштву.

Закон о супервизији осигурања наводи да је основна обавеза сваког брокера осигурања да штити интересе осигураника. Ово укључује давање савета и појашњења осигураницима о свим околностима које су релевантне за њихово одлучивање у односу на склапање уговора за осигурање за одређене класе осигурања. Уколико жели да обави ту делатност, брокер мора, пре свега:

- Да припреми адекватну анализу ризика и да предложи одговарајуће осигуравајуће покриће о осигуранику;

- Да посредује у име осигураника за склапање уговора о осигурању, који узимају у обзир све околности које су важне за ризик појединачног догађаја, обезбеди осигуранику одговарајуће покриће;

- Обавести друштво о осигурању за намеру осигураника да искључи уговор о осигурању и упозна осигураника са условима полисе и прописима који регулишу утврђивање износа премије;

- Провери садржај полисе и укаже помоћ осигуранику у току важења договора о осигурању, како пре, тако и после настајања осигуравајућег догађаја, а посебно да обезбеди да је осигураник обавио правна дејства у предвиђеним роковима, а који представљају предуслов за стицање и уживање права која произилазе из уговора о осигурању.¹⁸

Уколико дође до конфликта интереса, брокер осигурања је дужан да презентује осигуранику све правне и економске односе које има у одређеном друштву о осигурању, а који могу да утичу на објективност брокера осигурања или извршење обавеза према осигуранику.

У циљу обезбеђења професионалности и независности, код брокера постоји обавеза да може да искључи договоре о осигурању за професионалну одговорност. У одређеним случајевима предвиђа се формирање гарантног фонда, преко којег се покривају штете које подносе треће особе као резултат измаме или другог нечасног дејства брокера или његових запослених особа.

За сваку извршену услугу брокер осигурања има право да наплати провизију, уколико то предвиђа уговор о обављању одговарајућих брокерских послова и уколико је тако, он има право на ту провизију од тренутка када је договор о осигурању за који је извршено посредовање закључен. Брокер осигурања је дужан да обавести осигураника о висини провизије коју наплаћује од друштва за осигурање.

¹⁷ Не рачунају се за осигуравајући брокери особе које у контексту обављања своје професионалне активности дају информације клијентима у вези договора о осигурању, а при томе не обављају посредовање у договарању осигуравајућег и реосигуравајућег покрића и реализовања оштећених потраживања по оствареном осигурању за штету.

¹⁸ Чл. 140 Закон о супервизији у осигурању.

Постоје одредбе и за забране посредовања. Наиме, брокер осигурања не сме да посредује при склапању уговора о осигурању, који је у супротности са одредбама Закона о супервизији у осигурању, а који се односе на уговоре о осигурању и опште услове полисе. Брокер може да посредује при склапању уговора о осигурању искључиво са друштвима о осигурању, која су основана сагласно горе наведеном Закону, а само изузетно уколико осигурање предметног ризика не може да се изврши у Републици Македонији, брокер може да посредује при склапању договора о осигурању са страним друштвима из ове области.

б. Брокерско осигуравајуће друштво

Брокерско осигуравајуће друштво је правно лице – акционарско друштво чије је седиште у Републици Македонији, које има дозволу за обављање послова брокерског осигурања од стране Агенције за супервизију осигурања. Брокерско осигуравајуће друштво могу да оснивају домаћа и инострана правна или физичка лица. Акционарски капитал за оснивање брокерског осигуравајућег друштва износи 50.000 евра у динарској противвредности, по курсу Народне банке Републике Македоније на дан уплате.¹⁹

Наиме, као што је већ било речено, брокерско осигуравајуће друштво представља правно лице организовано у форми акционарског друштва које има дозволу за обављање послова брокерских осигурања од Агенције, при чему се његовим појмом одређују следећа четири основна елемента:

- Има својство правног лица;
- Организовано је у форми акционарског друштва, што значи да је постављено у склопу привредних друштава;
- Његово седиште је у Републици Македонији;
- Има дозволу за обављање послова брокерских осигурања добијених од Агенције.

У Закону, основни услове за оснивање брокерског осигуравајућег друштва одређени су на јасан и прецизан начин.²⁰

По испуњењу услова за издавање дозволе за обављање послова осигурања, Агенција носи решење којим издаје дозволу за обављање брокерских осигуравајућих послова за конкретно брокерско друштво.

У Закону постоје одредбе којима су утврђене активности брокерских осигуравајућих друштава и начин на који се они извршавају. Наиме, брокерске осигуравајуће послове брокерско осигуравајуће друштво обавља преко брокера осигурања. Поред обављања брокерских осигуравајућих послова, брокерско осигуравајуће друштво може: да снима ризике; да обавља снимање и про-

¹⁹ Чл. 148 Закона о супервизији у осигурању.

²⁰ Чл. 145 ст. 1 Закона о супервизији.

цену штета; да посредује при продаји, као и при продаји остатка осигураних оштећених предмета; да уводи мере за спречавање смањења и одстрањивања штете и ризика који представљају опасност у неживотном осигурању. У прилогу овоме свако брокерско друштво има своје акте пословне политике које сачињавају: основе делове политике, тарифа за извршене услуге и елаборат са пројекцијом очекиваних резултата најмање за трогодишњи период.²¹

Брокерско осигуравајуће друштво је дужно да осигура своје обавезе према власницима полиса за случај кршења одредаба уговора за посредовање до једног осигураног износа прецизно одређеног Законом.²²

Брокерско осигуравајуће друштво је дужно да обавести Агенцију за све промене података унетих у трговачки регистар за промене у структури и обиму брокерских осигуравајућих послова.

У Закону о измени и допуњењу закона о супервизији у осигурању из 2008. године (члан 100) предвиђају се одредбе које ће се примењивати од дана приступања Републике Македоније Европској унији (члан 155, 156 и 157). Поред наведене одредбе, брокерска осигуравајућа друштва из земље чланице представљају правна лица са седиштем у земљи чланице које имају дозволу за обављање брокерских осигуравајућих послова од одговарајућег надлежног органа те земље. Та друштва у нашој земљи могу да обављају брокерске осигуравајуће послове, уколико су основана сагласно задатим условима утврђеним Законом.

Брокерско осигуравајуће друштво које има дозволу за обављање брокерских осигуравајућих послова, може да обавља исте на територији земље–чланице преко филијале или директно, уколико испуњава услове предвиђене од земље чланице.

Брокерско осигуравајуће друштво из земље чланице које има дозволу за обављање брокерских осигуравајућих послова у тој земљи и које има за циљ да отпочне са обављањем брокерских осигуравајућих послова на територији Републике Македоније, дужно је да за своју намеру обавести надлежни орган за супервизију земље чланице у којој друштво има седиште. Орган за супервизију је дужан у року од једног месеца да поднесе извештај до Агенције. Брокерско осигуравајуће друштво може да почне са својим радом на територији Републике Македоније у року од једног месеца од дана пријема извештаја од надлежног органа за супервизију земље чланице. Исте обавезе подједнако важе и за обављање брокерских осигуравајућих послова од стране брокера осигурања – брокера физичких лица, у Републици Македонији. Надлежни органи земље чланице су дужни да међусобно размењују податке и информације који се одnose на брокере осигурања и брокерска осигуравајућа друштва и њихов рад.

²¹ Чл.149 Закона о супервизији у осигурању.

²² У сваком појединачном случају тај износ не сме да буде мањи од 250.000 евра, односно у вези са свим осигураним случајевима у једној години, не сме да буде мањи од 500.000,00 евра.

2. Заступање у осигурању

Заступници у осигурању су лица - агенти који у име и за рачун осигураника склапају уговоре о осигурању, на бази унапред закљученог уговора за заступање између осигуравајућег друштва и заступника. Под овим појмом су обухваћени и „шалтерски радници“ и остали радници осигуравајућег друштва који континуирано или повремено долазе у контакт са осигураницима и на различите начине нуде, закључују и промовишу делатност осигурања и послове својих осигуравајућих друштава. Заступници у осигурању се разликују од посредника у осигурању, по томе што заступници делују у име и за рачун оне осигуравајуће компаније у којој су у радном односу.

Заступање осигуравајућег друштва од стране заступника може да буде ограничено и неограничено. Неограничено заступање имамо тада када осигураник даје овлашћење заступнику за његово заступање, на који начин одређује обим његовог овлашћења. Ограничено овлашћење пак, је оно овлашћење којим осигураник ограничава заступника у делу обима овлашћења при заступању у осигурању.

Заступање у осигурању према Закону о супервизији у осигурању представља припрему и закључивање уговора за осигурање у име и за рачун једног или више друштава за осигурање, заснованих у сагласности са Законом о супервизији у осигурању, о продуктима осигурања који међусобно конкуришу.

Заступници у осигурању могу да буду: агенти – физичка лица и агенцијско осигуравајуће друштво као правно лице.

А. Заступници – агенти

Агент као физичко лице може да буде заступник у осигурању само уколико поседује лиценцу од Агенције о супервизији.

Субјект који намерава добити лиценцу, прво мора поднети захтев за добивање лиценце.

О прибављању лиценце одлучује Агенција о супервизији осигурања решењем, којим може захтев усвојити или одбити.

Агенција прописује услове за добивање лиценце, а који су предвиђени Законом о супервизији у осигурању, и то:

- положен стручни испит за заступника у осигурању;
- да кандидат поседује најмање средње образовање;
- да кандидат познаје македонски језик и ћирилично писмо;
- да против њега није изречена казна затвора за кривично дело против јавних финансија, против платног промета и привреде, против службене дужности или против правног поретка;
- да против њега није изречена забрана за вршење професије, делатности

и пословања;

- да не врши функцију субјекта са посебним правима и одговорностима у осигуравајућем друштву или другом правном субјекту над којим је отворен стечајни поступак.²³

Основни послови у заступању које обавља заступник су: припрема и склапање уговора о осигурању у име и за рачун једног или више осигуравајућих друштава заснованих на основу Закона о супервизији у осигурању, и то, о производима осигурања који нису у међусобној конкуренцији. *Споредни послови о заступању у осигурању које заступник може да обавља су:* послови о продужавању и прекидању уговора о осигурању на бази сагласности осигураника.²⁴

Послове о заступању у осигурању могу радити субјекти који ове послове обављају као своје основно занимање, или као додатна делатност.

Правни и физички субјекти који при обављању своје делатности повремено дају информације клијентима у вези с уговорима о осигурању и који не раде на припреми и закључивању истих, не сматрају се за заступницима у осигурању.

Када је реч о одговорности заступника у осигурању, одредбе чланова 49, 50 и 51 Закона о супервизији у осигурању се примењују и на обављање делатности заступника у осигурању.

Заступници у осигурању најчешће мењају методе о раду, као што су, индивидуални и масовни метод рада.

б. Агенцијско осигуравајуће друштво

Као што је већ речено, заступници у осигурању се јављају као физичка лица, али ову исту делатност може обављати и правно лице које треба испуњавати одређене услове за обављање делатности заступања у осигурању, а то су:

- да буде организовано у форми акционарског друштва;
- да је седиште друштва у Републици Македонији;
- да друштво обавља само послове везане за заступање у осигурању, и
- да друштво има дозволу за обављање послова за заступање у осигурању од стране Агенције о супервизији у осигурању и исто не може бити уписано у Централни регистар без овог одобрења.

Уколико су испуњени горе наведени услови, подноси се захтев до Агенције за супервизију у осигурању за добијање дозволе за вршење послова за заступање у осигурању.

Друштво за заступање у осигурању је дужно да обавља послове за заступање као јединствену делатност. Наиме, делатност друштва за заступање

²³ Члан 134 ст. 1, цит. дел., Закона о супервизији у осигурању.

²⁴ Члан 134-б, став 2 и став 3 Закона о супервизији у осигурању.

у осигурању је ограничена. Друштво за заступање у осигурању, односно заступник у осигурању, могу да врше само послове за заступање и то искључиво у осигуравајућим друштвима заснованим сагласно Закону о супервизији у осигурању.²⁵

Заступник у осигурању може обављати само послове заступања за које има овлашћење од стране осигуравајућег друштва, односно друштва за заступање у осигурању. Због тога је друштво за заступање у осигурању дужно, у име осигуравајућег друштва које заступа, истакнути на видно место својих радних просторија.²⁶

О пословима заступника у осигурању одговара осигуравајуће друштво, односно друштво за заступање у осигурању. Одговорност о пословима друштва за заступање у осигурању, односно заступника у осигурању је ограничена. Одговорност осигуравајућег друштва при пословању у области заступања у осигурању, односно заступника за заступање, искључиво је утврђена сагласно закљученим уговором за заступање.

У пракси понекад особе које купују осигурање не могу да направе разлику између агента осигурања и брокера осигурања. Осигураник који није укључен у идејност осигурања верује, што није тачно, да особа са којом он сарађује како би набавио осигурање је агент осигуравајућег друштва који има овлашћење да презентира осигуравача сваким представљањем друштва, било да је повезано са текстом полисе или не. Брокери осигурања често не успевају да објасне клијентима то неразумевање. Осигуравајуће компаније рачунају да су често тужене за поступке брокера осигурања за послове за које они немају никакво сазнање ниту контролу. Пре него осигураник успе са тужбом, подупирући се на погрешно презентирање агената, он мора да докаже да је особа која је обавила осигурање извршила осигурање у име осигуравача. Ако је особа која је обезбедила осигурање била особа “брокер“, односно била је особа која је извршила осигурање са, али не у име, осигуравача, чиме тужба осигураника против осигуравача не може да успе. Затим, тужба ће бити усмерена против брокера ако осигураник може да докаже да је брокер лажно приказао материјалан факт, чиме је учинио штету осигуранику.²⁷

Морамо истакнути да статус посредника намеће слабију везу са својим партнером од оне код заступника. Наиме, за разлику од заступника који се у осигурању ангажује за одређен временски период за више послова, посредник је уобичајено ангажован само за један одређен посао. При овоме треба забиљежити и факт да за свог комитента раде на одређеној територији у одређеном временском периоду по основу више различитих послова, а посредник, као што је малопре било речено, само за један конкретан посао, при чему

²⁵ Члан 134-б, став 2 и члан 134-а, став 4 Закона о супервизији у осигурању.

²⁶ Члан 134-б, став 3, 4 Закона о супервизији у осигурању.

²⁷ <http://www.agentandbroker.com/Pages/American-Agent-Broker-Magazine.aspx>

је битно истаћи да и осигураватељ и осигураник могу ангажовати посредника који има све особине уобичајеног посредника у праву.

*

* *

Одређене структуре имају мишљење да је осигурање у Републици Македонији законски пререгулисано. Ми сматрамо супротно, јер и у развијеним тржишним економијама, где је развијено тржиште осигурања, сфера осигурања као део финансијског сектора у једној економији подложна је стриктној и обимној регулативи.

У Републици Македонији, доношењем Закона о супервизији у осигурању у значајној мери се извршило усаглашавање домаће регулативе у осигурању целог корпуса правних аката ЕУ (*acquis communautaire*) из области осигурања. Изменама Закона о супервизији у осигурању из 2007. године, по први пут се регулишу и начини обављања послова посредовања у осигурању преко лиценцираних субјеката - овлашћеног друштва за посредовање у осигурању и овлашћених брокера и брокерских осигуравајућих друштава, који могу да обављају послове посредовања.

При томе, значај брокерских услуга које су изван традиционалне функције тржишта као консултативне услуге и иновативних решења у области менаџмента ризика, је све већи. Ово сугерише да брокери обављају и продужиће да обављају, све више, послове делатности осигурања.

У сагласности са повећаним потребама за консултативним услугама и иновативним решењима, са гледне тачке посредника, тражи се боље разумевање посебних потреба клијената, добри лични односи и добро познавање поља менаџмента ризика. Наиме, познавање „друштвене“ или мрежне функције њихових клијената од стране брокера, само би повећало веру и повезаност који су битни за успех. Посебно ових дана, када свет свакодневно постаје сложенији, стране компаније воле да се подупру на готове консултантске услуге које ће им бити обезбеђене од особа којима верују.

Због тога је од великог значаја и поседовање ефикасне глобалне мреже и константан развој познавања специфике региона, чиме се даје значај функцији посредника - брокера, као међународних партнера.

Vladimir Mitrevski LL.M., An Assistant,
Law faculty, University “Goce Delcev” Stip

Dance Manoleva-Mitrovska, Ph.D. Full-time Professor
Law faculty ‘Justinijan Prvi’
University ‘Sveti Kiril i Metidije’ Skopje

Summary

The legal system in the Republic of Macedonia emphasizes the importance of the role of insurance in its economic system and the daily life of legal and natural individuals in the period after this country gained independence. The particular place is given to the 2002 Insurance Supervision Act which is based upon the principles and standards developed by international associations and European Union directives. The established system of legal regulation of insurance sector should give boost to competition and foreign direct investments in this economic activity. However, the realization of those goals is conditioned upon the establishment of the stable supervisory system which should ensure the development of an effective and independent market in this area of economic activity. The forthcoming adoption of regulative acts in this area and the work of the Insurance Supervision Agency of the Republic of Macedonia will significantly influence the work of insurance companies and the protection of the rights of its customers.

In this respect, it is necessary to point out brokers’ activities as emerging consultancy and innovative practices in Macedonia. They are expected to be familiar with individual circumstances of their clients, to have good relationship with them and to have full understanding of potential risks in particular cases.

Namely, the understanding on the part of brokers of specific circumstances of their clients is the essential precondition for the successful cooperation of those individuals. In the situation of the ever growing complexity of economic relations, foreign companies want to use service only of those consultancies which they believe to be trustworthy.

Key words: insurance sector, supervision, financial control, insured cases, risk, insurance brokers, broker agent, brokers associations, reinsurance, consultancies.

СТЕЧАЈНИ УПРАВНИК

Проф. др Дара Миленовић*

УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Стечајни поступак покреће се и води пред надлежним судом, код кога се формирају органи стечајног поступка. Они врше одговарајуће стечајне радње, доносе одлуке из своје законом установљене надлежности (делокруга послова) и на тај начин утичу на ток стечајног поступка.

У нашем стечајном праву обавезни органи стечајног поступка јесу: стечајни судија, стечајни управник, скупштина поверилаца и одбор поверилаца.¹ Међутим, у стечајним поступцима над банкама и друштвима за осигурање, надлежности и овлашћења стечајног судије из Закона о стечају врши стечајно веће, у складу са одредбама закона којим се уређује стечај и ликвидација банака и друштава за осигурање, осим ако је тим законом другачије прописано.²

Може се приметити, да је према новом Закону о стечају из 2009. године једини судски, судијски орган стечајног поступка стечајни судија, јер се не образује стечајно веће. Стечајни судија је орган стечајног поступка при надлежном суду, који обједињује у својој функцији надлежности и стечајног већа и стечајног судије. То је, поред, осталог, последица реалности изазване обимом посла и недовољним бројем судија привредних судова, начела економичности и хитности стечајног поступка, као и искуства земаља са развијеном тржишном привредом. Циљ смањења органа стечајног поступка (конкретно непостојање стечајног већа, као органа који врши правосудну функцију управљања стечајним поступком) јесте установљавање стварног, а не формалног учествовања у стечајном поступку. Тако је стечајни поступак рационализован, учињен ефикаснијим, уз остварење начела хитности, јер поступак води стечајни судија, чији је то основни и једини посао. Томе у прилог иде и

* Проф. др Дара Миленовић, Правни факултет, Ниш.

¹ Закон о стечају, чл. 17. („Службени гласник Р. Србије“, бр. 104/2009).

² Закон о стечају, чл. 209.

досадашња пракса привредних судова, на основу које се може закључити да истовремено учешће у стечајном поступку стечајног већа и стечајног судије не представља гаранцију веће ефикасности у заштити интереса стечајних поверилаца и стечајног дужника, па ни саме законитости вођења тог поступка. Стечајно веће чине председник и два члана, који су судије привредног суда. Статус судије професионалаца има и стечајни судија. Међутим, упркос оваквој бројности судија професионалаца, који су по закону учествовали у поступку стечаја, то није доприносило његовој законитости и ефикасности. Напротив, често се дешавало да су чланови већа само формално учествовали у поступку стечаја. То је било правило у судовима који због малог броја судија нису били у могућности да формирају посебна стечајна већа. У том случају је цео поступак стварно водио и у њему учествовао само председник већа који је био задужен са предметом, док се улога чланова већа сводила само на задовољење законом прописане форме о саставу стечајног већа. На исти начин у пракси је обављао дужност стечајни судија. Он је био законом овлашћен да надзире и контролише рад стечајног управника, али није био и задужен са самим предметом стечаја. Зато се и његова улога најчешће сводила на формална потписивања унапред припремљених одлука од стране председника стечајног већа, односно стечајног управника.³

Зависно од улоге коју имају у стечајном поступку, стечајни органи се деле на судске, поверилачке и дужничке.

Судски орган је стечајни судија.

Поверилачки органи су скупштина и одбор поверилаца.

Орган дужника је стечајни управник, кога именује стечајни судија. У правној теорији преовлађује схватање, према коме је, с обзиром на функције које има, стечајни управник истовремено и орган стечајног дужника, орган стечајне масе и орган суда.⁴

Да закључимо: органи поверилачке аутономије штите интересе поверилаца; интересе дужника штити стечајни управник, али он мора да води рачуна и о интересима поверилаца – нарочито када је у питању управљање дужниковом имовином, предузимање неопходних мера за одржавање и заштиту те имовине, њено уновчавање; док стечајни судија као судски орган пресуђује у стечајном поступку.

Предмет наше пажње у даљем раду ће бити стечајни управник – централна личност у стечајном поступку и питања која се тичу правне природе, именована, функције, права и дужности и одговорности стечајног управника.

³ Слијепчевић, Д., Стечајни поступак у светлу садашњих и могућих законских решења, Право и привреда, бр. 5-8/2004, стр. 586-602.

⁴ Васиљевић, М., Компанијско право, Београд, 2007, стр. 599; Јанковић, И., Привредно право, Београд, 1996, ср. 181; Мићковић, М., Дужник као учесник стечајног поступка; Правни живот, бр. 11/1998, стр. 349.

1. ПОЈАМ СТЕЧАЈНОГ УПРАВНИКА

Стечајни управник је субјект стечајног поступка, који је познат и у упоредном стечајном праву. Међутим, у стечајним правним системима постоје одређене разлике у вези начина његовог одређивања његових права и обавеза и др. Тако, на пример, у прописима Европске уније стечајни управник се назива ликвидатор („Liquidator“), а дефинисан је „као свако лице или тело“ чија је функција да администрира (управља) или ликвидира имовину које је дужник лишен или да надгледа администрацију (управљање) његових послова.⁵ Стечајни управник је најзначајнији орган стечајног поступка. Томе у прилог говори његов правни положај, улога и делокруг послова у стечајном поступку. Он је стручни орган, али и централна личност у стечајном поступку, јер од његове стручности, способности и савесности у великој мери зависи и успех самог поступка. Његове личне особине и морални квалитети (поузданост, тачност, прецизност, поштење, правичности и др.) посебно су значајни за спровођење стечајног поступка.⁶

Стечајни управник има различите улоге у стечајном поступку, јер заузима место бивших органа стечајног дужника. Даном отварања стечајног поступка престају заступничка и управљачка права директора, заступника и пуномоћника, као и органа управљања и надзорних органа стечајног дужника, и та праве прелазе на стечајног управника. Даном отварања стечајног поступка стечајни управник преузима у државину целокупну имовину која узлази у стечајну масу и њоме управља и располаже ради заштите интереса стечајних поверилаца. Правни посао располагања стварима и правима која улазе у стечајну масу, који је стечајни дужник закључио после отварања стечајног поступка не производи правно дејство, осим у случају располагања за која важе општа правила поуздања у јавне књиге, а друга страна има право да захтева враћање противчинидбе из стечајне масе као стечајни поверилац. Пуномоћја која је дао стечајни дужник, а која се односе на имовину која улази у стечајну масу, престају отварањем стечајног поступка. Стечајни управник води послове и заступа стечајног дужника, осим ако је Законом другачије одређено.

Нацртом Закона о стечају (који је ушао у скупштинску процедуру) било је предвиђено да стечајни управник врши дужност као предузетник или као члан ортачког или командитног друштва које је регистровано за обављање делатности стечајног управника, осим у случају специјализоване организације основане посебним прописом. Он не може бити у радном односу, осим ако је запослен код предузетника или ортачког, односно командитног друштва које је регистровано за обављање делатности стечајног управника.⁷ Ова правила нису

⁵ Уредба ЕС, бр. 1346/2000 од 29. маја 2000, о поступку инсолвенције.

⁶ Станковић Г., Петрушић, Н., Стечајни управник као субјект стечајног поступка, Правни живот, Право и привреда, бр. 5-8/2004, стр. 625.

⁷ Нацрт Закона о стечају, чл. 19. ст. 2. и 3.

нашла своје место у Закону о стечају. Међутим, одредбом члана 25. става 4. овог Закона предвиђено је, да у именик активних стечајних управника не може бити уписано лице које је у радном односу, осим ако је запослено код предузетника или ортакчког односно командитног друштва.⁸ Поред тога, један од услова за стицање статуса активног стечајног управника јесте његова регистрација као предузетника или члана друштва лица. Сматрамо да ради целовитости, конзистентности и прегледности текста наведене одредбе из Нацрта требале су да остану и у Закону о стечају. Стечајни управник, као и лица која обављају послове стечајног управника у име организације која је посебним законом одређена да обавља послове стечајног управника, имају статус службеног лица у смислу одредаба Кривичног законика којима се регулише положај службеног лица.⁹

2. ПРАВНА ПРИРОДА СТЕЧАЈНОГ УПРАВНИКА

О правној природи стечајног управника у правној теорији постоје различита схватања.

Према теорији заступања, стечајни управник је орган стечајног дужника, тј. његов заступник. У оквиру овог схватања постоје две варијанте. Према једној, стечајни управник је законски заступник стечајног дужника, док је према другој заступник стечајне масе.¹⁰

Према публицистичкој теорији, стечајни управник је орган стечајног суда, јер га као носиоца јавноправних овлашћења именује суд својим решењем.¹¹

Према мешовитој теорији, стечајни управник је истовремено и орган стечајног дужника и орган стечајног поступка. Предузећу које је пало у стечај неопходан је неко ко ће га заступати и управљати његовим радом, јер ће оно имати својство правног лица, све до окончања стечајног поступка. С друге стране, он је орган стечајног поступка, дакле, судски орган. Њега именује стечајни суд, контролише га, одговара му за свој рад и понашање.¹²

Положај стечајног управника као органа стечајног поступка нарочито долази до изражаја кад се намерава стечајни поступак водити у правцу санације стечајног дужника његовом реорганизацијом, на основу предложеног и одобреног плана реорганизације. Стечајни управник има право да предложи и да поднесе текст плана реорганизације стечајног дужника. Он то чини под над-

⁸ Закон о стечају, чл. 25. ст. 4.

⁹ Закон о стечају, чл. 19. ст. 2.

¹⁰ Мићовић, М. Дужник као учесник стечајног поступка, Правни живот, бр. 11/1998, стр. 349.

¹¹ Чоловић, Б., Стечајни испит као услов за именовање стечајног управника (у стечајном законодавству Републике Српске), Право и привреда, бр. 5-//2004, стр. 675.

¹² Јанковец, И., Привредно право, Београд, 1996, стр. 181. Васиљевић, М., Трговинско право, Београд, стр. 365.

зором стечајног судије и одбора поверилаца, којима подноси извештаје о свом раду. На тај начин он штити интересе стечајног дужника и стечајних поверилаца. Оваква улога стечајног управника чини га специфичним органом стечајног поступка, по чему се разликује од класичног положаја тога стечајног органа. Зато има основа да се говори о стечајном управнику као органу стечајног суда у стечајном поступку, стечајног дужника, стечајне масе, јер је он у функцији свих тих субјеката.¹³ Приликом утврђивања правне природе института стечајног управника, треба, дакле, имати у виду две правно релевантне чињенице. Прва, функције стечајног управника у стечајном поступку. Друга, начин на који се он именује.

3. ИМЕНОВАЊЕ И РАЗРЕШЕЊЕ СТЕЧАЈНОГ УПРАВНИКА

Стечајног управника именује стечајни судија решењем о отварању стечајног поступка. У томе стечајни судија наступа по службеној дужности и није везан евентуалним предлогом неког од учесника у стечајном поступку.¹⁴ У претходном стечајном поступку, привремени стечајни управник се именује решењем стечајног судије о покретању претходног стечајног поступка, ако је стечајни судија по службеној дужности или на захтев подносиоца предлога за покретање стечајног поступка, одредио мере обезбеђења ради спречавања промене имовинског положаја стечајног дужника, односно уништавања пословне документације, ако постоји опасност да ће стечајни дужник отуђити имовину, односно уништити документацију до отварања стечајног поступка.¹⁵

У поступку спровођења стечаја над правним лицем које је у већинској државној или друштвеној својини, као и у случају када се током стечајног поступка промени власничка структура стечајног дужника, тако да он постане правно лице у већинској државној својини, за стечајног управника стечајни судија ће именовати организацију која је посебним законом одређена да обавља послове стечајног управника. Та организација мора имати запослена лица која имају лиценцу за обављање послова стечајног управника.

За стечајног управника може бити именовано лице које испуњава законом утврђене услове. Ти услови могу бити материјалноправне и формалноправне природе. Материјалноправни услови за именовање стечајног управника јесу: 1) да то лице има стечену високу стручну спрему; 2) да има положени стручни испит за стечајног управника; 3) да има одговарајуће радно искуство, које га квалификује за вршење функције стечајног управника. Формалноправни услов за именовање неког лица за стечајног управника, јесте да се име тог лица налази у именику стечајних управника и да је добило лиценцу за вршење те функције.

¹³ Велимировић, М., Стечајни управник, Право и привреда, бр. 5-8/2005, стр. 1018.

¹⁴ Велимировић, М., Ibidem.

¹⁵ Закон о стечају, чл. 62.

У нашем стечајном праву је предвиђено, да се у именик стечајних управника као активни стечајни управници, уписују лица која су, осим лиценце за обављање послова стечајног управника, доставила доказ о постојању обавезног осигурања од професионалне одговорности за текућу годину и која су се регистровала као предузетници или су чланови друштва лица.¹⁶

Етички услов за именовање неког лица за стечајног управника у нашем Закону о стечају је одређен начелно. То лице треба да је достојно поверења за обављање послова стечајног управника.¹⁷ Етички услови утврђују се националним стандардима за управљање стечајном масом и кодексом пословне етике. Кодекс судијске етике садржи следеће каноне: буди независан; буди праведан; буди храбар; буди доличан; буди неподмитљив; буди посвећен (своме послу); буди аполитичан; буди одан кодексу.¹⁸

Избор стечајног управника врши се методом случајног одабира са листе активних стечајних управника за подручје надлежног суда, коју суду доставља организација надлежна за вођење именика стечајних управника (у даљем тексту: овлашћена организација). Само изузетно, избор стечајног управника може се вршити одабиром са листе активних стечајних управника за територију Републике Србије, ако делатност стечајног дужника, сложеност случаја или потреба за специфичним искуством стечајног управника то захтева.

Законом су утврђени услови и начин разрешења стечајног управника.¹⁹ Стечајни судија по службеној дужности или на предлог одбора поверилаца разрешава стечајног управника, ако утврди да је испуњен неки од законом утврђених услова за разрешење (на пример, не испуњава своје обавезе; не поштује законом прописане рокове, поступа пристрасно у односу на поједине повериоце: није осигурао имовину за случај наступања штете после два упозорења стечајног судије или одбора поверилаца итд.). Пре доношења одлуке о разрешењу, стечајни судија ће омогућити стечајном управнику да се изјасни о разлозима за разрешење. Стечајни судија по службеној дужности разрешава стечајног управника, ако је избрисан из именика стечајних управника, као и у другим случајевима прописаним Законом о стечају.

Стечајни управник се може разрешити и на лични захтев, ако не постоје законом установљени услови за разрешење.

Од именовања се разликује избор стечајног управника. Законом је предвиђено да на предлог одбора поверилаца за разрешење и истовремено именовање новог стечајног управника, за који се изјаснило најмање три четвртине чланова одбора, стечајни судија разрешава стечајног управника и када не постоје законом прописани разлози за разрешење и истим решењем именује

¹⁶ Закон о стечају, чл. 25. ст. 3.

¹⁷ Закон о стечају, чл. 23. ст. 2. т. 6.

¹⁸ Велимировић, М., *op.cit.*, стр. 1019.

¹⁹ Закон о стечају, чл. 32.

предложеног стечајног управника, осим у случају када је за стечајног управника именована организација која је посебним законом одређена да обавља послове стечајног управника.²⁰

4. ДУЖНОСТИ СТЕЧАЈНОГ УПРАВНИКА

Стечајни управник има различите функције у стечајном поступку. На њега су, ради остварења одређених функција, пренета, уз одређена ограничења и у складу са потребама стечајног поступка, различита права и дужности, која произлазе из конкретне функције.

Стечајни управник је првенствено законски заступник стечајног дужника. Даном отварања стечајног поступка на стечајног управника прелазе управљачка права директора, заступника и пуномоћника, као и органа управљања и надзорних органа стечајног дужника. Појам управљања дужником треба схватити у најширем смислу, јер се свака радња стечајног управника може сматрати управљањем дужником.²¹

Стечајни управник предузима све потребне мере у циљу утврђивања, очувања и заштите имовине стечајног дужника, стара се о остваривању потраживања дужника, предузима мере у циљу заштите интереса поверилаца, организује уновчавање имовине стечајног дужника, чување и деобу стечајне масе, исплату потраживања, коришћење правних средстава. Поред својих основних функција, стечајни управник може да стекне и друга права и дужности у стечајном поступку или у неком другом поступку (подизање тужбе за побијање првних радњи дужника, улога странке *ad hoc* у случајевима када се одлучује о његовим правима – праву на накнаду и праву на награду). Он може имати улогу помоћног органа у стечајном поступку, када врши одређене послове судске управе у спровођењу поступка.

Имајући у виду делокруг послова стечајног управника, може се закључити да су они разноврсни, да се предузимају у самом стечајном поступку и изван њега и да се могу груписати у више целина: 1) управљање стечајним дужником; 2) управљање стечајном масом; 3) заступање стечајног дужника.

4.1. Управљање стечајним дужником

Губитком пословне способности стечајног дужника, њим управља стечајни управник. Он врши све послове бивших органа или чланова, односно акционара, али увећане за његове дужности из стечајног поступка. Управљање стечајним дужником треба схватити у најширем смислу.

²⁰ Закон о стечају, чл. 32. ст. 2.

²¹ Велимировић, М., Стечајни управник, Право и привреда, бр. 5-8/2005, стр. 1022.

Вршењем функције управљања стечајним дужником, стечајни управник је дужан да обезбеди његово функционисање. Функционисање стечајног управника подразумева окончање започетих и неизвршених послова, закључивање послова који су неопходни да би се спречило наступање штете на средствама дужника и текућих послова, али и старање о остваривању дужникових потраживања.

У вршењу функције управљања стечајним дужником, када је реч о питањима од изузетног значаја, стечајни управник је дужан да о томе обавештава стечајног судију и да тражи сагласност одбора поверилаца о решавању таквих питања. Тако, радње које предузима стечајни управник, а које значајније утичу на стечајну масу (као што је узимање кредита или зајма, набавка опреме веће вредности и друге сличне радње), могу се предузети уз обавештавање стечајног судије и уз добијање сагласности одбора поверилаца.

Пошто је план реорганизације посебни пословноправни аранжман са повериоцима у циљу спашавања стечајног дужника, то је функција управљања стечајним дужником посебно значајна у поступку његове санације. Стечајни управник, уз помоћ одбора поверилаца, има право да предложи реорганизацију инсолвентног дужника. Ако се планом реорганизације предвиђа вршење надзора над његовим спровођењем, то је у надлежности стечајног управника.

Стечајни управник, уз сагласност стечајног судије, дужан је да предузме одређене радње ради остваривања права запослених (нпр. одређује зараду и остала примања запослених). Ради вођења стечајног поступка, он има право да запошљава нова лица.

4.2. Управљање стечајном масом

Управљање стечајном масом садржи неколико сегмената, чији је заједнички именоватељ заштита стечајног дужника, али истовремено и заштита стечајних поверилаца. Стечајни управник формира стечајну масу, одржава је и штити, уновчава и дели стечајним повериоцима. Једном речју, управљање стечајном масом обухвата дужности стечајног управника у циљу утврђивања, очувања и заштите дужникове имовине.

Приликом остваривања функције управљања стечајном масом, стечајни управник то чини самостално, али уз одговарајућа ограничења. Због тога се може рећи да је то ограничено управљање, јер то чини орган стечајног поступка и под надзором других органа тога поступка. У нашем праву то се чини под надзором стечајног судије и одбора поверилаца. Стечајном управнику је за неке послове довољно само да обавести стечајног судију или одбор поверилаца; за неке послове је потребно да консултује одбор поверилаца или суд о намеравању радњи; за правне радње од посебног значаја потребно је претходно обезбедити сагласност одбора поверилаца.²²

²² Велимировић, М., Ibidem.

Стечајни управник је дужан да подноси стечајном судији и одбору поверилаца редовни писмени извештај о току стечајног поступка и о стању стечајне масе.²³

4.3. Заступање стечајног дужника

Отварањем стечајног поступка престаје пословна способност стечајног дужника и органичавача се његова правна способност. То значи да је он субјект у праву све до доношења решења о закључењу стечајног поступка и његовог брисања из регистра привредних субјеката. Законски заступник стечајног дужника је стечајни управник. Он преузима у државину и целокупну имовину која улази у стечајну масу и њоме управља, без учешћа ранијих актера пословних односа.

По свом садржају, заступничка функција стечајног управника састоји се из материјалноправних и процесноправних права и дужности.

Материјалноправни садржај права и дужности заступања стечајног управника састоји се из следећих његових овлашћења. Прво, налог који је издао стечајни дужник губи дејство даном отварања стечајног поступка, ако стечајни управник не одлучи другачије. Друго, понуде учињене стечајном дужнику или понуде које је учинио стечајни дужник, које нису прихваћене до дана отварања стечајног поступка, престају да важе даном отварања стечајног поступка, ако стечајни управник не одлучи другачије. Треће, стечајни управник има право избора да ли ће се уговор одржати на снази или ће га једнострано раскинути због наступања промењених околности (клаузула *rebus sic statibus*). Четврто, он одлучује о закључивању нових уговора за завршавање започетих послова и за обављање текућег пословања, ради спречавања наступања штете на имовини стечајног дужника. Тако, стечајни управник може узети кредит или зајам, без обезбеђења или уз обезбеђење на имовини која чини стечајну масу, у складу са Законом о стечају. Кредит или дуг (зајам) сматра се трошком стечајног поступка.

Процесноправни садржај права и дужности заступања стечајног дужника састоји се из следећих овлашћења стечајног управника. Прво, саставља план тока стечајног поступка са предрачуном трошкова и временским планом. Друго, саставља почетни стечајни биланс, као и порески биланс са стањем на дан отварања и на дан окончања стечајног поступка у складу са пореским прописима. Треће, у сагласности са стечајним судијом утврђује висину и основаност и приоритет пријављених потраживања, као и свих обезбеђења тих потраживања. Четврто, стара се о реализацији потраживања и уновчењу ствари дужника које улазе у стечајну масу. Пето, саставља нацрт решења за главну деобу стечајне

²³ Закон о стечају, чл. 27. ст. 1.т. 8.

масе и нацрт завршног рачуна. Шесто, парнични поступак у којем је стечајни дужник тужилац наставља се када стечајни управник обавести суд пред којим се води поступак да је исти преузео. Седмо, управни поступак покренут на захтев стечајног дужника наставља се када стечајни управник обавести надлежни орган да је преузео поступак. Осмо, стечајни управник утврђује основаност, обим и исплатни ред сваког потраживања и о томе сачињава листу признатих и оспорених потраживања. Девето, стечајни управник може побијати правне послове и друге правне радње стечајног дужника. Десето, по доношењу решења о банкротству стечајног судије, стечајни управник започиње и спроводи продају целокупне имовине, имовинске целине или дела имовине из стечајне масе стечајног дужника. Једанаесто, на предлог стечајног управника, главна деоба се може извршити и пре правоснажности решења, уз претходну резервацију средстава потребних за остваривање права подносилаца жалбе. Дванаесто, на предлог стечајног управника спроводи се поступак накнаде деобе итд.

Стечајни управник може по потреби да консултује одбор поверилаца или стечајног судију о питањима везаним за стечајни поступак.

Послове из свог делокруга стечајни управник обавља самостално и са пажњом доброг стручњака, а у складу са Законом о стечају, националним стандардима за управљање стечајном масом и кодексом етике. У вршењу својих послова, он може да ангажује стручна страна или домаћа правна или физичка лица, уз сагласност стечајног судије. Над радом ангажованих лица надзор врши стечајни управник.

Стечајни управник именован у претходном стечајном поступку врши послове одређене решењем о његовом именовану.

5. СТРУЧНИ НАДЗОР

На основу напред наведеног, може се закључити да је стечајни управник значајан орган, од чије стручности, способности и савесности, у значајној мери зависи успех самог стечајног поступка. Због тога је новим Законом о стечају из 2009. године посебно регулисано питање стручног надзора над радом стечајног управника.²⁴ Стручни надзор врши овлашћена организација. На поступак овог надзора сходно се примењују одредбе Закона којим се уређује општи управни поступак.

У поступку стручног надзора, овлашћена организација врши проверу да ли стечајни управник обавља послове у складу са Законом о стечају, националним стандардима за управљање стечајном масом и кодексом етике. Ако открије одређене недостатке у обављању функција стечајног управника, овлашћена организација изриче следеће мере: 1) опомену; 2) јавну опомену; 3) новчану

²⁴ Закон о стечају, чл. 26.

казну; 4) одузимање лиценце. Прописане мере изричу се решењем које је коначно.

По пријему решења којим се изриче мера одузимања лиценце, стечајни судија разрешава стечајног управника. По пријему решења којим се изриче нека од осталих мера (опомена, јавна опомена, новчана казна), стечајни судија може разрешити стечајног управника или одредити друге мере, укључујући и обавезу добијања посебне сагласности стечајног судије или писменог одобрења одбора поверилаца за све или поједине радње које стечајни управник предузима, ако оцени да самостално поступање стечајног управника може довести до оштећења стечајне масе.

Поздрављамо уношење ових правила у Закон о стечају. Сматрамо да ће она утицати позитивно на рад стечајног управника и тако омогућити остваривање циљева стечајног поступка. Ова правила ће допринети да од тренутка именованја за стечајног управника до окончања стечајног поступка, он поверене функције обавља стручно, професионално и савесно, што до сада често није био случај. Наравно, под условом да се правила из члана 26. Закона о стечају у пракси и примењују. Да не буду само мртва слова на папиру – што је чест случај у нашој пракси.

6. ОДГОВОРНОСТ ЗА ШТЕТУ И ОСИГУРАЊЕ ОД ОДГОВОРНОСТИ

Ако стечајни управник у обављању послова причини штету учесницима у стечајном поступку, намерно или крајњом (грубом) непажњом, он одговара по правилима која важе за предузетника. То значи да одговара целокупном својом имовином – лично, непосредно и неограничено. Основ одговорности за штету је његова кривица (намерно проузоквана штета, односно штета која је настала као резултат крајње непажње). Међутим, стечајни управник се ослобађа одговорности ако је штета настала због преузете радње која је извршена по налогу стечајног судије, осим ако је налог дат на основу његових несавесних радњи или предлога.

За штету коју учине стручна лица која је ангажовао стечајни управник, он одговара ако је штета настала услед његовог пропуштања да изврши надзор над њиховим радом (одговорност за другога).

Нашим Законом о стечајном поступку из 2004. године није било регулисано питање обавезног осигурања од одговорности за све ризике одговорности који су повезани са делатношћу стечајног управника. У пракси је овај пропуст регулативе решаван тако што су се стечајни управници могли осигурати код осигуравајућих друштава закључењем уговора о осигурању. Новим Законом о стечају из 2009. године, установљена је обавеза за активне стечајне управнике да са осигуравајућим друштвима закључе уговор о обавезном осигурању

од професионалне одговорности за све ризике који су повезани са њиховим вршењем послова у стечајном поступку.

У упоредном праву, по правилу, висину осигуране суме одређује стечајни судија, у зависности од очекиване висине стечајне масе, сложености поступка и других посебних околности. Нашим Законом о стечају одређен је минимални износ осигуране суме – 30000 еура у динарској противвредности на дан закључења уговора о обавезном осигурању од одговорности за све ризике одговорности, а који су у вези са обављањем послова у стечајном поступку. Одбор поверилаца може у било ком тренутку захтевати од стечајног управника да закључи уговор о додатном осигурању од професионалне одговорности за конкретни стечајни поступак и на већи износ од прописаног минималног износа, а стечајни управник је дужан да такво осигурање уговори, осим уколико не докаже да није у могућности да на тржишту уговори такво осигурање. Висину осигуране суме код уговора о додатном осигурању од професионалне одговорности за конкретни стечајни поступак одређује одбор поверилаца с обзиром на висину стечајне масе и посебне околности, као и постојеће и могуће ризике. Стечајни судија, поступајући по службеној дужности или по захтеву заинтересованог лица, може наложити умањење тог износа или у потпуности забранити преузимање додатног осигурања, ако процени да су трошкови премије додатног осигурања неоправдано велики.²⁵ То значи да дефинитивни износ (висину) осигуране суме одређује стечајни судија, поступајући по службеној дужности или по захтеву заинтересованог лица.

Од висине осигуране суме зависи и висина премије закљученог уговора о обавезном осигурању, која пада на терет трошкова стечајног поступка.²⁶

Поред имовинске одговорности за штету, стечајни управник одговара и правно-политички - за (не)целисходност рада и понашања. Ова статусна одговорност је, по свом садржају, моралнополитичког карактера. Санкција ове одговорности стечајног управника може да буде разрешење од дужности у законском предвиђеним случајевима или давање оставке (која је лични чин сопствене воље стечајног управника, која може да буде мотивисана разлозима личне природе – болест, кајање и грижа савести, али и да буде на нечији позив).²⁷

7. ПРАВА СТЕЧАЈНОГ УПРАВНИКА

Стечајни управник има право на награду за свој рад (награда) и на накнаду стварних трошкова (накнада). Коначну висину награде, као и накнаде трошкова, одређује стечајни судија у време закључења стечајног поступка, узи-

²⁵ Закон о стечају, чл. 30 ст. 3.

²⁶ Хрватски Закон о стечају, чл. 28. ст.6.

²⁷ Велимировић, М., *Ibidem*.

мајући у обзир обим послова, вредност стечајне масе и пословне резултате стечајног управника, а на основу прописаних основа и мерила за одређивање висине награде и накнаде трошкова.²⁸

Стечајни управник не може наплатити награду за рад, односно накнаду потребних, стварних трошкова из стечајне масе без одобрења стечајног судије. Међутим, до одређивања коначне висине награде и накнаде, стечајни судија решењем које се доставља стечајном управнику и одбору оверилаца одређује прелиминарну висину (месечну исплату) накнаде и награде стечајном управнику. Против решења стечајног судије о прелиминарној висини награде није дозвољена жалба. Иначе, месечна исплата награде за рад и накнаде трошкова стечајном управнику може се вршити у износима сразмерним дужностима и резултатима рада стечајног управника.

Стечајни управник има и друга права у стечајном поступку. Посебно је значајно његово право приговора на одлуке и закључке стечајног судије и одбора поверилаца.

²⁸ Закон о стечају, чл. 34. ст. 2.

BANKRUPTCY TRUSTEE

Summary

The obligatory bodies of bankruptcy procederu are bankruptcy judge, bankruptcy trustee, the assembly of creditors and creditors committee. The bankruptcy trustee is the most significant body of the bankruptcy procedure, but also the central figure of the procedure. He is at the same time the organ of the bankruptcy debtor and the organ of bankruptcy procedure. When determine the legal nature of the institute of bankruptcy trustee, one should bear in mind two legally relevant facts. The first one is the way of the appointment of the bankruptcy trustee, and the second one are his functions.

Bankruptcy judge appoints the bankruptcy trustee by the decision on opening of the bankruptcy procedure. On the occasion of appointment, the bankruptcy judge has to act according to official duty and is not tied by any eventual suggestion of any participant in the bankruptcy procedure. For the realization of certain functions he has been given different rights and duties, which originate from the concrete function, with certain limitations and according to the bankruptcy procedure.

Having in mind the line of activities of the bankruptcy trustee, one can conclude that the activities are heterogeneous, that they are undertaken in and out of the bankruptcy procedure itself, and that they can be grouped in more entirety: (1) managing the bankruptcy debtor; (2) managing the bankruptcy mass and (3) representation of bankruptcy debtor.

Key words: *Bankruptcy, Bankruptcy Debtor, Bankruptcy Trustee, Line of Activities, Responsibility of the Trustee*

ПРОДАЈА ФИНАНСИЈСКИХ УСЛУГА НА ДАЉИНУ

Проф. др Миодраг Мићовић*

***Апстракт:** Дистанциона продаја представља такав облик продаје роба или услуга, који се врши искључиво уз помоћ средстава комуникације на даљину. Ова продаја је регулисана правилима која чине део ЗЗП (чл. 28–43). У оквиру тих правила налазе се и посебна правила, којима је регулисана дистанциона продаја финансијских услуга, а која су делимично усаглашена са правилима која су садржана у Директиви ЕУ 2002/65 о продаји на даљину финансијских услуга намењених потрошачима. Тим правилима се, због специфичног карактера финансијских услуга, битно ограничава аутономија у погледу уређења дистанционог пружања финансијских услуга; дефинише поље њихове примене; постављају бројни захтеви у погледу информисања; могућност једностраног раскида и последице другачије регулишу, у односу на правила која се генерално примењују на друге случајеве дистанционе продаје.*

***Кључне речи:** обавештавање, одустанак, финансијске услуге, дистанциона продаја, потрошач, пружалац услуге.*

1. ОПШТЕ НАПОМЕНЕ О ПРОДАЈИ НА ДАЉИНУ

Продаја на даљину или дистанциона продаја, представља такав облик продаје који се врши уз помоћ техничких средстава даљинске комуникације, без физичког присуства уговорних страна, а у оквиру организованог програма продаје¹ или пружања услуга.² То значи да је за постојање дистанционе продаје

* Проф. др Миодраг Мићовић, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу.

¹ Елемент организована продаја, као конститутивни састојак појма дистанционе продаје, искључује примену правила о продаји на даљину, на услуге које се пружају искључиво повремено и ван комерцијалних структура намењених закључењу дистанционих уговора. О томе видети преамбулу (број 5) Директиве ЕУ 2002/65 о продаји на даљину финансијских услуга.

² Према Закону о трговини (“Сл. гласник РС”, бр. 53/10) трговина на даљину се одређује као продаја робе/услуге коју трговац врши понудом путем средстава комуникација, потрошачу који није непосредно присутан – чл. 17. ст. 1.

потребно да буду испуњени негативни и позитивни услови.³ Негативан се огледа у томе што се продаја врши, а да, при томе, нису истовремено присутни пружалац и корисник услуге. То значи да пружалац услуге изјаву воље упућује одсутном лицу, као и да се на дистанциону продају, поред посебних правила, примењују и општа правила о закључењу уговора између одсутних лица. Позитиван услов је задовољен уколико се продаја врши у оквиру организованог програма и уз коришћење једног или више средстава комуникације на даљину. Организован програм значи да се продаја на даљину врши стално, у складу са правилима пословања пружаоца услуга, а на основу понуде коју он, путем средстава комуникације, упућује кориснику услуга. Средства комуникације на даљину означавају средства која могу да се користе за закључење уговора а да се уговорачи не налазе на истом месту у исто време (чл. 5. ст. 1. тач. 7. Закона о заштити потрошача).⁴ У Директиви ЕУ 97/7 о заштити потрошача код склапања уговора о продаји на даљину, као могућа средства комуникације наводе се стандардна писма, (не)насловљени штампани материјали, штампани огласи са поручбеницом, каталози, телефони, радио, видеофон, видеотекст, електронска пошта, телефакс, телевизија. Данас се најчешће путем Интернета остварује даљинска продаја. Захваљујући технолошкој еволуцији, стално се појављују нова средства комуникације, која потискују из употребе ранија, због чега навођење средстава, као што је учињено у Директиви 97/7, губи смисао.⁵

У нашем законодавству овај вид продаје први пут је био уређен у ЗЗП из 2002. године.⁶ Било је одређено да потрошач има право да опозове закључени уговор у року од седам дана, са обавезом сношења трошкова непосредног враћања робе (чл. 21). У ЗЗП из 2005. године⁷ овом облику продаје се даје већи значај (пет чланова је посвећено дистанцианој продаји) и то тако што се више не говори о продаји већ о куповини на даљину (дакле, полазило се од купца и чињенице да се правила о дистанцианој продаји доносе у функцији заштите купца, као потрошача), и што се више не помиње право потрошача да опозове уговор⁸, али се зато наводе поједине врсте куповине на даљину (каталожка куповина, куповина на основу узорка или модела, куповина на пробу, куповина коришћењем електронских средстава)⁹ и дефинишу случајеви понуде до које може доћи само уз претходну сагласност потрошача. Важећи ЗЗП садржи посебан одељак, у оквиру кога се са 16 чланова (чл. 28 – 43) регулише продаја на

³ Piedelièvre, S., *Droit de la consommation*, Paris, 2008, стр. 197.

⁴ Закон о заштити потрошача, „Сл. гласник РС“, бр. 73/10, у даљем тексту ЗПП.

⁵ Piedelièvre, S., *nav. delo*, стр. 197.

⁶ „Службени лист СРЈ“, бр. 37/02.

⁷ „Сл. гласник РС“, бр. 79/05.

⁸ Ова формулација је и иначе била погрешна, с обзиром да потрошач може, под одређеним условима, да опозове (повуче) своју изјаву воље, али не и уговор који настаје као резултат сагласности воља. О овоме: Мићовић, М., *Заштита права потрошача*, Крагујевац, 2009, стр. 68.

⁹ Исто, стр. 74 – 88.

даљину. Разлози за овакву посвећеност законодавца регулисању овог облика продаје могу се наћи, с једне стране, у чињеници да у економском смислу дистанциона продаја добија све већи значај (број закључених послова, пре свега путем Интернета, и њихова вредност, из године у годину, све више расте), и, с друге стране, што код ове продаје, због начина на који се одвија, потрошач као лице које, по правилу, нема потребно знање и искуство, има нарочито неповољан положај у погледу роба и услуга које му се нуде.¹⁰ Ти подаци су често непотпуни, „заводљиви“, при чему потрошач може и да их погрешно разуме. С обзиром да због наведеног слободно формирање воље потрошача може да буде угрожено, то је било нужно да се формулишу посебна правила уз помоћ којих ће се потрошачи штити у случају дистанционе продаје.¹¹

Међутим, ни посебна правила не обезбеђују ефикасну заштиту потрошача у свим случајевима продаје на даљину. Зато, по први пут, ЗПП, у складу са решењима из Директиве ЕУ 2002/65, садржи и правила о продаји на даљину финансијских услуга. Због своје нематеријалне природе оне су посебно погодне за дистанциону продају и примену нових техника маркетинга на даљину, као што је електронска трговина.¹²

Финансијске услуге имају специфичан карактер, који граде различити фактори, као што је комплексност (заснивају се често на уговорима који се сукцесивно извршавају, у дужем временском периоду; црта сложености појачава инфериорност потрошача у односу на професионалне партнере), глобалност (нису територијално омеђене, већ су продукт глобалног тржишта), волатилност (због тога су одлуке потрошача често интуитивне и немају рационалну подлогу).¹³ То је разлог што су дефинисана посебна правила, која се примењују само на дистанциону продају финансијских услуга, уз одређене изузетке; што се у интересу транспарентности финансијског посла постављају бројни додатни захтеви у погледу информисања; што се могућност одустанка од уговора другачије регулише, у односу на правила која се генерално примењују на друге случајеве дистанционе продаје; што, у начелу, правила о дистанционој продаји финансијских услуга имају принудни карактер. Наведена питања ће бити предмет разматрања у овом раду.

¹⁰ Mekki, A., La protection du consommateur à distance et en ligne, colloque francophone régional, Hanoi, 2010, стр. 18.

¹¹ Пасула, Д., Заштита потрошача код уговора о дистанционој продаји, Право теорија и пракса, бр. 1 – 2/07, стр. 38.

¹² Storck, M., Droit des marchés financiers, RTD com, br. 4/05, стр. 787.

¹³ Мисита, Н., Заштита потрошача и тржиште финансијских услуга, Зборник: Актуелности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе, Мостар, бр. 6/08, стр. 83; Чулиновић Херц, Е., Заштита потрошача и заштита улагатеља на хрватском тржишту финансијских услуга, Зборник: Заштита потрошача и улагатеља у европском и хрватском праву, Ријека, 2005, стр. 212 – 217; Павић, Д., Електронски уговори у француском праву, Зборник: Актуелности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе, Мостар, бр. 6/08, стр. 541.

2. ОГРАНИЧАВАЈУЋА И ОБАВЕЗУЈУЋА ПРИРОДА ПРАВИЛА О ДИСТАНЦИОНОЈ ПРОДАЈИ ФИНАНСИЈСКИХ УСЛУГА

Поље примене правила о продаји на даљину финансијских услуга одређује се уз помоћ ограничавајућег правила које дефинише Директива 2002/65 (чл. 1), а односи се на регулисање сукцесивних послова или одвојених послова исте природе. С тим у вези, утврђено је да када иницијални уговор о финансијској услузи следе узастопни послови или низ одвојених послова исте природе, који се врше током одређеног временског периода, не сматра се да између иницијалног и осталих послова постоји економско јединство, односно веза¹⁴, због чега се правила о дистанционој продаји примењују само на иницијални споразум. Ако се потрошачу сукцесивно пружају одређене услуге или низ одвојених услуга, а да између уговарача није склопљен почетни посао, правила о обавези информисања примењују се само када се услуга пружа први пут. Али, када више од годину дана није извршен посао исте природе, сматра се да је први следећи посао, први у низу који следи, па ће се на ту услугу применити правила о обавези информисања.

Француско законодавство (чл. 121 – 20 – 9. Потрошачког закона) шири област примене ограничавајућег правила и на случај прећутног продужења важења закљученог уговора, тако што се одређује да се посебна правила, која су од значаја за дистанционо закључење уговора, примењују искључиво на почетни споразум.¹⁵

Правила о дистанционој продаји се не могу применити, нити се продаја на даљину може извршити, када се ради о ненарученим услугама. Тако, забрањује се пружање финансијских услуга које потрошач није претходно наручио, ако таква испорука укључује захтев за моменталним или одложеном плаћањем (чл. 9. ст. 1. тач. 1. Директиве ЕУ 2002/65). Ово правило је у ЗЗП надограђено тако што се прецизира да ће се у случају извршења ненаручене услуге сматрати да се ради о безусловном поклону (чл. 42. ст. 3), односно промотивном дару трговца (чл. 54. ст. 2. хрватског ЗЗП). Ништава је одредба у условима пословања трговца према којој ће се у случају ћутања потрошача сматрати да је он сагласан са извршењем ненаручене услуге (чл. 54. ст. 3. хрватског ЗЗП).

За разлику од Директиве ЕУ 97/7, у којој је усвојен принцип минималне хармонизације, што значи да је допуштено да се одреди национални ниво заштите који излази изван оквира минималног нивоа заштите¹⁶, Директива ЕУ 2002/65 усваја принцип максималне хармонизације, што значи да, осим у неколико случајева (чл. 4, 6 – 3, 7 – 2, 15 -1), не може да се националним правилима изађе изван утврђеног правног оквира. С тим у вези, од посебног значаја је пра-

¹⁴ Piedelièvre, S., нав. дело, стр. 199.

¹⁵ Storck, M., нав. чланак, стр. 788.

¹⁶ Busch, D. A., Електронска трговина у Европи, Правни живот, бр. 1 – 2/04, стр. 159.

вило према коме се потрошачи не могу одрећи права која су им призната Директивом. Ако уговорачи изаберу право треће државе за регулисање њиховог уговорног односа, чиме потрошач губи нешто од заштите коју му пружа Директива, суд ће применити право земље боравишта потрошача, ако је уговор у вези са територијом једне или више држава чланица ЕУ. Ово правило представља део јавног поретка (чл. 121 – 20 – 16 Потрошачког закона Француске).

3. ОБАВЕЗА ОБАВЕШТАВАЊА КОРИСНИКА ФИНАНСИЈСКИХ УСЛУГА ПРЕ ЗАКЉУЧЕЊА УГОВОРА

Када постоји изражена неједнакост, у погледу знања и искуства, између даваоца и корисника услуге, када се ради о комплексним услугама или услугама које су ризичне за кориснике, као што је то случај са финансијским услугама које се продају на даљину, тада се, с једне стране, постављају одређена ограничења у погледу употребе појединих средстава комуникације ради склапања уговора, а, с друге стране, дефинишу се бројна правила у погледу информација које се на одређени начин и у одређено време морају ставити на располагање кориснику.¹⁷ На овај начин се настоји да се што боље заштите економски интереси корисника, да се избегну неспоразуми, умањи опасност од преваре или забуне.¹⁸

У циљу заштите корисника финансијских услуга од нежељених комерцијалних порука у ЗЗП (чл. 41), слично решењу које је садржано у Директиви ЕУ 2002/65 (чл. 10), забрањује се коришћење факса, телефона (у Директиви се уместо телефона наводи аутоматизовани систем позивања без учешћа људи), електронске поште у циљу закључења уговора, без претходне сагласности потрошача. Употреба осталих средстава, која омогућавају индивидуалну комуникацију, није допуштено без претходно добијене сагласности потрошача. Ово значи да је код нас прихваћен тзв. „*opt – in*“ систем. Постоји и тзв. „*opt – out*“ систем или систем Робинсон листе (прихваћен у француском праву), према коме се комерцијалне поруке не могу слати ако је у одговарајући регистар унета изјава корисника да не жели да прима такве поруке.¹⁹

Што се тиче информисања, наш ЗЗП на недовољно јасан начин регулише о којим информацијама мора да буде обавештен потрошач. Разлог томе је што правила о информисању нису јасно систематизована, што се међу инфор-

¹⁷ Piedelièvre, S., нав. дело, стр. 42.

¹⁸ О томе: Баретић, М., Заштита потрошача у Републици Хрватској, Зборник: *Od caveat emptor do caveat venditor*, Крагујевац, 2009, стр. 93; Мићовић, М., О темељним правилима потрошачког права, Зборник: *Od caveat emptor do caveat venditor*, Крагујевац, 2009, стр. 46; Беланић, Ј., Хармонизација права осигурања у ЕУ с освртом на уговорно право осигурања, Зборник ПФ у Загребу, бр. 6/10, стр. 1348.

¹⁹ О томе: Мићовић, М., нав. дело, стр. 88; Мисита, Н., нав. чланак, стр. 101.

мацијама о финансијским услугама на даљину понављају и оне које су већ наведене у оквиру општих правила о информисању, што се неке информације, које су од посебног значаја за финансијске услуге не помињу, а иначе су саставни део оних које се набрајају у Директиви ЕУ 2002/65.

Ако се имају у виду решења из Директиве ЕУ 2002/65 (чл. 3), може се рећи да, благовремено пре закључења уговора о пружању финансијских услуга на даљину, потрошач мора на да буде, на јасан и разумљив начин, обавештен о:

а) пружаоцу услуге (идентитет, главна делатност, адреса пружаоца услуге, односно његовог представника или трећег лица, преко кога потрошач ступа у уговорни однос с пружаоцем услуге; ако је за делатност пружаоца услуге потребно одобрење, наводи се орган који је издао дозволу, садржај дозволе и рок на који је дозвола издата);

б) финансијској услузи која је предмет уговора (опис основних обележја финансијске услуге; укупна цена финансијске услуге, укључујући све повезане накнаде, порезе, таксе, трошкове, а ако цена не може да буде исказана, наводи се начин израчунавања цене; упозорење, ако је финансијска услуга повезана са инструментима који због својих посебних одлика укључују одређене ризике или чија цена зависи од кретања на финансијским тржиштима; упозорене о могућности постојања обавезе на плаћање додатних пореза или трошкова, које не плаћа пружаоцу услуге; период за који важе дата обавештења; начин плаћања и испуњења уговора; трошкови који се зарачунавају због употребе средства комуникације);

ц) дистанцијом уговору (право на одустанак – рок и услови за остварење права, последице неостваривања права; минимално трајање уговора о финансијској услузи, ако је реч о услузи која се пружа трајно или виšekратно; обавештење о уговорном праву на једнострану раскид или отказ уговора и обештећење које се предвиђа уговором за те случајеве; упутство за остваривање права на одустанак, између осталог, адресу на коју треба послати обавештење о одустанку; меродавно право пре закључења уговора; меродавно право и суд за решавање спорова из уговора; језик на којем се предочавају обавештења и врши комуникација током трајања уговора);

д) правним средствима (могућност вансудског решавања спорова; постојање гарантног фонда или неког другог облика обавештавања потрошача).

У случају усмених саопштења путем телефона на почетку било каквог разговора, кога је иницирао пружалац услуга, морају да буду наведени идентитет пружаоца услуге и сврха позива (чл. 33. ст. 2. ЗЗП).

Трговац је дужан да пре закључења уговора на даљину путем електронских средстава потрошачу омогући да: препозна, ускладишти и репродукује коначан текст будућег уговора; уочи и исправи грешке у уносу података пре

него што учини изјаву воље²⁰; електронски приступи кодексу понашања који обавезује трговца (чл. 29. ЗЗП).

Трет доказивања извршења обавезе обавештавања потрошача и тачности података датих пре, за време и након закључења уговора сноси трговац. Уговорна клаузула којом се пребацује терет доказивања, у погледу испуњености обавезе обавештавања, сматра се неправичном, не производи правно дејство, а повреда дужности обавештавања представља један од облика непоштеност пословања (чл. 20. ст. 7. ЗЗП).

Због повреде обавезе обавештавања потрошач може да захтева поништење уговора, с тим што то право престаје истеком годину дана од дана закључења уговора (чл. 16. ст. 7. ЗЗП). Осим тога, рок за раскид уговора почеће да тече тек када потрошач прими потребна обавештења.

4. ПРАВО ПОТРОШАЧА НА ЈЕДНОСТРАНИ РАСКИД УГОВОРА

Правом корисника финансијских услуга на једностраном раскиду уговора (говори се још о праву на промену мишљења или праву на покајање), односно на одустанак од уговора (чл. 16. Директиве ЕУ 2002/65) настоји се да се корисник заштити од непромишљених одлука или непотребног задуживања, због чега продаја финансијских услуга на даљину има условни карактер.

На основу права на промену мишљења, које је дискреционе природе²¹, јер може да се врши без обавезе пружања образложења, корисник услуга стиче право опције. Он може, вршећи своје право, једностраном изјавом воље, у оквиру рока за размишљање, да одустане од посла, и тиме да раскине уговор, или ћутањем, односно невршењем права, да оснажи закључени уговор. С обзиром да тек са престанком корисника услуге на извршење, уговор коначно добија правну снагу, у теорији је присутан став да се уговор, у коме је садржано право на покајање, формира етапно - у првој се утврђује садржај уговора, а у другој његова важност. Ако се не врши право на покајање, формирање уговора се завршава са протеком рока за одустанак.²²

²⁰ Оваква одредба треба да допринесе да се грешке сведу на најмању могућу меру. А то се може постићи ако се веб страница тако конципира да се изјава воље не може послати ако корисник не прође фазе које га упозоравају на то да прегледа садржај изјаве и отклони грешке. Према Модел - закону УНЦИТРАЛ-а из 1996. године о електронској трговини, када је порука послата, претпоставља се да она одговара намери пошиљаоца (да не садржи грешку), осим ако је прималац знао или морао знати да је дошло до грешке приликом слања поруке. Ако је порука дуплирана, прималац треба да уложи разуман труд како би утврдио да ли се ради о дубликату или о новој поруци. О томе: Мићовић, М., нав. дело, стр. 90.

²¹ Mekki, A., нав. чланак, стр. 23.

²² О томе: Мићовић, М., Хетерогеност услуга и хомогеност услужних правних правила, Зборник: XXI век – век услуга и услужног права, Крагујевац, 2011, стр. 33.

Право на одустанак потрошач може да оствари у року од 14 дана²³ од дана закључења уговора, односно од дана обавештења о садржини уговора, ако је обавештење примио после закључења уговора, с тим што то право престаје истеком последњег часа последњег дана рока²⁴ (чл. 35. ст. 8. ЗЗП). Изузетно, код уговора о осигурању живота на даљину, потрошач има право да без навођења разлога у року од 30 дана једнострано раскине уговор.

Уколико потрошач искористи право на одустанак, дужан је да, пре истека законом одређеног рока, ту чињеницу саопшти другој страни, писмено или уз помоћ другог трајног носача података. Изјава о одустанку производи правно дејство од дана када је послата трговцу (чл. 35. ст. 4. ЗЗП). Ова изјава производи правно дејство и на повезане уговоре, с обзиром да се и они раскидају, без обавезе потрошача да плати казну или да сноси неке додатне трошкове (чл. 38. ст. 1. ЗПП).

Право на одустанак се не примењује у свим оним случајевима када то оправдавају околности конкретног случаја:

- потреба да се спрече шпекулативни поступци (случај када се ради о финансијским услугама чија цена зависи од промена на финансијском тржишту које трговац не може да контролише и до којих може да дође у току рока за одустанак; овде спадају услуге које се односе на валутне послове, инструменте тржишта новца, терминске послове, уговоре о размени камата, опције);

- заштита природе и смисла посла (случај када се ради о краткорочном осигурању до једног месеца, којим се, на пример, покрива једно путовање);

- потреба да се доведу у склад право и воља потрошача (случај када је уговор извршен на изричит захтев потрошача и пре него што је истекао рок за одустанак).²⁵

Ако потрошач искористи право на одустанак, не може се поставити питање његове одговорности, с тим што може бити дужан да плати одређени

²³ У теорији се сматра да се ради о преклузивном року, чије се важење не продужава ако истиче у недељу или на државни празник. О томе: Storck, M., нав. чланак, стр. 789; Piedelièvre, S., нав. дело, стр. 202.

²⁴ У Француској, поводом завршетка рока прави се разлика између продаје на даљину која се не односи и оне која се односи на финансијске услуге. У првом случају, ако рок истиче у недељу или на државни празник, он се продужава до првог радног дана (чл. 121 – 20 Потрошачког закона).

²⁵ Директива ЕУ 2002/65 (чл. 6. ст. 3) отвара могућност да државе чланице ово право не примењују на кредите намењене прибављању или очувању својинских права на земљишту или згради, на кредите обезбеђене хипотеком. Сходно наведеном, у Француској се ово право не примењује на кредите који имају за предмет непокретности, и то зато што корисник кредита има на располагању рок за размишљање од 10 дана, рачунато од дана пријема понуде, након чијег истека тек може да дође до закључења уговора. Отуда, нов рок од 14 дана не би имао смисла ни у правном ни у економском смислу. О томе: Storck, M., нав. чланак, стр. 790; Piedelièvre, S., нав. дело, стр. 203.

износ новца који је сразмеран обиму већ пружене услуге.²⁶ Овим правилом се настоји да се спречи фразулозан одустанак од уговора, а може да се примени само ако су кумулативно испуњене две претпоставке.²⁷ Прво, потребно је да је о постојању такве обавезе потрошач био уредно обавештен (ту чињеницу доказује пружалац услуге). Друго, пре истека рока за одустанак од уговора, пружалац услуге не сме да почне са извршењем уговора без сагласности потрошача. У супротном, он неће имати право да захтева од потрошача плаћање било каквог износа.

Ако потрошач искористи своје право на одустанак, пружалац услуге је дужан да без непотребног одлагања, најкасније пре истека 30 календарских дана од дана пријема обавештења о одустанку, врати потрошачу износ (осим онога који може да задржи по основу извршене услуге) који је уплатио по основу уговора. У истом року, рачунато од дана када је одаслано обавештење, потрошач је дужан да пружаоцу услуга врати износ новца или ствари које је добио од њега.

5. ЗАКЉУЧАК

Дистанциона продаја финансијских услуга је регулисана, по први пут, у ЗЗП, примарно због потребе (обавезе) да се у наше законодавство уграде решења из Директиве ЕУ 2002/65. Иако је у Директиви усвојен принцип максималне хармонизације, у ЗЗП се од понуђених правила одступа или нису примењена, и поред тога што се ради о решењима поводом којих у Директиви није предвиђено одступање. Тако, у ЗЗП нису унете ограничавајуће норме из Директиве, према којима се правила о дистанционој продаји финансијских услуга примењују само на иницијалне споразуме, али не и на узастопне послове или одвојене послове исте природе, који се врше током одређеног временског периода. Или, када се ради о информисању, та правила не само што су лоше груписана, него се неке информације, које су од посебног значаја за финансијске услуге не помињу, а саставни су део оних које се набрајају у Директиви. Такође, поводом последица које настају услед једностраног раскида уговора, није регулисано да ли и које обавезе има потрошач према пружаоцу услуга; ако може, под којим условима пружалац услуга може да захтева плаћање од потрошача за услуге које није извршио.

²⁶ Ово правило, које је садржано у Директиви 2002/65 (чл. 7. ст. 1), није унето у ЗЗП, али је прихваћено помоћно, према коме се може предвидети да потрошач није дужан да плати било шта приликом одустанка од уговора о осигурању (чл. 37. ст. 7. ЗПП у вези са чл. 7. ст. 2. Директиве).

²⁷ О томе: Piedelièvre, S., нав. дело, стр. 202.

DISTANCE SELLING OF FINANCIAL SERVICES

Summary

Distance selling represents the form of selling goods or services that is exclusively done using distance communication means. This sale is regulated by the rules that are part of Law on Consumer Protection (art. 28 – 43). Within those rules there are special rules that regulate the distance selling of financial services and that are partially complied with the rules contained in the Directive 2002/65/EC that are dealing with distance selling of consumer financial services. Due to specific character of the financial services, those rules: substantially limit the autonomy regarding regulation of providing distance financial services; define the scope of their application; set the information requirements; regulate differently right of withdrawal and its consequences unlike the rules that are generally applied on the other types of distance selling.

Key words: *duty to inform, right of withdrawal, financial services, distance selling, consumer, service provider.*

ZAŠTITA KONKURENCIJA U SVJETLU KONCEPTA FUNKCIONALNE KONKURENCIJE

Dr Snežana Miladinović*

***Apstrakt:** Koncept tzv. funkcionalne konkurencije je predmet pažnje i interesovanja autora u ovom radu. Od Aristotela do danas, ljudsku misao zaokupljaju problemi monopola i konkurencije na tržištu, ali i uspostavljanje i regulisanje balansa između konkurencije i njene zaštite. Pravo konkurencije se bavi problemima kao što su: antimonopolski sporazumi, dominantni položaj na tržištu, kontrola koncentracije i konkurencije.*

Evropsko tržište se zasniva na poštovanju socijalnih standarda, prava radnika, kontroli uslova rada, zaštiti lica sa posebnim potrebama, zaštiti životne sredine, ali i na afirmaciji dugoročnih poslovnih poduhvata, kao i očuvanje konkurencije. Cilj je postizanje socijalne zaštite, solidarnosti i harmoničnog razvoja, što se ostvaruje i širenjem tzv. kompetitivne kulture i zaštitom konkurencije. Stoga je na tržištu Evropske unije i prihvaćen koncept tzv. funkcionalne konkurencije.

U radu se bavimo nekim od ključnih dilema prisutnih u pravnoj i ekonomskoj teoriji i njihovim uticanjem na zakonska rješenja. Rad ima za predmet analizu pozitivnopravnih, teorijskih i praktičnih aspekata konkurencije i njene zaštite u svjetlu koncepta funkcionalne konkurencije.

***Ključne riječi:** monopol, konkurencija, hiperkonkurencija, funkcionalna konkurencija, konkurentski intelidžens, evropsko tržište, zaštita konkurencije, prava potrošača.*

* Др Снежана Миладиновић, ванредни професор Правног факултета Универзитета Црне Горе.

U istorijskim izvorima nalazimo podatak da je na vratima jedne trgovačke radnje u starom Rimu stajao zapis: „*Commercium bellum est, noscete hostem*“, što znači: „Trgovina je rat, upoznaj svog neprijatelja.“ Tako je bilo, a tako je i ostalo. Naime, i samo letimičan pogled na istorijat tržišnog poslovanja pokazuje da je monopolsko ponašanje subjekata staro koliko i samo tržište.¹ U antičkoj Grčkoj i u Rimskom carstvu razmišljalo se i pisalo o težnji ka monopolskom ponašanju subjekata na tržištu. Interesantno je da je i Aristotel pisao o jednoj naročitoj vještini - „vještini sticanja i bogaćenja“². On konstatuje da je pojava novca dovela do transformacije razmjene u trgovinu, što je, kako kaže, „drugi vid veštine bogaćenja“. Aristotel zapaža da: „dok medicina ne želi da zna za granice u lečenju i dok cilj svake druge veštine nije ograničen, jer svaka veština želi pre svega da radi na ostvarenju svoga cilja, ali su sredstva za postizanje tih ciljeva ograničena, pa je time i sam cilj ograničen, dotle cilj veštine bogaćenja, tj. bogatstvo i sticanje novca nije ograničeno sredstvima.“³ Zaključak da „bogatstvo i sticanje novca nije ograničeno sredstvima“ ključan je za tematiku konkurencije. Naime, ako bogaćenje nije, a znamo da nije, ograničeno sredstvima, jer nam i iskustvo pokazuje da su se za sticanje bogatstva uvijek koristila i danas se koriste sva sredstva, onda su pitanja konkurencije i njene zaštite od suštinskog značaja u savremenom tržišnom poslovanju.⁴

Kako nekada tako i danas, veoma čest predmet kako teorijskih analiza tako i izbora koncepta zakonskog regulisanja jesu tržište, ponašanje subjekata na tržištu, sprečavanje monopolskog ponašanja, zaštita potrošača, a posebno konkurencija i zaštita konkurencije.⁵

I danas konkurencija ima ista, stara obilježja. Ipak, javljaju se i neka nova koja sa svoje strane utiču na usložnjavanje ovog i inače veoma složenog fenomena. Konkurencija je ključ uspjeha ili neuspjeha firme. U ekonomskoj teoriji, naime, konkurencija se shvata kao rivalitet i nadmetanje poslovnih konkurenata uz posto-

¹ Ivan Klajn, Milan Šipka – Veliki rečnik stanih reči i izraza, Prometej, Novi Sad, 2008. str. 799. Riječ monopol dolazi iz grčkog jezika. Monopolion je složenica koja se sastoji iz riječi *monos* što znači jedan, sam i *polêin* što znači prodavati. Riječ monopol je iz grčkog prešla u latinski jezik (*monopolium*), gdje ima značenje samotrgovina ili trgovina koja omogućava posebne privilegije i povlastice.

² Aristotel, Politika, Treće izdanje, BIGZ; Beograd, 1975. str.15. 1257b 15).

³ Aristotel, Politika, str. 15. 1257b 15).

⁴ Aristotel, Politika, str. 19. 1259a 6). Kod Aristotela nalazimo primjer Talesa Milećanina, za koga on vezuje prvi primjer monopolskog ponašanja. „Pričaju da je on“, piše Aristotel, „saznavši pomoću astronomije da će masline dobro roditi, sa ono malo novca koliko je imao kaparisao sve uljane prese u Miletu i na Hiju još dok je bila zima i uzeo ih pod zakup veoma jevtino, jer nije bilo ponuda. A kako su mnogi, kada je došlo vreme berbe, iznenada i u isto vreme stali tražiti prese, on ih je davao pod zakup kako je hteo“ i sakupio mnogo novca. Aristotel zaključuje da je Talesu „taj pronalazak“ koji su pripisali njegovoj mudrosti, donio bogatstvo, ali i da u tome „ipak ima nečeg opšteg,“ a to je pravilo - “moći osigurati za sebe monopol”.

⁵ Inače, riječ konkurencija dolazi od latinskog prijedloga *cum* – što znači sa, zajedno i glagola *curro*, *cucurri*, *cursum* – što znači trčati. Konkurencija znači utrkivati se, takmičiti se ko će prije da stigne na cilj.

janje konstantnog i djelotvornog konkurentskog pritiska.⁶ Konkurentski pritisak je, navodno, uslov dobrog poslovanja, jer zahvaljujući njemu, privredni subjekti nastoje da povećaju efikasnost koja bi im dala prednost na tržištu. Snalažljivost i inventivnost na koju konkurentski pritisak tjera subjekte često ostavlja bez teksta. I u savremenoj ekonomskoj literaturi se sve veća pažnja poklanja putevima i načinima da se postane i ostane konkurentan.⁷ Pravilo je da „firma nikada ne treba da se opusti u odnosu na konkurenciju, ili da odustane od nastojanja da poveća svoju konkurentsku prednost.“⁸ Ipak, „iako konkurenti zaista mogu da predstavljaju pretnju, u mnogim privrednim granama ili segmentima dobro odabrani konkurenti mogu pre da ojačaju nego da oslabe konkurentni položaj firme. „Dobri“ konkurenti mogu da budu korisni za ostvarivanje niza različitih strateških ciljeva koji povećavaju održivu konkurentsku prednost firme i unapređuju strukturu privredne grane ili segmenta. Postavljajući se na odgovarajući način prema dobrim konkurentima, firma istovremeno treba da se usredsredi na borbu protiv loših.“⁹

Nova obilježja konkurencije i tržišta nisu formalna, već suštinska, „jer menjaju se ne samo način i brzina takmičenja, već i sam njegov karakter. Da bi se objasnile ove promene, skovan je termin – hiperkonkurencija.“¹⁰ Konkurencija je sve oštrija, ima sve više vidova, konkurentska prednost se ostvaruje na različitim osnovama (cijena, kvalitet, selekcija...), standard koji postave vodeće firme postaju veoma brzo imperativ za sve konkurente, kompanije-inicijatori ne takmiče se više po pravilima, već pišu nova pravila i na kraju, ali ne manje važno, pojavljuju se i brzo smjenjuju nove tehnologije koje mijenjaju samu prirodu konkurencije.¹¹ Uz hiperkonkurenciju i promjene koje se odvijaju u praksi, svjedoci smo činjenice da se i brojne naučne discipline bave izučavanjem puteva, načina i sredstava koji imaju za cilj pobjedu nad konkurentima. Otišlo se toliko daleko da je izgrađen i sistem konkurentskog intelidžensa.

Konkurentski pritisak da se vodi stalna borba za status na tržištu, dovela je do stvaranja tzv. konkurentskog intelidžensa. Nastao u osmoj deceniji XX vijeka, konkurentski intelidžens je bio izraz potrebe velikih kompanija da se bore u uslovima globalizacije tržišta. Konkurentski intelidžens se danas “afirmiše kao specijalan

⁶ Majkl E. Porter, *Konkurentna prednost*, Asee books, Novi Sad, 2007, str. 21.

⁷ Piter Draker – *Moj pogled na menadžent*, Asee books, Novi Sad, 2004; Filip Kotler – *Kako kreirati, ovladati i dominirati tržištem*, Asee books, Novi Sad, 2004; N. Gregori Mankju, *Principi ekonomije*, treće izdanje, Univerzitet Harvard, Centar za izdavačku delatnost, Ekonomski fakultet u Beogradu, 2005; Abraham Maslov – *Psihologija u menadžmentu*, Asee books, Novi Sad, 2005; Kris Vest – *Istraživanje tržišta*, Asee books, Novi Sad, 2007.; Majkl E. Porter, *Konkurentna prednost*, Asee books, Novi Sad, 2007.; Džek Velč, *Veština pobeđivanja*, Asee books, Novi Sad, 2007; Isak Adizes – *Idealan menadžer*, Asee books, Novi Sad, 2008; Viktor Radun - *Konkurencija na nišanu (Konkurentski intelidžens)*, Hesperia edu, Beograd, 2008.

⁸ Detaljnije: Majkl E. Porter, *Konkurentna prednost*, str. 209-233.

⁹ Majkl E. Porter, *Konkurentna prednost*, str. 209.

¹⁰ Viktor Radun, nav. djelo, str. 16.

¹¹ Detaljnije o navedenim obilježjima, Viktor Radun, str. 68-69.

oblik sistema za upravljanje znanjem (Knowledge Management– KM) u oblasti konkurentnosti, koji služi stratezijskim interesima preduzeća.”¹² “Koncept konkurentskog intelidžensa rodio se iz potrebe da se u turbulentnim uslovima tržišne utakmice bude bolji od svojih konkurenata i da se osvoji što je moguće veći deo tržišnog kolača, čime bi se postigao krajnji cilj svakog preduzeća – maksimizacija profita.”¹³ Drugim riječima, cilj je da se nađe adekvatna “naučna metodologija za praćenje i analizu podataka i informacija o kretanju i karakteristikama konkurenata, što bi imalo za rezultat implementaciju tih podataka u upravljanju preduzećem.”¹⁴ Konkurentski intelidžens je “stratezijski i konkurentski koncept koji obuhvata primenu odgovarajućih metoda, tehnika i alata, u celini i kontinuirano, od strane jednog ili više preduzeća, koncept koji omogućava etičko i legalno prikupljanje, obradu i analizu informacija i znanja o karakteristikama i kretanju konkurenata, praćenje i predviđanje njihovog budućeg delovanja, u cilju osmišljavanja i implementacije sopstvene konkurentne strategije, kako bi se ostvarila održiva konkurentna prednost i poboljšala konkurentna pozicija u odnosu na direktne i potencijalne konkurente u okruženju.”¹⁵

Naglasimo da, uz navedene, danas veliki uticaj ima i proces globalizacije i globalno poslovanje, koje ima sljedeća obilježja: 1) konstante, brze, ali i skokovite i nagle, neočekivane promjene, 2) brzina na svim nivoima (poslovanja, investiranja, inovacija, nastupa na tržištu), 3) informacije i znanje su ključni resursi, i 4) interaktivnost kao sposobnost dvostrane komunikacije između učesnika na tržištu i okruženja.

Uz sve navedeno treba dodati i to da se danas sve više pažnje posvećuje znanju koje postaje ključni resurs i faktor konkurentnosti. „Na ceni je jedna nova ekonomija – ekonomija znanja (tzv. „Knowledge Economy“), zasnovana na kreiranju i upotrebi znanja u različitim oblicima i varijetetima.“¹⁶ Osnovane su i brojne obrazovne ustanove i akademije koje se bave prenošenjem znanja u oblasti poslovne strategije i konkurencije, kompetitivne kulture. Postoje i obrazovne ustanove koje se

¹² Viktor Radun – nav. djelo, str. 11. – Termin “konkurentski intelidžens” uveo je Jan Hering (Ian Herring), stručnjak oblasti istraživanja konkurencije, konsultant kompanije “Motorola” i bivši obavještajni službenik. Njega je angažovao Bob Galvin, predsjedavajući kompanije “Motorola” koji je bio i savjetnik u odboru za inostranu obavještajnu djelatnost, gdje se uvjerio u značaj pravovremenog obavještavanja za donošenje stratezijskih odluka. Vjerovao je da je poslovnim ljudima potreban intelidžens da bi mogli da donose odluke, a u realizaciji te zamisli mu je pomogao Hering. Iako je termin “intelidžens” na kom je Galvin insistirao smatrao suviše “špijunskim” na brifingu u Čikagu Herling je upotrebio upravo ovaj izraz.

¹³ Viktor Radun, nav. djelo, str. 306-307: Napomenimo da je konkurentski intelidžens postao dio i japanske poslovne kulture. Sve velike kompanije imaju organizovana odjeljenja za konkurentski intelidžens. Tako, Toshiba posjeduje i Toshiba biblioteku za istraživanje i razvoj. „Njena interna mreža – TOSFILE, svakodnevno distribuira informacije prikupljene iz biblioteke, kablovskim putem, iz različitih listova i publikacija, preko satelita i dugih izvora, do više od pet stotina menadžera.“

¹⁴ Viktor Radun, nav. djelo, str. 83.

¹⁵ Viktor Radun, nav. djelo, str. 96-97.

¹⁶ Viktor Radun, nav. djelo, str. 16.

bave pomenutim konkurentskim intelidžensom.¹⁷ Dakle, „*commercium bellum est, noscete hostem*“! Tako je bilo, a tako je, vidimo, i ostalo.

Konkurencija je, ipak, po procjeni učesnika na tržištu, za njih u osnovi, dobra. Smatraju da je treba podsticati, ali i da joj se moraju postaviti i određene granice. Činjenica je da su danas rijetka preduzeća koja imaju monopol ili znatnu monopolsku moć. Danas daleko češće subjekti imaju određeni „stepen monopolske moći“.¹⁸ Veći ili suviše velik stepen monopolske moći ugrožava „savršenu konkurenciju“ koja predstavlja koncept na kome se temelje savremena zakonska rješenja o zaštiti konkurencije. Stoga i zakonodavci nastoje da očuvaju i unaprijede slobodu konkurencije predviđanjem preventivnih i represivnih mjera za njeno očuvanje. To je razlog što se pravo konkurencije razvilo u dva pravca: pravo protiv ograničenja konkurencije ili pravo zaštite konkurencije i pravo zaštite lojalne konkurencije ili pravo zaštite prava i interesa konkurenata i potrošača.¹⁹ Pravno regulisanje predstavlja samo jedan aspekt fenomena konkurencije²⁰, ali da je ono od posebnog značaja, jer od pravnog regulisanja sredstava zaštite konkurencije zavisi umnogome i rezultat. Dobra pravna regulativa u ovoj materiji ima suštinsku ulogu od koje u velikoj mjeri zavisi konačna slika tržišta i tržišnog poslovanja. Regulatorni rizici uvijek postoje, ali država mora taj rizik da prihvati.

Ostvarivanje funkcija tržišta (informativne, selektivne, alokativne i distributivne) podrazumijeva postojanje niza preduslova, bez kojih se na tržištu javljaju brojne deformacije koje se brzo i lako okreću protiv same suštine tržišnog poslovanja. Zato je opredjeljivanje za određeni koncept tržišnog poslovanja od presudnog značaja i za konkurenciju i za njenu zaštitu. Prihvaćeni tržišni koncept opredjeljuje i koncept konkurencije i zaštite konkurencije. Oni čine cjelinu koja jedino planski i zakonski usmjeravana postaje skladan mehanizam neophodan svim učesnicima na tržištu.

Svaki učesnik na tržištu u postavljenim okvirima određuje i definiše svoju poslovnu strategiju. A Porter definiše strategiju kao „stvaranje jedinstvene i dragocene pozicije koja uključuje različit sistem aktivnosti... Suština srategijskog pozicioniranja jeste izabrati aktivnosti koje se razlikuju od konkurentskih.“²¹ Dakle, strategija se

¹⁷ Najpoznatija obrazovna ustanova je *Academy of Competitive Intelligence*, koju su u SAD osnovali Fald, Gilad i Hering, koji su predavači i stručni konsultanti kompanija Microsoft, Nokia, Coca-Cola, Toshiba, Sony, Samsung i dr.

¹⁸ Detaljnije: N. Gregori Mankju, nav. djelo, str. 343. – Autor ističe da kreatori ekonomske politike na problem monopola mogu da odgovore na jedan od četiri načina: 1) da nastoje da povećaju konkurenciju antimonopolskim zakonima, 2) da regulišu ponašanje monopola, 3) da neka privatna monopolska preduzeća transformišu u javna ili da 4) ne učine ništa.

¹⁹ Siniša Varga, nav. djelo, str. 95-97.

²⁰ Primjera radi, pogledajmo samo naslove nekih od knjiga u oblasti o kojoj govorimo: Filip Kotler – Kako kreirati, ovladati i dominirati tržištem, Asee books, Novi Sad, 2004; Abraham Maslow – Psihologija u menadžmentu, Asee books, Novi Sad, 2005, Isak Adišes – Idealan menadžer, Asee books, Novi Sad, 2008. Džek Velč, Veština pobeđivanja, Asee books, Novi Sad, 2007.

²¹ M. Porter, What is strategy? Harvard Business Review, 1996, str. 68.

određuje kao izbor odgovarajuće tržišne pozicije i preduzimanje aktivnosti različitih od aktivnosti konkurenata.

Konkurentna strategija je traganje za povoljnom konkurentskom pozicijom u određenoj industriji kao osnovnoj areni u kojoj se konkurencija javlja.²² Svako preduzeće bi trebalo da razvija opštu poslovnu i konkurentnu strategiju. Konkurentna strategija, kao sastavni deo generalne poslovne strategije, predstavlja konkretizaciju i primenu poslovne strategije na konkurente. A „konkurentna strategija se definiše kao način kako da se dođe do kupaca a da se pri tom bude bolji (konkurentniji) od konkurentskih preduzeća ili da se isti zaobiđu.“²³

Naglasimo činjenicu da je u osnovi obligacionih, ugovornih i poslovnih odnosa načelo *bona fides*. Stoga, konkurencija, borba za što bolje poslovne pozicije, hiperkonkurencija, konkurentski intelidžens, globalno poslovanje i slično, podrazumijevaju povezanost za poslovnim etikom. Etičnost poslovanja treba da bude u osnovi konkurencije. U suprotnom, konkurencija postaje „rat“ u kom su dozvoljena sva sredstva.²⁴ A obilježja poslovne etike su: безусловnost i samociljnost, vrijednost, dobro kao vrhunska moralna vrijednost i moralno osjećanje.²⁵ „Poslovna etika se određuje u kontekstu korporativne kulture ili tačnije, poslovna kultura se smatra neophodnom pretpostavkom za poslovnu etiku.“²⁶ Korporativna kultura je određena unutrašnjim i spoljašnjim faktorima. Važni spoljašnji faktori su ekonomski sistem, razvijenost tržišta, društveni i konkurentski trendovi, intervencija države, tehnološke inovacije i sl., a značajni unutrašnji faktori su strategija i tehnologija kompanije, oblast rada, filozofija poslovanja, ponašanje odgovornih ljudi u kompaniji i sl.²⁷

Od lojalne do neloyalne konkurencije samo je korak. Taj korak se lako prelazi, a posljedice su ozbiljne, dalekosežne i na planu očuvanja slobodne tržišne utakmice, često nemjerljive. Zato se povlačenju linije između slobodne tržišne utakmice i monopola, savršene i neloyalne konkurencije posvećuje velika pažnja, kako u ekonomskoj doktrini, tako i u pravnoj teoriji i zakonodavstvu. Određivanje te granice u velikoj mjeri zavisi od usvojenog tržišnog koncepta i koncepta konkurencije. Kada se prihvati određeni koncept konkurencije, on postaje „kalup“ kojim se oblikuje i zaštita konkurencije. Cilj ovog rada je sagledavanje problematike zaštite konkurencije u svjetlu gore pomenutog koncepta funkcionalne konkurencije, kojem teže i drža-

²² Majkl E. Porter, *Konkurentna prednost*, Asee books, Novi Sad, 2007, str. 21.

²³ Viktor Radun, nav. djelo, str. 234.

²⁴ I rodonačelnik ekonomskog liberalizma, Adam Smit, govorio je o odgovornosti preduzeća za aktivnosti koje obavljaju, što uključuje poštovanje određenih moralnih normi. Lako je uvidjeti da postoji, sa jedne strane kontradiktornost, a sa druge strane komplementarnost ekonomije i tržišnog poslovanja i morala. To se u svakom momentu mora imati na umu, jer je osnova za pravno uređenje konkurencije i njene zaštite.

²⁵ Detaljnije: Ž. Vučković, *Biznis i moral, osnovi poslovne etike*, CEKOM Books, Fakultet za menadžment, Novi Sad, 2005, str. 30 i dalje.

²⁶ Viktor Radun – nav. djelo, str. 199-205.

²⁷ Isto.

ve van Evropske unije. Funkcionalna konkurencija je koncept koji služi kao uzor i model u uobličavanju strategije i normativnih okvira konkurencije i njene zaštite.²⁸

Evropsko tržište se zasniva na poštovanju socijalnih standarda, prava radnika, kontroli uslova rada, zaštiti lica sa posebnim potrebama, zaštiti životne sredine, ali i na afirmaciji dugoročnih poslovnih poduhvata i očuvanje konkurencije. Cilj je postizanje socijalne zaštite, solidarnosti i harmoničnog razvoja, što se ostvaruje i širenjem tzv. kompetitivne kulture i zaštitom konkurencije. „U suštini, konkurencija se zasniva na osnaženju konkurencije među firmama, borbu protiv monopolističkog položaja ili oligopolozajaja, pa i privilegija nacionalnih proizvođača. Jedino je na takav način moguće postići cilj da potrošač pod povoljnijim cenama dobije željene proizvode, usluge i robu.“²⁹ Na tržištu Evropske unije prihvaćen je koncept funkcionalne konkurencije³⁰ koji podrazumijeva „očuvanje moguće, tj. realno ostvarive konkurencije koja je u funkciji slobodnog protoka robe, usluga, kapitala i radne snage, što je esencijalno obilježje zajedničkog, odnosno unutrašnjeg tržišta Evropske unije, čime se doprinosi privrednoj efikasnosti, optimalnoj alokaciji resursa, tehničkom progresu i fleksibilnosti u prilagođavanju promenljivom okruženju, jednom rečju, optimizaciji potencijala jedinstvenog tržišta.“³¹

„Sistemski gledano, koncept funkcionalne konkurencije predstavlja delatnost, aktivnost, koja se preduzima kako bi se ostvarili primarni ciljevi Evropske unije“³², a u prvom redu podsticanje harmoničnog i uravnoteženog privrednog razvoja i očuvanja zajedničkog tržišta. Koncept funkcionalne konkurencije teži očuvanju realne konkurencije, koja je u funkciji slobodnog protoka roba, usluga, kapitala i radne snage, što je suštinsko obilježje tzv. unutrašnjeg tržišta Evropske unije. Sve ovo doprinosi „privrednoj efikasnosti, optimalnoj alokaciji resursa, tehničkom progresu i fleksibilnosti u prilagođavanju promenljivom okruženju“³³, tj. „optimizaciji potencijala jedinstvenog tržišta“.³⁴

Koncept funkcionalne konkurencije podrazumeva očuvanje realno ostvarive konkurencije, koja je u funkciji ostvarenja slobodnog protoka roba, usluga, radne snage i kapitala, što je u osnovi unutrašnjeg tržišta Evropske unije. Dakle, cilj je

²⁸ Siniša Varga, nav. djelo, str. 124, navodi da je idejni tvorac ovog koncepta Jemas Clark, a izložio ga je u članku: „Toward a Concept of Workable Competition“, *American Economic Review*, br. 2-1940.

²⁹ Filip Turčinović, nav. djelo, str. 253. Detaljnije: Richard Whish, *Competition Law*, str. 569-570. i 806-811.

³⁰ Siniša Varga, *Zaštita lojalne konkurencije u okvirima prava Evropske unije*, Doktorska disertacija, Novi Sad, 2004, str. 9-11, Dijana Marković-Bajalović, *Tržišna moć preduzeća i antimonopol pravo*, Beograd, 2000, str. 21, Radovan Vukadinović, *Izvori prava konkurencije u EU*, *Privredno pravo i privredni razvoj*, Novi Sad, 1996, str. 128 i dalje.

³¹ Siniša Varga, nav. Djelo, str. 125. – Termin „Workable competition“ (engl.), funktionfaehige wetbewerb“ (njem.) se kod nas prevodi kao „funkcionalna konkurencija“, ali i kao efektivna konkurencija prema prevodu sa francuskog jezika „concurrence effective“.

³² Siniša Varga, nav. djelo, str. 124.

³³ Siniša Varga, nav. djelo, str. 125.

³⁴ Siniša Varga, nav. djelo, str. 125.

„optimizacija potencijala jedinstvenog tržišta shvaćenog u smislu socijalno-tržišne ekonomije.“³⁵ Ovaj koncept se oslanja na dobro funkcionisanje tržišnih mehanizama. Slijedi da se „tržištu koje se oslanja na konkurenciju obezbeđuje maksimalna sloboda poslovanja.“³⁶ Ipak, to ne znači vraćanje na laissez-faire koncept i to najmanje iz dva razloga. „Prvo, poštovanje socijalnih standarda i drugih društvenih ciljeva, što se, samo primera radi, reflektuje u oblasti individualnih i kolektivnih prava radnika, kontroli radnih uslova, zaštiti osoba sa posebnim potrebama itd. Drugo, korisno djelovanje tržišnih snaga nije blokirano, ograničeno ili iskrivljeno kratkovidim akcijama tržišnih učesnika, čime se postiže očuvanje konkurencije kao jednom otklonjene državne barijere, kao što su carine, kvote ili kontingenti ne bi bile zamenjene privatnim barijerama trgovaca, kao što su karteli i njima slična ponašanja kojima je cilj parcelisanje jedinstvenog tržišta i zadržavanje pod kontrolom „domaćeg tržišta“³⁷.

I Ugovor o osnivanju Evropske unije zasniva se na aksiomu da je osnovni problem, ali i cilj zajednice, povećanje bogatstva naroda. Najbolji put za ostvarenje ovog cilja jeste da konkurencija bude ublažena interesima socijalne zajednice, harmoničnog razvoja, kao i solidarnosti.

„Očuvanje konkurencije je i materijalno, sadržinski gledano cilj supsidijarnog karaktera, čije je postizanje u funkciji efikasnosti i konkurentnosti, kako jedinstvenog tržišta i privrede u celini, tako i privrednih organizacija pojedinačno, jer efikasna konkurencija povećava konkurentnost evropske industrije; podstiče preduzeća da jačaju svoju efikasnost i tako im omogućuje da se bolje pripreme za takmičenje, kako na domaćim, tako i na inostranim tržištima, i ne samo to, koncept funkcionalne konkurencije Evropske unije se naročito odlikuje staranjem za dobrobit potrošača i građana uopšte. Dobrobit potrošača je zaista krajnji cilj delovanja kompetitivnih vlasti.“³⁸

Dakle, „funkcionalna konkurencija je moćno i efikasno sredstvo za zaštitu interesa građana, bilo da se oni pojavljuju kao potrošači, konzumenti usluga, radnici ili poreski obveznici. Iz delovanja kompetitivnih snaga, najveća korist proizilazi za potrošače čiju dobrobit najbolje obezbeđuje otvoreno tržište. Ovo zbog toga što kada kompetitivne snage nesmetano deluju, potrošači čine veće napore da privuku potrošače nudeći im niže cene, viši kvalitet i bolje usluge nego kada je tržište kontrolisano od strane monopoliste ili nekolicine kompanija. Postojanje efikasne konkurencije na tržištu, tj. neophodne doze konkurencije, omogućuje potrošačima uživanje nižih cena, boljih usluga i šireg izbora, tako da fraza: „Pravo konkurencije i njegova primena su potrošačima najbolji drug“, nije samo fraza, već ima svoju realnu težinu i osnovu u: nižim cenama, kvalitetnijim uslugama i širem asortimanu.“³⁹ Naravno,

³⁵ Siniša Varga, nav. djelo. str. 125-126.

³⁶ Isto.

³⁷ Isto.

³⁸ Siniša Varga, nav. djelo, str. 126.

³⁹ Isto.

funkcionalna konkurencija podrazumijeva i širenje kompetitivne kulture. Cilj je da građani shvate koristi od konkurencije i njene zaštite.⁴⁰

Nasuprot konkurenciji postoji njena povreda. Povreda konkurencije postoji kada akti ili radnje učesnika na tržištu imaju za posljedicu „ograničavanje, narušavanje ili sprječavanje konkurencije“.⁴¹ Aktima ili radnjama kojima se vrši povreda konkurencije smatraju se: „1) sporazumi, odluke udruženja i usaglašena praksa, kojima se ograničava sprječava ili narušava konkurencija, 2) zloropotreba dominantnog položaja i 3) koncentracije kojima se bitno sprječava, ograničava ili narušava konkurencija, prije svega stvaranjem, odnosno jačanjem dominantnog položaja na tržištu.“⁴² Povreda konkurencije se utvrđuje „zavisno od konkretnog slučaja na osnovu stepena i dinamike promjena u strukturi relevantnog tržišta, ograničenjima i mogućnostima ravnopravnog pristupa tržištu novih konkurenata, promjenama kojima se ograničava mogućnost snabdijevanja tržišta prema stepenu pogodnosti nastalih za potrošače i drugih okolnosti kojima se utiče na povredu konkurencije.“⁴³

„Akti koji za cilj ili posljedicu imaju ili mogu imati sprječavanje, ograničavanje ili narušavanje konkurencije na relevantnom tržištu su sporazumi, ugovori, pojedine odredbe ugovora, izričiti ili prećutni dogovori, usaglašena praksa, odluke udruženja učesnika na tržištu.“⁴⁴ Restriktivni sporazumi su zabranjeni i ništavi.⁴⁵ Restriktivni sporazumi mogu biti kako ugovori, tako i pojedine odredbe ugovora, izričiti ili prećutni dogovori, usaglašena i prihvaćena praksa ponašanja, kao i odluke onih oblika udruživanja učesnika na tržištu kojima se naročito: „1) neposredno ili posredno utvrđuju kupovne ili prodajne cene ili drugi uslovi razmene, 2) ograničava ili kontroliše proizvodnja, tehnički razvoj ili investicije, 3) vrši podjela tržišta ili izvora nabavke, 4) primenjuju nejednaki uslovi poslovanja na iste poslove u odnosu na različite učesnike na tržištu, čime se učesnici na tržištu dovode u nepovoljniji položaj u odnosu na konkurente, 5) uslovljava zaključenje ugovora ili sporazuma prihvatanjem dodatnih obaveza, koje s obzirom na svoju prirodu i trgovačke običaje i praksu nisu u vezi sa predmetom sporazuma.“⁴⁶

⁴⁰ U tom cilju se održavaju i tzv. Dani konkurencije. Oni se održavaju svakih šest mjeseci u zemlji koja predsjedava EU i ima za cilj uspostavljanje direktnog kontakta Evropske komisije u građana. Prvi dani konkurencije održani su u Lisabonu 1. marta 2000. godine.

⁴¹ Čl. 2. Zakona o zaštiti konkurencije CG.

⁴² Čl. 2. st. 1. Zakona o zaštiti konkurencije CG.

⁴³ Čl. 2. st. 2. Zakona o zaštiti konkurencije CG.

⁴⁴ Čl. 7. st.1. Zakona o zaštiti konkurencije CG.

⁴⁵ Čl. 7. st. 2. Zakona o zaštiti konkurencije CG. - Međutim, sporazumi koji doprinose unapređenju proizvodnje i prometa, odnosno podsticanju tehnološkog ili ekonomskog ravoja i ukoliko obezbeđuju potrošačima srazmjernu korist, pod uslovom da ne nameću učesnicima na tržištu ograničenja koja nisu neophodna za postizanje cilja sporazuma, odnosno da ne isključuju konkurenciju na relevantnom tržištu ili njegovom bitnom delu, ne smatraju se restriktivnim.

⁴⁶ Čl. 7. Zakona o zaštiti konkurencije CG. Ova odredba je gotovo identična odredbi čl. 81. Ugovora o osnivanju EZ, koja se smatra osnovnom materijalno-pravnom odredbom komunitarnog kartelnog prava. Slično i čl. 10. Zakona o zaštiti konkurencije RS.

U praksi su najčešći sporazumi o ograničavanju proizvodnje, fiksiranju cijena, podjeli proizvodnih kvota, geografskih područja ili tržišta proizvoda i usluga.⁴⁷ U teoriji se izdvajaju tri opšta uslova, koja moraju kumulativno da postoje da bi došlo do primjene navedene odredbe: 1) da postoji sporazumijevanje i dogovaranje između preduzeća, 2) da je cilj ili posljedica sporazumijevanja sužavanje konkurencije, i 3) da se sužavanjem konkurencije može nanijeti šteta subjektima.⁴⁸

Sporazumijevanje ima različite pojavne oblike, formalne, neformalne, sa trajnim, privremenim ili pak povremenim dejstvom, sa stalnim ili promjenljivim stranama, zatim tzv. džentlmenski sporazumi i sl. Dogovorna praksa postoji sa ciljem da se ujednače aktivnosti subjekata, ali je to veoma širok pojam, a uz to i teško dokaziv. Sud pravde je dogovaranje definisao kao oblik koordinacije među preduzećima, koja još nije dostigla tačku gdje postoji ugovor u pravom smislu riječi, ali kojom se svjesno vrši zamjena praktične saradnje za rizike konkurencije.⁴⁹ Dogovorna praksa, dakle, postoji ako postoji neki oblik koordinacije ili kooperacije između preduzeća, čime se zamjenjuje njihov samostalni nastup, postojanje kontakata među subjektima i postojanje namjere da se unaprijed ukloni neizvjesnost u pogledu ponašanja konkurenata.⁵⁰ Značajno ograničavanje, narušavanje ili sprječavanje konkurencije, najčešće se vrši fiksiranjem cijena, ali do toga dolazi i limitiranjem proizvodnje, podjelom tržišta, diskriminacijom poslovnih partnera (tj. kontrolom tržišta), vezanom trgovinom i slično.⁵¹

Dominantni položaj postoji kada na relevantnom tržištu jedan učesnik nema konkurenciju ili je konkurencija beznačajna, odnosno koji ima znatno bolji položaj u odnosu na konkurente, uzimajući u obzir veličinu tržišnog udela, ekonomsku i finansijsku snagu, pristup tržištima snabdevanja i distribucije, kao i pravne ili činjenične prepreke za pristup drugih učesnika na tržištu. Zloupotreba dominantnog položaja na tržištu je zabranjena, a zloupotrebom dominantnog položaja smatraju se naročito: 1) neposredno ili posredno nametanje nepravične kupovne ili prodajne cijene ili drugih nepravičnih uslova poslovanja, 2) ograničenje proizvodnje, tržišta ili tržišnog razvoja; 3) primjenjivanje nejednakih uslova poslovanja na iste poslove sa različitim učesnicima na tržištu, čime se pojedini učesnici na tržištu dovode u nepovoljniji položaj u odnosu na konkurente, 4) uslovljavanje zaključenja ugovora time da druga strana

⁴⁷ Siniša Varga, nav. djelo. str. 153; Dijana Marković Bajalović, nav. djelo, str. 46. - Odredba čl. 7. Zakona o zaštiti konkurencije podudara se sa onim što u EU obuhvata pravno regulisanje kartela. Pod pojmom kartela se u pravu EU podrazumevaju različite forme sporazuma preduzeća sa ili bez pravne snage, koje imaju za cilj ili posledicu sprečavanje, ograničavanje ili ometanje konkurencije. Ovim se ograničava i uništava konkurencija, čime se prouzrokuje šteta i potrošačima i privredi, jer sprječavanje, ograničavanje ili ometanje konkurencije među subjektima eliminiše „kompetitivni pritisak da vrše inovacije i snižavaju troškove.“

⁴⁸ Detaljnije: Siniša Varga, nav. djelo, str. 155-156.

⁴⁹ Slučaj Dyestuffs (C48/69, ICI, v. Commission 1972 ECR 621).

⁵⁰ Siniša Varga, nav. djelo, str. 162.

⁵¹ Detaljnije: Siniša Varga, nav. djelo, str. 166-170.

prihvati dodatne obaveze koje po svojoj prirodi ili prema trgovačkim običajima nisu u vezi sa predmetom ugovora.⁵²

Nametanje nepravilne, neodgovarajuće ili neadekvatne kupovne ili prodajne cijene, bilo neposredno ili posredno, ili nametanje ostalih nepravilnih uslova poslovanja je najčešći vid zloupotrebe dominantnog položaja. Nepravilna cijena pri tom može biti značajno veća ili manja od stvarne tržišne cijene. Zloupotreba dominantnog tržišta češće se vrši nametanjem znatno veće cijene, mada se može vršiti i prodajom proizvoda ili pružanjem usluga po znatno nižim cijenama, tj. nepravilno niskim cijenama. Dominantni subjekt na tržištu zloupotrebljava dominantni položaj tako što vodi dugoročno sistematsko nametanje cijena protiv slabijih konkurenata sa jasno izraženom namjerom da ih eliminiše sa tržišta, što je poznato kao „predatorska praksa“.⁵³ Predatorsko ponašanje postoji kada se proizvodi ili usluge prodaju po cijenama koje su tako niske da se time ugrožava konkurencija na tržištu. Smatra se da je prodaja po cijenama koje su niže od prosječnih varijabilnih troškova, a sa ciljem da se eliminiše konkurencija predstavlja zloupotrebu dominantnog položaja. Strategija je predatora da žrtvuju kratkoročnu korist da bi dugoročno uvećali profitabilnost i eliminisali konkurente. Dokazivanje predatorskog ponašanja vrši se: 1) analizama finansijskog poslovanja predatora, 2) analizama mjerodavnog tržišta i postojanja prepreka za slobodno učešće na tržištu, 3) analizom sniženja prodajne cijene, i 4) analizama ranijeg poslovanja i ponašanja predatora.⁵⁴

Zloupotreba dominantnog položaja vrši se i ograničavanjem proizvodnje, tržišta ili tržišnog razvoja, ali i primjenjivanjem nejednakih uslova poslovanja na iste poslove sa različitim učesnicima na tržištu, čime se pojedini učesnici na tržištu dovede u nepovoljniji položaj u odnosu na konkurente, kao i u slučaju uslovljavanja zaključenja ugovora, time da druga strana prihvati dodatne obaveze koje po svojoj prirodi ili prema trgovačkim običajima nisu u vezi sa predmetom ugovora.

Dakle, izabrani sistem konkurencije direktno utiče i na sistem i mehanizme zaštite konkurencije. Funkcionalnoj konkurenciji koja je prihvaćena u EU odgovaraju norme o zaštiti konkurencije koje su donijete za to tržište. Puko prepisivanje, ili popularna harmonizacija domaćeg zakonodavstva sa pravom EU nije dovoljna. Kod nas se prvo puno mora uraditi na uređenju tržišnih mehanizama i konceptu konkurencije, da bi norme o zaštiti konkurencije dale rezultate.

⁵² Čl. 20. Zakona o zaštiti konkurencije CG.

⁵³ Tatjana Ružić, Analiziranje i dokazivanje predatory pricinga, Računovodstvo, revizija i finansije, 6/2001.

⁵⁴ Detaljnije: Richard Whish, Competition Law, str. 731-741; Tatjana Ružić, nav. djelo, str. 9.

COMPETITION PROTECTION TROUGHT THE LIGHT OF THE FUNCTIONAL COMPETITION CONCEPT

Summary

The author deals with some theoretical opinions of competition present in legal doctrine. Ever since the Aristotels time a human thought has been occupied with fenomenon of the competition at the market, more specifically has been occupied with achiving and legal regulatin of the subtle balans wich must exist between competition and its protection. Competition law is concerned with: anti-competitive agreements, abusive behavior, mergers and restrictions of competition.

The European market of today is based on respect for social standards, workers' rights, control over working conditions, protection of persons with special needs, environmental protection, but also in affirmation of long-term preservation of business enterprise and competition. The aim is to achieve social protection, solidarity and harmonious development, which is achieved by expanding the so-called. competitive culture and the protection of competition.

The main part of the article treats some basic dilemmas present in legal and economic theory and their influence on legislation. The author is dealig with legal, theoretical and practical aspects of competition and competition protection in light of functional competition concept.

Key words: *Monopoly, competition, hyper-competition, functional competition, competitive intelligence, European market, protection of competition and consumer rights.*

УГОВОР О ЛИЗИНГУ У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ И РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Др Мирослав Милосављевић*

*Истинско богатство није у власништву над
имовином, већ у праву да се она користи*

АРИСТОТЕЛ

***Апстракт:** Први појавни облици лизинга су забележени пре нове ере у Вавилону, где су у лизинг давани чамци и стока, уз одговарајућу накнаду. Нека врста лизинга правно је описана и у старом Риму. Много касније, у савременом облику, лизинг се појавио у Сједињеним Америчким Државама, док се у Европи почео интензивније развијати тек средином прошлог века. Данас, лизинг представља ефикасан начин да се прибаве и обнове средства која су потребна за велике пословне подухвате.*

Због значаја лизинг посла, аутор у раду анализира садржину правних прописа који постоје у Републици Српској и Републици Србији користећи нормативни метод, као и упоредноправни метод, са циљем да се уоче позитивна решења и искуства у једној држави, а која се могу применити и у другој држави.

***Кључне речи:** уговор, лизинг, уговорне стране, одговорност, престанак.*

УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Лизинг потиче од енглеске речи **lease**, што значи закуп, односно од израза *to lease*, који значи дати у закуп.¹

Сматра се да се посао лизинга појавио **први пут у САД** крајем 19. века, када је Bell Telephone Company давала телефоне на коришћење у облику лизинга.² После 2. светског рата, лизинг се **пренео у Европу**, док се код нас афирми-

* Др Мирослав Милосављевић, професор на Факултету за правне и пословне студије у Новом Саду.

¹ Правна енциклопедија, Савремена администрација, Београд, 1985, књига 1, стр. 736.

² Капор Владимир и Царић Славо: Уговори робног промета, Центар за привредни консалтинг Нови Сад, 2000. год., стр. 266.

сао као облик финансирања и набавке опреме високе технологије.³

Схватање да, у савременом пословању, **својина није најбитнији елемент** за обављање привредне делатности, већ да је то могућност или право коришћења потребних средстава, омогућило је да се масовно прихвати као начин да се боље, јефтиније и ефикасније послује у циљу стицања добити.⁴

У теорији, стручној и научној литератури, уговор о лизингу се, у најширем смислу, **дефинише као** уговор у привреди са којим се једна уговорна страна (давалац лизинга) обавезује да другој уговорној страни (примаоцу лизинга) уступи ствар на коришћење и да изврши уговорене радње у вези са привредним коришћењем те ствари, док се друга уговорна страна обавезује да за извршену услугу плати, уговором, предвиђену накнаду (закупнину).⁵

Постоје и друге **идентичне дефиниције** у којима се под уговором о лизингу подразумева такав уговор код кога једна страна - давалац лизинга - даје на коришћење предмет лизинга (најчешће опрему или друга трајна средства која сам производи или набавља код другог) другој уговорној страни - кориснику лизинга - преносећи на њега право коришћења на тој опреми за одређени временски период. Корисник лизинга у том року плаћа даваоцу одређену накнаду. Истеком рока, корисник лизинга има три могућности:

- да продужи уговор на исти или дужи рок,
- да врати опрему, или
- да коришћену опрему откупи.⁶

У Републици Српској и Републици Србији **не постоје законске дефиниције уговора о лизингу**, као и у већини других држава у свету. С обзиром да је уговор о лизингу настао као плод пословне праксе, исти је, у потпуности, регулисан законом у веома малом броју земаља. Међутим, у закону Републике Српске, **постоји дефиниција лизинга као правног посла**, у којем давалац лизинга преноси право држања и коришћења предмета лизинга на примаоца лизинга на одређени рок, уз његову обавезу плаћања уговорене лизинг накнаде, са правом да предмет лизинга врати даваоцу лизинга, да га откупи или да продужи уговор о лизингу.⁷

У Српској је учињен покушај да се посао оперативног лизинга, као и финансијског лизинга **регулише јединствено** Законом о лизингу, с тим што је у члану 4. Закона утврђено да у случајевима које овај закон не уређује, на уговоре о оперативном лизингу примењују се одредбе закона којим се уређују

³ Вилус Јелена и др.: Међународно привредно право, Правни факултет у Новом Саду, 2008. год., стр. 290.

⁴ Спасић И.: Уговор о лизингу, Београд, 1990, стр. 11, према Вукадиновић Радован: Међународно пословно право - посебни део, Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац, 2009, стр. 397.

⁵ Капор Владимир и Царић Славко: Уговори робног промета, стр. 265; Милосављевић Мирослав: Привредно уговорно право, Прометеј, Нови Сад, 2009. год., стр. 90.

⁶ Вилус Јелена и сарадници: Међународно привредно право“, стр. 290.

⁷ Члан 4. Закона о лизингу („Сл. гласник Републике Српске“, бр. 70/07.).

облигациони односи, у зависности од природе конкретног уговора (закуп, продаја са месечним отплатама цене и слично). Уочавамо да закон носи назив „Закон о лизингу“ и да првенствено регулише финансијски лизинг, а не и остале врсте лизинга.

У Закону о финансијском лизингу Србије, као што се види из назива, регулисан је искључиво посао финансијског лизинга, као и уговор о финансијском лизингу. Дакле, оперативни лизинг и друге врсте лизинга нису предмет регулисања овог закона, што се закључује након тумачења члана 13. Закона, у коме је утврђено да уговор у коме су давалац лизинга и испоручилац исто лице, не сматра се уговором о финансијском лизингу и на овај уговор ће се примењивати одредбе закона са којима се уређују облигациони односи, зависно од природе конкретног уговора (закуп, продаја са оброчним отплатама цене и сл.). Из наведених разлога, у закону Републике Србије постоји само дефиниција посла финансијског лизинга.⁸

1. УГОВОР О ЛИЗИНГУ

Уговор о лизингу, према члану 9. Закона Републике Српске, мора бити **закључен у писаној форми** и имати обавезне елементе, без којих уговор не би производио правно дејство, као и елементе које може да садржи, али уколико они изостану, уговор је ваљан и производи правно дејство.

Дакле, уговор о лизингу је формалан пошто је писана форма неопходан услов за његову пуноважност (форма: *ad solemnitatem*). Даље, овај уговор је **двострано обавезан и теретан** пошто постоје узајамне обавезе обе уговорне стране и да једна уговорна страна даје другој страни одговарајућу противвредност за корист коју добија од ње. Уговор о лизингу је **комутативан**, с обзиром да се у тренутку закључењу уговора знају сва права и обавезе уговорних страна.

Уговор мора да садржи **обавезне елементе**:

- вредност предмета лизинга,
- рок трајања финансијског лизинга⁹,
- укупан износ лизинг накнаде коју треба да плати прималац лизинга,
- услове, начин плаћања лизинг накнаде и ефективну каматну стопу, која се користи за обрачун лизинг накнаде,
- могућност за откуп или продужење уговора о лизингу,
- податке о испоручиоцу предмета лизинга,

⁸ Закона и финансијском лизингу („Сл. гласник Републике Србије“, бр. 55/2003, 61/2005, 31/2011).

⁹ Према Закону о лизингу Републике Српске, рок трајања финансијског лизинга не може бити краћи од две године од дана закључења уговора о финансијском лизингу. Законом о изменама и допунама закона о финансијском лизингу Републике Србије из 2011. год., овај рок се елиминише и оставља уговорним странама да га самостално утврде.

- право давање предмета лизинга другом на коришћење,
- случајеви који ће се третирати као неизвршење обавеза од примаоца лизинга и

- стопу затезне камате која се плаћа у случају неизвршења обавеза.

Факултативни елементи уговора о лизингу могу бити:

- место, време и начин испоруке лизинга,
- својина над предметом лизинга,
- страна која је обавезна да осигура предмет лизинга и ризике од којих предмет лизинга треба да буде осигуран,
- начин престанка уговора,
- трошкови транспорта предмета лизинга,
- монтажа, демонтажа и текуће одржавање предмета лизинга, замена делова, сервисирање и техничко-технолошко унапређивање,
- обучавање особља примаоца лизинга, и
- други елементи о којима уговорне стране постигну сагласност.¹⁰

У члану 6. Закона о финансијском лизингу Србије, утврђени су **идентични елементи** које мора да садржи уговор о лизингу и факултативни елементи који могу да се унесу у уговор, као и у Српској. Без обзира што се из наслова закона види да је предмет регулисања финансијски лизинг, ипак сматрамо да се ове одредбе могу применити и на оперативни лизинг. У наведеном члану се наводи да уговор мора бити закључен у писменој форми. Дакле, употребљен је израз “у писменој форми“ који је архаичан и користи се у нашем Закону о облигационим односима.

Уговор о лизингу **садржи** неколико елемената, као што су:

- уговорне стране (давалац и прималац лизинга),
- предмет лизинга, и
- лизинг рата.

Закон о изменама и допунама Закона о финансијском лизингу из 2011. године утврђује и минималне услове за закључење уговора о финансијском лизингу у случајевима, када је предмет финансијског лизинга непокретност, тако што предвиђа да када је прималац лизинга физичко лице од истог се не може захтевати уплата учешћа и тада уговор о финансијском лизингу мора да садржи клаузулу да се право својине над предметом лизинга преноси са даваоца на примаоца лизинга, истеком рока на који је закључен уговор и по извршеној исплати уговореног износа лизинг накнаде. У случају када је предмет финансијског лизинга непокретност, она се не може оптеретити хипотеком.¹¹

¹⁰ Члан 9. Закона о лизингу.

¹¹ Члан 22. Закона о изменама и допунама закона о финансијском лизингу из 2011. год.

Код посла финансијског лизинга, поред даваоца и примаоца лизинга, као субјект појављује се и испоручилац предмета лизинга.

1.1. УГОВОРНЕ СТРАНЕ

1.1.1. Давалац лизинга

Прва уговорна страна је давалац лизинга, која се различито дефинише.

У Закону Републике Српске наводи се да је то **лице које је добило од Агенције за банкарство Републике Српске** дозволу за обављање послова лизинга, у складу са законом, и које на примаоца лизинга преноси право држања и коришћења предмета лизинга за уговорени период за што од примаоца лизинга прима лизинг накнаду.¹² У Републици Српској послове лизинга може обављати и привредни субјект који је основан у форми акционарског друштва или друштва са ограниченом одговорношћу. Ако је реч о пословима финансијског лизинга, исте може обављати и банка, у складу са прописима са којима се уређује пословање банака.¹³

Уколико у Републици Српској послује пословна јединица даваоца лизинга који је регистрован у Федерацији Босне и Херцеговине или Брчко дистрикту, тада ће се и на њу примењивати у потпуности све одредбе Закона о лизингу Републике Српске, које се односе на уговор о лизингу, регистрацији уговора, права и обавеза уговорних страна, ревизију, надзор и одузимање дозволе за рад. Законодавац је ово хтео посебно да нагласи, како не би настајали неспоразуми у пословној пракси или долазило до злоупотребе од стране субјеката који учествују у послу лизинга.

У Закону Републике Србије, давалац лизинга је лице које, уз задржавање права својине на предмету лизинга, преноси на примаоца лизинга овлашћење држања и коришћења предмета лизинга, на уговорено време уз уговорену накнаду.¹⁴

У Србији давалац лизинга мора бити **основан у форми друштва капитала**, тј. као акционарско друштво или као друштво са ограниченом одговорношћу. У члану 9. Закона о изменама и допунама закона о финансијском лизингу Србије из 2011. год., знатно је повећан новчани део основног капитала који треба да обезбеди привредно друштво које за своју делатност има посао финансијског лизинга. Тако је сада минималан новчани део оснивачког капитала за лизинг компаније које се одреде да обављају послове финансијског лизинга у којима се као предмет лизинга појављује искључиво покретна ствар, утврђен у износу од 500.000 евра у динарској противвредности на дан уплате. Када се лизинг компанија одреде да обавља послове финансијског лизинга и са непокретно-

¹² Члан 2. Закона о лизингу.

¹³ Члан 10. Закона о лизингу.

¹⁴ Члан 10. Закона о финансијском лизингу.

стима као предметима лизинга минимални новчани део оснивачког капитала одређен је у укупном износу од 5.000.000 евра у динарској противвредности на дан уплате.¹⁵

Мислимо да не постоји оправдан разлог за повећање наведеног износа, с обзиром да привредна друштва која обављају делатност лизинг посла нису финансијске институције које добијају новчана средства од правних или физичких лица и да би због тога морала имати високи износ капитала са којим би гарантовала сигурност уложеног капитала. Народна банка Србије даје дозволу за обављање послова финансијског лизинга.

1.1.2. Прималац лизинга

Према закону Републике Српске¹⁶, прималац лизинга је правно или физичко лице на кога давалац лизинга преноси право држања и коришћења предмета лизинга, док се у Републици Србији као прималац лизинга утврђује правно или физичко лице на кога давалац лизинга преноси овлашћење држања и коришћења предмета лизинга, на уговорено време, уз плаћање уговорене накнаде.¹⁷ Дакле, то може бити **свако лице које испуњава опште услове бонитета**, које пропише давалац лизинга.

1.2. ПРЕДМЕТ ЛИЗИНГА

Према Закону о лизингу Републике Српске, предмет лизинга **представљају покретне и непокретне ствари или непокретне ствари**, у складу са законом о стварним правима.¹⁸

У закону Републике Србије, предмет финансијског лизинга је **покретна непокретна ствар** (опрема, постројења, возила и сл.). Изменама и допунама Закона о финансијском лизингу Републике Србије из 2011. године предвиђа се могућност да предмет буде и **непокретна ствар**, на који начин су укинута ограничења која су постојала у основном тексту закона и првим изменама и допунама.

Покретне су оне ствари чији се положај у простору може променити, а да се тиме не повреди њихова битна особина, док су непокретне ствари оне чији се положај у простору не може променити, а да се на тај начин не повреди њихова битна особина.¹⁹

Под непокретним сматрају се оне ствари које се могу употребити више

¹⁵ До доношења измена и допуна закона о финансијском лизингу из 2011. године, новчани део основног капитала био је 100.000 евра динарске противвредности.

¹⁶ Члан 2. Закона о лизингу.

¹⁷ Члан 11. Закона о финансијском лизингу.

¹⁸ Члан 2. Закона о лизингу.

¹⁹ Бабић Илија: *Основе имовинског права*, ЈП Службени гласник, Београд, 2008, стр. 207.

пута или неограничен број пута, тако да им се тиме битно не наруши супстанца.²⁰

1.3. ЛИЗИНГ НАКНАДА

Лизинг накнада је **новчани износ који у ратама плаћа прималац лизинга за држање и коришћење предмета лизинга.**²¹ Ова накнада утврђује се, првенствено, на основу амортизације целине и најбитнијег дела вредности предмета лизинга.²²

Путем рата, као уговореног износа, прималац лизинга уплаћује даваоцу лизинга коришћење предмета лизинга. Рате се отплаћују према плану отплате из уговора о лизингу. Свака рата садржи отплату дела главнице и припадајућу камату.

Општеприхваћени став давалаца лизинга је да лизинг рата физичким лицима не може бити већа од 30% укупних нето примања са урачуна- тим већ постојећим (претходним) задужењима (обавезама). Ова задужења се проверавају у Кредитном бироу. У кредитно оптерећење физичких лица улазе сва задужења које прописује народна банка. Ту спадају, пре свега, кредити, лизинг рате, јемства, одобрени минус на рачуну и кредитне картице

1.4. ИСПОРУЧИЛАЦ ПРЕДМЕТА ЛИЗИНГА

Испоручилац лизинга може бити **правно или физичко лице**, које на даваоца лизинга преноси право својине над предметом лизинга, ради његове предаје примаоцу лизинга на држање и коришћење у складу са уговором о лизингу. Испоручилац предмета лизинга **није уговорна страна код уговора о лизингу**, али јесте субјект који учествује у послу финансијског лизинга. На име, он и давалац лизинга закључују уговор у писаној форми, на основу кога давалац лизинга стиче право својине над предметом лизинга у сврху његовог давања на лизинг.²³

У Закону о финансијском лизингу утврђено је да давалац финансијског лизинга са испоручиоцем предмета лизинга, који је одређен од стране примаоца лизинга, закључује уговор о испоруци на основу кога стиче право својине на предмету лизинга, према спецификацији примаоца лизинга и под условима које, уколико се односе на интересе примаоца лизинга, одобрава прималац лизинга.²⁴

²⁰ Исто.

²¹ Члан 2. и 6. ст. 1/6 Закона о лизингу

²² Члан 7. Закона о финансијском лизингу.

²³ Члан 2. Закона о лизингу.

²⁴ Члан 2. ст. 1. тач. 1. Закон о финансијском лизингу.

2. ПРАВА И ОБАВЕЗЕ УГОВОРНИХ СТРАНА КОД УГОВОРА О ЛИЗИНГУ

Уговорне стране, тј. давалац лизинга и прималац лизинга су дужни да се понашају у складу са одређеним принципима, који важе за све уговоре у привреди, међу којима су најзначајнији:

- Принцип савесности и поштења,
- Принцип појачане пажње,
- Обавеза чувања пословне тајне.

Принцип савесности и поштења подразумева да се уговорне стране морају понашати једна према другој лојално, да узајамно сарађују, штите се и помажу, узајамно се обавештавају о свим чињеницама које су од значаја за пословни успех, да уредно и на време извршавају своје обавезе и сл. У Закону о облигационим односима, јасно је императивном нормом утврђено да у заснивању облигационих (уговорних) односа и у остваривању права и обавеза из тих односа, учесници су дужни да се придржавају начела савесности и поштења.²⁵ Идентичну одредбу садрже и опште узансе за промет робом. Ово начело, у суштини, састоји се у томе да се отклони примена законских или уговорних одредби, уколико би исте својом применом изазвале последице које су супротне овом начелу.²⁶

Принцип појачане пажње, значи да свака уговорна страна код уговора у привреди (свакако и код уговора о лизингу), мора да показује максималну пажњу доброг и уредног привредника. Када је у питању извршење уговорне обавезе из делатности професије, тада је уговорна страна дужна да поступа са пажњом доброг стручњака, што подразумева поступање савесно и брижљиво, са појачаном пажњом према правилима струке у одговарајућој пословној области и постојећим пословним обичајима. Стручна пажња се конкретизује обавезујућим техничким прописима о обавезним стандардима, који су различити зависно од врсте посла. Уколико привредни субјект не поступа са појачаном пажњом у вршењу привредних послова из своје делатности и то изазове штету пословном партнеру, тада је дужан да исту накнади, а несавесно и небрижљиво понашање представља и основ за раскид уговора.

У Закону о привредним друштвима Републике Србије из 2011. год., под пажњом доброг привредника подразумева се степен пажње са којом би поступало разумно пажљиво лице које би поседовало знање, вештине и искуство, које би се основано могло очекивати за обављање те дужности у друштву. Ако лице поседује одређена специфична знања, вештине или искуство, приликом

²⁵ Члан 12. Закона о облигационим односима из 1978. године.

²⁶ У члану 999. Општег имовинског законика из 1888. године, чији аутор је био чувени правник Валтазар Богишић, утврђено је: „Да и оно што није забрањено, може да буде непоштено“.

оцене степена пажње узеће се у обзир и та знања, вештине и искуство.²⁷

Обавеза чувања пословне тајне подразумева обавезу уговорних страна да држе у тајности податке који се односе на садржину преговора за закључење уговора, услове за закључење уговора и друге податке из области њихових пословног интереса. Обавеза чувања пословне тајне је, најчешће, утврђена прописима и не мора бити посебно уговорена. Уколико се открију подаци који представљају пословну тајну и на основу тога настане штета за неког учесника у послу, тада је уговорна страна, која је открила пословну тајну, дужна да накнади штету. Обавеза чувања пословне тајне постоји и након престанка пословног односа.

У Закону о привредним друштвима Србије из 2011. године, утврђено је, да је пословна тајна податак чије би саопштавање трећем лицу могло нанети штету друштву (у овом случају другој уговорној страни), као и податак који има или може имати економску вредност зато што није општепознат, нити је лако доступан трећим лицима која би његовим коришћењем или саопштавањем могла остварити економску корист и који је заштићен одговарајућим мерама у циљу чувања његове тајности. Пословна тајна је и податак који је законом, другим прописом или актом друштва одређен као пословна тајна. Као пословна тајна могу се одредити: производни, технички, технолошки, финансијски или комерцијални подаци, студија, резултат истраживања, као и документ, формула, цртеж, објекат, метод, поступак, обавештење или упутство интерног карактера и слично.²⁸

2.1. ПРАВА И ОБАВЕЗЕ (ДУЖНОСТИ) ДАВАОЦА ЛИЗИНГА

Давалац лизинга **има обавезу** да, на основу спецификације коју му је доставио прималац лизинга, прибави предмет лизинга од испоручиоца кога је одредио прималац лизинга и исти уступи на привредно коришћење примаоцу лизинга.²⁹ У Закону Републике Српске постоји и једна додатна одредба са којом се утврђује да је приликом прибављања предмета лизинга, давалац лизинга у обавези да у писаној форми обавести испоручиоца предмета лизинга да предмет лизинга прибавља ради извршења своје обавезе из уговора о лизингу, наводећи име примаоца лизинга.

Давалац лизинга може (**има право**) да пренесе својину на предмету лизинга на треће лице, осим уколико уговором оваква могућност није искључена или другачије предвиђена. У случају преноса права својине на предмету лизинга, треће лице ступа на место даваоца лизинга и тада права и обавезе из

²⁷ Члан 63. Закона о привредним друштвима („Сл. гласник Републике Србије“, бр. 36/2011). У овом закону је утврђена обавеза лица која имају посебне обавезе према привредном друштву. Ове одредбе би се могле сходно применити и на понашање уговорне стране код уговора о лизингу.

²⁸ Члан 72. Закона.

²⁹ Члан 24. став Закона о лизингу Р. Српске и чл. 14. Закона о финансијском лизингу Р. Србије.

уговора о лизингу настају између њега и примаоца лизинга. Треће лице, на које је пренет предмет лизинга, не може да захтева од примаоца лизинга предају предмета лизинга пре протеча рока на који је уговор о лизингу закључен.

Уколико се отвори стечајни поступак над примаоцем лизинга, давалац лизинга **има право** на издвајање предмета лизинга (излучно право) из стечајне масе примаоца лизинга, у складу са законом о стечају. Када буде покренут стечајни поступак, прималац лизинга и суд који је донео одлуку о покретању стечајног поступка, дужни су да одмах обавесте даваоца лизинга о покретању стечајног поступка.

Давалац лизинга **има обавезу** да поднесе захтев за упис уговора о финансијском лизингу у року од седам дана од дана испоруке предмета лизинга, а захтев за упис измене и допуне података о уговору о финансијском лизингу, као и брисање података из Регистра, у року од седам дана од момента наступања чињеница које су ту измену и допуну, односно брисање података условиле. Подаци из регистра су јавни.

2.2. ПРАВА И ОБАВЕЗЕ (ДУЖНОСТИ) ПРИМАОЦА ЛИЗИНГА

Прималац лизинга има **обавезу** да преузме предмет лизинга на начин, у време и на месту како је то предвиђено уговором. Он је дужан да користи предмет лизинга са пажњом доброг привредника, односно доброг домаћина. Прималац лизинга **дужан** је да користи предмет лизинга у складу са уговором или наменом предмета лизинга.

Прималац лизинга је **дужан** да одржава предмет лизинга у исправном стању и врши потребне поправке на предмету лизинга и одговара за штету која настане због неодржавања предмета лизинга у исправном стању. У пословној пракси, код уговора о оперативном лизингу, давалац лизинга има обавезу да одржава предмет лизинга, пошто је претпоставка да он има службу одржавања која је у стању да сервисира опрему која је предмет лизинга.

Прималац лизинга **дужан** је да даваоцу лизинга плаћа лизинг накнаду (лизинг рату) у износима, роковима и на начин који су предвиђени уговором о лизингу.

Прималац лизинга, по престанку уговора о оперативном лизингу, враћа неоштећен предмет лизинга заједно са припацама даваоцу лизинга, односно лицу које је давалац лизинга одредио, осим ако уговором није предвиђено право примаоца лизинга да откупи предмет лизинга или да продужи уговор о лизингу.

Прималац лизинга је **дужан** да осигура предмет лизинга од ризика који су предвиђени уговором, осим ако уговором није предвиђено шта друго.³⁰

Прималац лизинга има право да предмет лизинга, у целини или појединим деловима, пренесе на коришћење трећем лицу, уз претходну писмену саглас-

³⁰ Члан 34. Закона о финансијском лизингу.

ност даваоца лизинга. Сматрамо да је најцелисходније да се у уговору о лизингу предвиди могућност преноса предмета лизинга трећем лицу на коришћење. Предаја предмета лизинга на коришћење трећем лицу не ослобађа примаоца лизинга обавеза које из уговора о лизингу има према даваоцу лизинга. Овакво решење је логично, пошто давалац лизинга и треће лице нису у уговорном односу и ни једно право давалац лизинга не може остваривати од трећег лица, већ само од примаоца лизинга. С обзиром на принцип слободе уговарања у привредним уговорним односима, предаја предмета лизинга на кориштење трећем лицу може се уговором искључити или друкчије предвидети.

Поред напред наведених обавеза, **прималац финансијског лизинга плаћа** (на основу уговора) и следеће:

- Накнаду за добијање извештаја од Кредитног бироа по питању већ постојећег задужења подносиоца захтева за одобрење финансијског лизинга.
- Таксу за упис предмета лизинга у Регистар,
- Порез на додату вредност,
- Манипулативне трошкове који се плаћају даваоцу лизинга за обраду захтева за одобрење лизинга, и
- Каско осигурање предмета лизинга.

Из наведеног, јасно се закључује да се велики број финансијских обавеза, које нису предвиђене Законом, намећу примаоцу лизинга од стране даваоца лизинга. Ове обавезе се конституишу на основу адхезионих уговора (take it or leave it). Тако, на пример, постоји законска обавеза даваоцу лизинга да уговор о лизингу пријави одговарајућем Регистру, којом приликом давалац лизинга финансијску обавезу, у виду таксе, преваљује на примаоца лизинга. Такође, давалац лизинга, иако по службеној дужности прибавља извештај од Кредитног бироа о, евентуалној, задужености подносиоца захтева за одобрење финансијског лизинга, он ипак тај трошак преваљује на подносиоца захтева. Дакле, корисник лизинга мора имати у виду и ове и друге додатне трошкове, који ће му се појавити приликом закључења уговора о лизингу.

3. ОДГОВОРНОСТ УГОВОРНИХ СТРАНА

3.1. ОДГОВОРНОСТ ДАВАОЦА ЛИЗИНГА

Основно правило је, да **за материјалне недостатке** предмета лизинга, примаоцу лизинга одговара испоручилац, ако друкчије није утврђено уговором.³¹

Давалац лизинга не одговара примаоцу лизинга за штету проузроковану предметом лизинга, осим ако је прималац лизинга претрпео штету, услед тога што се поуздао у стручност даваоца лизинга или ако је давалац лизинга имао учешћа у избору испоручиоца или спецификацији предмета лизинга, ако

³¹ Члан 16. Закона о финансијском лизингу.

друкчије није уговорено.³²

Давалац лизинга одговара ако на предмету лизинга постоји право трећег лица (**одговорност за правне недостатке**) које искључује, умањује или ограничава неометану државину примаоца лизинга, а о чијем постојању прималац лизинга није обавештен, нити је дао сагласност да прими предмет лизинга који је оптерећен тим правом.³³

Уколико треће лице полаже право на предмет лизинга, прималац лизинга је дужан да обавести даваоца лизинга о тој чињеници и да га позове да у разумном року ослободи предмет лизинга од права или претензије трећег лица.

Прималац лизинга, који претходно није обавестио даваоца лизинга о правном узнемиравању, покренуо а потом је водио и изгубио спор са трећим лицем, које полаже право на предмет лизинга, може се позвати на одговорност даваоца лизинга за правне недостатке, осим ако давалац лизинга докаже да је он располагао средствима са којима је могао да се одбије захтев трећег лица. Прималац лизинга има право да се позове на одговорност даваоца лизинга за правне недостатке предмета лизинга и кад је без обавештавања даваоца лизинга и без спора признао основано право трећег лица.

Ако је прималац лизинга исплатио трећем лицу одређени износ да би одустао од свог права, давалац лизинга се може ослободити своје одговорности ако накнади примаоцу лизинга исплаћени износ, као и накнаду за претрпљену штету.³⁴

Уколико давалац лизинга не поступи по захтеву примаоца лизинга и не предузме мере ради заштите примаоца лизинга од правног узнемиравања (од евикције), те дође до одузимања предмета лизинга од примаоца лизинга, уговор о лизингу се раскида ако друкчије није предвиђено уговором.

Кад давалац лизинга не поступи по захтеву примаоца лизинга у случају умањења или ограничења неометане државине примаоца лизинга, прималац лизинга може да раскине уговор ако се због тога сврха уговора не може остварити, или да захтева сразмерно снижење лизинг накнаде, прималац лизинга и има право да тражи накнаду претрпљене штете.

Уколико је прималац лизинга у тренутку закључења уговора о лизингу знао за могућност да предмет лизинга буде одузет или да његова државина буде смањена или ограничена, нема право на накнаду штете, ако до тога дође.³⁵

Уговором се не може ограничити или искључити одговорност даваоца лизинга за правне недостатке предмета лизинга. У супротном би давалац лизинга, нудећи закључење адхезионих уговора по систему узми или остави, користио свој монополски положај ради ослобађања од наведене одговорности.

Уколико наступи штета трећем савесном лицу због тога што давалац ли-

³² Члан 17. Закона о финансијском лизингу.

³³ Члан 18. Закона о финансијском лизингу.

³⁴ Члан 19. Закона о финансијском о лизингу.

³⁵ Члан 20. Закона о финансијском лизингу.

зинга није поднео на време захтев за регистрацију уговора о лизингу, одговара давалац лизинга, а са њим солидарно и прималац лизинга ако је уговором о финансијском лизингу одређено да и он може да поднесе захтев за упис у Регистар. Овакво законско решење је оправдано и правично, с обзиром да треће савесно лице не може да трпи било какву штету због неиспуњења било чије законске обавезе.

3.2. ОДГОВОРНОСТ ПРИМАОЦА ЛИЗИНГА

Прималац лизинга **не одговара за истрошеност предмета лизинга** која настане његовом редовном употребом или за промене на њему које су извршене у споразуму са даваоцем лизинга. Ово решење је установљено у циљу заштите примаоца лизинга од могућих злоупотреба даваоца лизинга.

Прималац лизинга одговара за штету проузроковану коришћењем предмета лизинга, противно уговору или намени предмета лизинга, без обзира да ли је предмет лизинга користио он, лице које ради по његовом налогу или друго лице коме је он омогућио да користи предмет лизинга. За разлику од претходног законског решења, ово је установљено у корист даваоца лизинга, што представља равнотежу правичних решења у корист једне и друге уговорне стране.

Ризик за случајну пропаст или оштећење предмета лизинга сноси прималац лизинга и ризик прелази на примаоца лизинга у тренутку преузимања предмета лизинга, уколико није другачије предвиђено уговором.

Кад давалац лизинга раскине уговор због тога што прималац лизинга није плаћао лизинг накнаду, прималац лизинга има обавезу да врати предмет лизинга, као и одговорност за накнаду штете коју је претрпео давалац лизинга. Накнада треба даваоца лизинга да доведе у положај у коме би се налазио да је прималац лизинга испунио своју обавезу у складу са уговором. Уговором се може предвидети начин на који ће се израчунати висина накнаде штете, која не може да премаши висину која би била утврђена на основу закона.³⁶

4. ПРЕСТАНАК УГОВОРА О ЛИЗИНГУ

Уговор о лизингу може престати на неколико начина:

- протеком рока на који је закључен и извршењем уговора,
- када предмет лизинга буде уништен у случају више силе,
- раскидом због неиспоруке предмета лизинга,
- раскидом уговора због задоцњења са исплатом лизинг рате.

Ако испоручилац не испоручи предмет лизинга примаоцу лизинга, ако га испоручи са доцњом, или ако предмет лизинга има материјални недостатак, **прималац лизинга** може одбити пријем испоруке или **раскинути уговор о**

³⁶ Члан 32. Закона о финансијском лизингу Р. Србије

лизингу и има право на накнаду штете. Давалац лизинга може одржати уговор ако без одлагања сам испоручи предмет лизинга примаоцу лизинга, под условима предвиђеним уговором о лизингу. До испуњења обавезе испоруке која је у свему у складу са уговором о лизингу, прималац лизинга има право да обустави исплату накнаде коју би, на основу уговора о лизингу, био дужан да плаћа даваоцу лизинга.

Ако раскине уговор, прималац лизинга има право на повраћај накнаде коју је платио у складу са уговором о лизингу, умањену за износ који представља накнаду за корист коју је прималац лизинга имао од предмета лизинга.

Давалац лизинга може да раскине уговор ако прималац лизинга задоцни са исплатом прве рате, те ако после исплате прве рате прималац лизинга задоцни са исплатом једне или више узастопних рата чији укупан износ достиже четвртину укупне накнаде, давалац лизинга може да раскине уговор или да захтева од примаоца лизинга исплату остатка накнаде заједно са каматом. Изузетно ако прималац лизинга не исплати једну рату, давалац лизинга може да раскине уговор у погледу свих будућих обавеза исплате, ако је из датих околности очигледно да ни оне неће бити испуњене.

Давалац лизинга који жели да раскине уговор из наведених разлога, дужан је да остави примаоцу лизинга примерен накнадни рок за испуњење обавезе и уколико прималац лизинга не испуни обавезу у накнадном року, уговор о лизингу се раскида по сили закона. Прималац лизинга може одржати уговор ако да одговарајуће обезбеђење.

Раскид уговора због неплаћања лизинг накнаде може се уговором друкчије уредити, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја.

Давалац лизинга који раскине уговор због неплаћања лизинг накнаде из разлога утврђених чланом има право на повраћај предмета лизинга, као и право на накнаду претрпљене штете.

5. РАЗЛИКА ИЗМЕЂУ ЛИЗИНГА И НЕКИХ ДРУГИХ УГОВОРА

Уговор о лизингу настао је из уговора о закупу, ипак и поред сличности, постоје значајне разлике између њих. Код уговора о закупу, након истека уговореног рока, закуподавац не престаје да буде власник ствари коју је дао у закуп, док код уговора о лизингу то не мора да буде случај. Уговор о закупу је неформалан, док је уговор о лизингу формалан.

Разлике између уговора о купопродаји и уговора о лизингу огледају се у томе што код уговора о купопродаји долази до преласка својине на продатој ствари са купца на продавца, чак и ако је у питању продаја са задржавањем права својине да би се заштитио продавац и где постоји одложени пренос својине, у крајњој линији и ту својина прелази на купца када изврши плаћање цене у потпуности. Код уговора о лизингу то не мора да буде случај.

На основу приказаних разлика, можемо констатовати да уговор о лизингу није ни уговор о закупу, а ни уговор о купопродаји са правом задржавања, већ да се ради о уговору *sui generis* који има своје посебне карактеристике. Дакле, преовладава и у правној теорији и у судској и пословној пракси став да је уговор о лизингу, по својој правној природи, посебан уговор, те би га стога требало целовито уредити одговарајућим законским прописима.

ЗАКЉУЧАК

На основу изложеног, можемо констатовати да уговор о лизингу има корене у старом веку и да се у садашњем облику појавио најпре у Сједињеним Америчким Државама, а потом у Европи и у осталим деловима света.

На настанак и убрзани развој уговора о лизингу утицало је, нарочито, сазнање да истинско богатство није у власништву над имовином, већ у праву да се она користи у савременом пословању. Дакле, чињеница је да својина није најбитнији елемент за обављање привредне делатности, већ да је то могућност коришћења потребних средстава, омогућила је да се масовно прихвати уговор о лизингу који доприноси да се боље, јефтиније и ефикасније послује у циљу стицања добити.

Уговор о лизингу креирала је пословна пракса и мали број држава у свету има законе који регулишу ову област на целовит начин.

У Републици Српској донет је Закон о лизингу, док је у Републици Србији донет Закон о финансијском лизингу. Овим законима учињен је, неуспео, покушај да се уреди целовито посао лизинга.

Основни проблем са којим се суочио законодавац јесте како да на јединствен начин регулише све облике лизинга. Без обзира на различите називе оба закона, њихови доносиоци посветили су, првенствено, пажњу финансијском лизингу, док се оперативни лизинг само узгред спомиње.

У Републици Српској је покушано да се посао оперативног лизинга, као и финансијског лизинга регулише јединствено Законом о лизингу, с тим што је утврђено да у случајевима који се овим законом не уређују, на уговоре о оперативном лизингу примењују се одредбе закона којим се уређују облигациони односи, у зависности од природе конкретног уговора (закуп, продаја са месечним отплатама цене и слично). Уочавамо да закон носи назив: „Закон о лизингу“ и да првенствено регулише финансијски лизинг, а не и остале врсте лизинга.

У Закону о финансијском лизингу Србије регулисан је искључиво посао финансијског лизинга, као и уговор о финансијском лизингу. Дакле, оперативни лизинг и друге врсте лизинга нису предмет регулисања овог закона, што се закључује после тумачења закона у коме је утврђено да уговор у коме су давалац лизинга и испоручилац исто лице, не сматра се уговором о финансијском лизингу и на овај уговор ће се примењивати одредбе закона којима се уређују облигациони односи, зависно од природе конкретног уговора (закуп, продаја са оброчним отплатама цене и сл.).

Оба закона садрже идентична решења, и то: Уговор о лизингу је у писаном облику; уговор има обавезне и факултативне елементе; уговор о лизингу садржи елементе као што су уговорне стране (давалац и прималац лизинга); предмет лизинга и лизинг рату; давалац лизинга може бити привредни субјект који је организован у форми друштва капитала и које је добило, у Српској од Агенције за банкарство, а у Србији од Народне банке, дозволу за бављење лизинг пословима; прималац лизинга је свако правно и физичко лице које испуњава услове бонитета које прописује давалац лизинга; предмет лизинга могу бити покретне и непотрошне ствари, као и непокретне ствари, док је у Србији укинут минимални рок трајања уговора о финансијском лизингу (за разлику од Српске, где тај рок најмање 2 године).

Што се тиче права и обавеза уговорних страна, одговорности уговорних страна и престанка уговора о лизингу, можемо констатовати да су законске одредбе и Српске и Србије идентичне и на истоветан начин регулишу наведену материју.

Законодавци у Српској и Србији су пропустили прилику да се на јасан и недвосмислен начин утврде разлике између оперативног и финансијског лизинга и до краја уреде оперативни лизинг, имајући у виду његов значај и потребу да се створи сигурнији и јаснији пословни амбијент. На овај начин би се избегла примена одредби закона којим се уређују облигациони односи, у зависности од природе конкретног уговора, а које су недовољне да се адекватно регулишу послови оперативног лизинга.

Надамо се да ће у даљој законодавној активности Република Српска и Република Србија уредити област лизинга на адекватан и целовит начин, с обзиром на све већи привредни значај овог правног посла.

Miroslav Milosavljevic, Ph.D

**CONTRACT FOR LEASING IN SERBIAN REPUBLIC AND THE
REPUBLIC OF SERBIA**

Summary

The first forms of leasing are recorded BC in Babylon where the leases were given boats and livestock for a fee. Some kind of lease is legally described and in ancient Rome. Much later, in modern form, a lease has appeared in the United States, while in Europe began intensive development in the mid-twentieth century. Today, leasing is an effective way to obtain the renewal of the resources needed for large commercial ventures. Because of the importance of leasing business, the author analyzes the content of laws and regulations that exist in the Serbian and Serbia using the normative method, and comparative legal method in order to discover the positive solutions and experience in a country which can be applied in other state.

Keywords: Contract, leasing, contracting parties, liability, termination.

ПРИВРЕДНЕ КОМОРЕ (упоредноправни приступ)

Проф. др Љубиша Дабић*

***Апстракт:** Аутор у свом раду подробније анализира настанак, оснивање, организацију, правну природу, правни статус, чланство, чланарину (допринос) и поверавање јавних овлашћења привредним коморама.*

Привредне коморе су правна лица јавног или приватног права, са правима, обавезама и одговорностима утврђеним законом, основачким актом и статутом. У правном промету са трећим лицима иступају самостално, у своје име и за свој рачун, а за своје обавезе одговарају свим својим средствима. Привредне коморе се региструју у одговарајућем регистру.

Правна истраживања полазе у класификацији привредних комора од критеријума природе оснивачког акта и обавезности чланства у њима. По тим критеријумима, све коморе можемо поделити на: јавноправне и приватноправне. Јавноправне привредне коморе, као институције јавног права, преовлађују у европско-континенталним правним системима, оснивају се на основу закона, уређене су законом, са обавезним чланством привредних субјеката. Приватноправне привредне коморе, као институције приватног права, својствене су за англо-саксонске правне системе, оснивају се као институције приватног права, по основу иницијативе заинтересованих лица, на основу појединачног акта приватноправне природе, у којима је чланство добровољно.

Упоредна истраживања показују да се привредне коморе оснивају као јавноправне (Немачка, Француска, Грчка, Италија, Луксембург, Холандија, Аустрија, Шпанија, Србија и др.) и као приватноправне привредне коморе (САД, Велика Британија, Белгија, Данска, Ирска, Финска, Норвешка, Португалија, Шведска, Швајцарска, као и одређен број земаља које су изашле из процеса транзиције).

У закључним разматрањима аутор искључиво анализира најзначајнија питања везана за привредне коморе Републике Српске.

***Кључне речи:** привредне коморе, оснивање привредних комора, чланови привредних комора, чланарина, поверавање јавних овлашћења.*

* Проф. др Љубиша ДАБИЋ, Економски факултет у Београду.

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

У погледу порекла речи комора, у литератури постоје два приступа. По једном, реч комора је арапског порекла и изводи се из арапске речи „камара“, која има следећа значења: свод, соба, мања просторија. По другом приступу, реч комора је грчко-латинског порекла¹. То је истовремено покушај да се *collegiae romane* и други средњовековни облици удруживања у привреди (цехови, гилде, еснафи) означе као претходници савремених комора. Како примећују поједини аутори, римским управљачима супротстављали су се *collegiae romane*, управама градова феудалне Европе трговачке гилде и занатски цехови, док се у модерној државној организацији јављају коморе.²

Коморе су удружења, корпоративне организације, са непрофитним циљем и са својством правног лица. Када говоримо уопште о коморама, онда имамо у виду две врсте комора: привредне (трговинске) коморе и професионалне коморе. Оне имају сличности, али и низ специфичности по којима се међусобно разликују. Обе врсте комора су предмет законског регулисања, бар кад је реч о систему европско-континенталног права.

Полазећи од критеријума начина оснивања комора (њиховог циља, сврхе, намене) и обавезности чланства, све коморе (привредне и професионалне) можемо поделити на: јавноправне и приватноправне. Јавноправне коморе су оне које оснива држава актом власти, по правилу законом. Оснивачки акт је општи и нормативни правни акт јавноправне природе. Ове коморе обављају послове у јавном интересу, а чланство у њима је за одређени круг субјеката (физичка и правна лица са одређеним статусом) обавезно. Приватноправне коморе се оснивају недржавним актом (уговор, статут или нека друга форма оснивачког акта) од стране физичких и правних лица која се налазе у одређеном статусу, а обављају послове у интересу својих чланова, који су утврђени оснивачким актом, с тим да им држава може поверити одређена јавна овлашћења. Оснивачки акт је појединачни правни акт приватноправне природе. Чланство у овим коморама је добровољно.

Приватноправне коморе су добровољна удружења која окупљају предузећа и занатлије, а често укључују и слободне професије, као што су адвокати, финансијски стручњаци и друге, пољопривреднике и друге власнике предузећа. Како чланство није обавезно, само одређени број предузећа једног региона представља чланове, због чега су ове коморе релативно мале и претежно штите локалне интересе. Њихов утицај на државну власт није велики, а због добровољног финансирања, често нису у стању да предузимају крупније подухвате, посебно у време рецесије.³

¹ Реч комора потиче од грчке речи *katára* или од латинске речи *camera* – соба, које су означавале организације неких сталежа (трговачка, адвокатска и др.). М. Вујаклија, *Лексикон страних речи и израза*, Београд, 1996/97, стр. 428.

² Александар Спасић, *Привредне коморе*, Београд, 1971, стр. 21.

³ Весна Милановић, *Место, улога и значај привредне коморе у савременом систему Југославије*

У коморе се удружују, како привредни субјекти, тако и лица која се налазе у статусу носиоца неке од слободних професија. На основу статуса субјеката који се удружују у коморе, све коморе можемо разврстати у две групе: трговинске (привредне) коморе (*chamber of commerce*), у које се удружују привредни субјекти, и професионалне коморе, у које се претежно удружују појединци, тј. физичка лица са одређеним професионалним звањем (и која обављају одређену слободну професију) и привредна друштва која су основана и регистрована за обављање неке од слободних професија (нпр. коморе овлашћених ревизора, лекарске, ветеринаске, адвокатске, јавнобележничке и др.).⁴

Не постоји универзални тип привредне коморе, нити неки општи образац, узор, коме би коморе природно тежиле у свом практичном пословању. Оне послују у најразличитијим друштвеним условима и уређењима, одлучно руковођене стварним разлозима и потребама непосредне економске праксе.⁵

У овом раду бавићемо се привредним коморама, а професионалним само у оној мери како би боље разумели биће привредних комора.

2. НАСТАНАК, ОСНИВАЊЕ И ОРГАНИЗАЦИЈА ПРИВРЕДНИХ КОМОРА

Постоје различита тумачења порекла речи „комора“, а у зависности од тога и различита схватања о временском настанку коморе. У данашњем смислу у коме схватамо привредну комору, прва комора је настала у Марсеју (Француска) 1599. године. Са појавом професионалних организација занатлија и трговаца у Х веку, трговци су пронашли начине да заштите своје интересе, организују заједничко пословање, обезбеде сигурност у правном промету, узајамно се помажу и сл. Прве трговачке коморе настале су у Француској, а њихов основни облик представљао је Савет за трговину основан у XVII веку. Задатак тих комора био је да саветују државне органе у њиховом спровођењу економске политике. По доношењу Наполеоновог закона (1802) коморе су формиране у свим европским земљама. На пример, на територији Аустроугарске монархије, прве коморе настале су 1850, када је донет закон којим је ово питање уређено за целокупну територију царевине.

У политичким истраживањима се у класификацији привредних комора полази од критеријума друштвеног циља који оне остварују. Полазећи од наведеног критеријума, све коморе се деле у две групе: 1) коморе које имају шире и комплексније друштвене циљеве у форми јавних установа са функцијама јавне природе које им поверава држава - тзв. европско-континентални тип коморе; 2) англо-амерички тип коморе је организација приватне иницијативе, добровољна

(докторска дисертација), Правни факултет у Београду, Београд, 1984, стр. 16-17.

⁴ О професионалним коморама детаљније види: Драгана Кнежић-Поповић – Љубиша Дабић, *Слободне професије – правни аспекти*, Београд, 2009, стр. 277-308; Љубиша Дабић, *Коморе здравствених радника Србије*, Правна ријеч, Бања Лука, бр. 22/2010, стр. 477-499.

⁵ Живојин Ракочевевић, *Предговор*, у књизи: А. Спасић, *Привредне коморе*, стр. 4.

институција, чији су извори финансирања чланарина или наплата услуга од чланова; док коморе Велике Британије настоје да у оквиру утврђеног друштвеног интереса афирмишу свој интерес, докле се коморе САД боре за сопствену концепцију друштвеног интереса, настојећи да га наметну и другим друштвеним групама. Полазећи од критеријума правног основа конституисања, привредне коморе се деле на две групе: асоцијације привреде и јавне установе.⁶

Правна истраживања полазе у класификацији привредних комора од критеријума природе оснивачког акта и обавезности чланства у њима. По тим критеријумима, све коморе можемо поделити на: јавноправне и приватноправне. Јавноправне привредне коморе као институције јавног права преовлађују у европско-континенталним правним системима, оснивају се на основу закона, уређене су законом, са обавезним чланством привредних субјеката. Приватноправне привредне коморе као институције приватног права својствене су за англо-саксонске правне системе, оснивају се као институције приватног права, по основу иницијативе заинтересованих лица, у којима је чланство добровољно.

Упоредна истраживања показују да се привредне коморе оснивају као јавноправне (Немачка, Француска, Грчка, Италија, Луксембург, Холандија, Аустрија, Шпанија, Србија и др.) и као приватноправне привредне коморе (САД, Велика Британија, Белгија, Данска, Ирска, Финска, Норвешка, Португалија, Шведска, Швајцарска, као и одређен број земаља које су изашле из процеса транзиције)⁷.

Привредне коморе које су основане јавноправним актом су правна лица јавног права (јавноправне установе), имају јавноправни значај, али по правилу не улазе у организацију јавне управе. Обавезно чланство и плаћање чланарине обезбеђују им релативно стабилно финансирање. Оне представљају саставни део основне инфраструктуре целокупне привреде једне земље. Осим обавезног чланства привредних субјеката у комору, они се могу учлањивати и у друге облике. Обавезност чланства у овом моделу организовања привредних комора је најпожељнија из следећих разлога: пуна репрезентативност; једнакост (равноправност) привредних субјеката у користима и обавезама коморе; могућност обликовања уравнотежених, а не парцијалних, интереса привреде и могућност успостављања одређене материјално-кадровске основе за остварење циљева коморе.

Европско-континентални тип комора по правилу карактеришу три функције: 1) консултативне и саветодавне; 2) управне функције које врше над јавним привредним објектима (лукама, складиштима, сајмовима, путевима, берзама, лабораторијама итд.); 3) заступничке функције, јер се периодично одржава скупштина председника трговинских комора. Оне су дефинисане као „заступнички орган трговинских и индустријских звања код јавних власти“.⁸

⁶ А. Спасић, *op. cit.*, стр. 33-35.

⁷ Grega Virant, *Gospodarske in poklicne zbornice*, Podjetje in delo, Ljubljana, br. 6-7/1999, стр. 938.

⁸ А. Спасић, *op. cit.*, стр. 102.

Основни задатак јавноправних привредних комора је заступање интереса привреде у односима са државом при уређењу привредног система и економске политике. Осим тога, ове коморе врше јавноправна овлашћења, која им поверава држава, врше функцију социјалног партнера и непосредно за своје чланове пружају стручне услуге. Иако имају јавноправни значај, привредне коморе су по правилу самостални и аутономни субјект права. На њих је држава пренела одређене функције које извршавају у интересу њених чланова али и целокупне привреде. Поједини аутори запажају да при разврставању привредних комора у установе јавног права настају проблеми који практично отежавају упоређивање. На пример, у ову групу комора улазе и оне које су инкорпорисане у државни апарат, као и оне које су основане као самоуправне организације са обавезним чланством. Постоје и коморе у којима обавеза чланства није законски утврђена, али је законски одређено њихово право учешћа у утврђивању економске политике. Овом типу припадају и тзв. средња решења између приватних асоцијација и јавних усанова.⁹

Приватноправне привредне коморе се оснивају приватноправним актом, а чланство у њима је добровољно. Треба поменути и изузетке од овог правила, нпр. Комора за трговину у Берну је јавна институција, тј. њу је основала кантонална влада или коморе у Канади, чији се послови и задаци регулишу законом, због чега су у погледу појединих обавеза подређене и државној управи. Оне су слободне асоцијације привредних субјеката које су доследније заступљене у пракси трговинских комора САД него што је то случај са коморама у Великој Британији у којима су изворно настале. Као чист модел независне и добровољне асоцијације (удружења) привредних субјеката остале су само коморе САД. Извори њиховог прихода су наплата чланарине или вршење услуга за своје чланове и њихова наплата.

Англо-амерички модел коморе настао је у Енглеској (*The Jersey Chamber*) 1768. и у САД (*The New York Chamber*) исте године. Иако су основане независно једна од друге, циљеви су им после оснивања означени као заштита интереса трговачког и индустријског сталежа. Године 1773. у граду Чарлстону основана је Трговинска комора САД „на добробит грађана, владе и бизниса“. Циљеви националних савеза комора САД и Енглеске дефинисани су као разматрање питања која се односе и утичу на интересе трговине, индустрије и бродарства и као прикупљање и ширење информација у вези са општим и појединачним интересом коморе. Мишљења о интересима коморе се преносе влади, односно надлежном министарству или другом државном органу путем писама, меморандума, делегација и сл.¹⁰

Англо-амерички модел привредних комора прихваћен је у Америци (Канади, Панами, Куби, Хаитију, Салвадору, Аргентини, Бразилу, Венецуели, Перуу, Чилеу и Уругвају), Аустралији, Јужноафричкој Републици и Европи

⁹ *Ibid.*, стр. 34.

¹⁰ *Ibid.*, стр. 105-107.

(Швајцарској, Норвешкој, Финској, Шведској, Белгији, Грчкој) и земљама у транзицији (нпр. Словенија).

Треба констатовати да данас између привредних комора појединих земаља постоје значајне разлике, а класификација комора на европско-континентални и англо-саксонски модел је превасходно историјска и начелна, јер одређене карактеристике националних привредних комора приближавају их првом моделу, а друге другопоменутом моделу, осим што имају и нека посебна својства.¹¹ Земље у развоју, које су дуго биле у колонијалном положају својих метропола, по правилу креирају своје коморе по узору на земљу метрополу, иако оне трагају и ка особеним решењима у развоју националног система привредних комора. Поједине земље у транзицији такође креирају особена решења, нпр. Србија и Словенија.

Србија је донела Закон о изменама и допунама Закона о привредним коморама (2009)¹², са новинама које ће се примењивати од 1. јануара 2013. године. Прво, предвиђена је могућност да најмање 100 привредних субјеката оснује гранску комору, ради остваривања заједничког интереса, на основу приватноправног акта којим ће оснивачи уредити међусобна права и обавезе, начин финансирања, органе коморе, опште акте коморе и друга питања од значаја за рад коморе (добровољност чланства). Овако основана комора престаје са радом када се број њених чланова смањи испод законског минимума.¹³ Оваквим решењима некомпетентни творци предметног закона су успоставили јединствено решење у упоредном праву (мешовити систем) у вези са оснивањем привредних комора. Овај систем подразумева у будућности паралелно постојање две врсте комора: јавноправних и приватноправних; које се оснивају на територијалном и гранском принципу; на основу јавноправног и приватноправног акта, као институције јавног и приватног права¹⁴. Друго, успостављен је Регистар комора, који води Агенција за привредне регистре, у који се региструју и јавноправне и приватноправне коморе. Треће, укинута је обавезност чланства у јавноправним коморама које се оснивају на територијалном принципу.

Доношењем у Словенији важећег Закона о привредним коморама 2006. године¹⁵, привредне коморе су постављене на другачијим концепцијским основама у односу на претходни период, тј. у односу на претходно важећи Закон о Привредној комори Словеније из 1990, са изменама и допунама из 2000. годи-

¹¹ В. Милановић, *op. cit.*, стр. 9.

¹² Закона о изменама и допунама Закона о привредним коморама, „Сл. гласник РС“, бр. 36/2009.

¹³ Закон о изменама и допунама Закона о привредним коморама Србије, чл. 3 (чл. 2а).

¹⁴ Законодавац је оставио могућност члановима постојећих привредних комора да њихово чланство престане најраније 1. јануара 2013, уколико до тада доставе писано обавештење о иступању из коморе. Ако сви чланови иступе из чланства, управни одбор коморе дужан је да без одлагања донесе одлуку о њеној ликвидацији, у складу са Законом о привредним друштвима.

¹⁵ Zakon o gospodarskih zbornicah, „Uradni list RS“, št. 60/2006 i 110/2009.

не.¹⁶ Прво, важећим законом, између осталог, предмет регулисања је и питање трансформације Привредне коморе Словеније (чл. 1). Друго, привредна комора се поима, с једне стране, као „самостално, добровољно, интересно и недобитно удружење правних и физичких лица“, а с друге стране, удружење које на тржишту „самостално обавља привредну делатност“ (чл. 2). Треће, у погледу правне природе привредне коморе, она је „правно лице приватног права“ (чл. 3. став 1), а статус правног лица стиче „уписом у регистар“ (чл. 3. став 2). Четврто, забрањује се грански принцип оснивања и организовања привредних комора, јер се статутом не допушта да се одреди да су чланови коморе само из одређене гране или да обављају само одређену привредну делатност (чл. 4. став 1). Пето, уводи се репрезентативност привредне коморе (чл. 4. ст. 2-5).

Облик удруживања и организовања трговаца (привредних субјеката) у привредне коморе није у свим земљама исти. У свету постоје два система организовања комора: грански и територијални. У једним правним системима постоје јединствене трговинске или трговинско-индустријске коморе, које покривају привредне субјекте (трговце) из различитих привредних грана (трговина, индустрија, саобраћај, пољопривреда и др.), а у другим земљама се коморе оснивају за поједине привредне гране. На пример, у Немачкој су привредне коморе најчешће организоване за поједине области (као што је *Vereinigung der industrie und handelskammern des landes nordrhein Westfalen*), а делује и већи број мешовитих комора са Јапаном, Италијом и другим земљама.¹⁷

Полазећи од територије за коју се оснивају, коморе могу бити локалне (за град или ужу територију), регионалне (за област), мешовите (основане за привредне субјекте из две или више држава) и међународне (нпр. Међународна трговинска комора у Паризу, са задатком да развија привредне односе између земаља). На пример, у Србији је основни извор права за привредне коморе Закон о привредним коморама (2001)¹⁸. Привредне коморе су облик удруживања привредних субјеката, као интересне, самосталне и пословно-стручне организације, које повезују заједнички пословни интереси њихових чланица на одређеном подручју или територији и учествују у остваривању и обезбеђивању заједничких интереса важних за привреду Републике Србије. Оне су посебан правни облик, имају својство правног лица, нису привредни субјекти, јер не обављају привредну делатност и не уписују се у регистар привредних субјеката¹⁹. Организоване су по територијалном принципу: републичка, покрајинске, градске и регионалне. Допуштено је коморама да на свом подручју успостављају организационе јединице (испоставе, експозитуре, центре, агенције), сагласно њиховим статутима. На пример, у Немачкој постоји 83

¹⁶ Zakon o Gospodarski zbornici Slovenije, „Uradni list RS“, št. 14/1990 i 19/2000.

¹⁷ *World Directory of Chambers of Commerce – ICC – 1981*. Наведено према: В. Милановић, *op. cit.*, стр. 15, фуснота 8).

¹⁸ Zakon o privrednim komorama, „Sl. glasnik RS“, br. 65/2001 i 36/2009.

¹⁹ Zakon o privrednim komorama Srbije, čl. 1. i 3.

индустријске и трговинске коморе, у које по сили закона улазе сви привредни субјекти. Занатске радње су по истом принципу организоване у занатске коморе. На врху система организације комора налази се Савез немачких индустријских и трговинских комора. У овај систем улази и мрежа регионалних комора, које се старају о привредним интересима својих регија и привредних субјеката који су њихови чланови.

3. ПОЈАМ И ПРАВНА ПРИРОДА ПРИВРЕДНИХ КОМОРА

Привредне (трговачке) коморе могу се појмовно одредити као самосталне, независне, стручно-пословне, професионалне, невладине, неполитичке, непрофитне јавноправне или приватноправне организације (удружења, асоцијације) привредних субјеката (правних и физичких лица са статусом привредних субјеката) и њихових асоцијација.

Привредне коморе Западне Европе (европско-континентални тип) покривају индустрију, трговину, банкарство, осигурање, саобраћај и услуге и на тај начин репрезентују привреду одређеног подручја, због чега је у XX веку дошло до промене њиховог назива *Chamber of Commerce* у *Chamber of Commerce and Industry*. Оне могу, због своје правне природе, самостално да износе мишљења и одлучују у интересу привреде. Такође, оне првенствено имају за циљ да информишу локалну и националну владу о економским питањима, да износе своја мишљења о мерама економске политике и унапређују економију на основу предлога, економских студија и на друге начине.²⁰

У погледу правне природе, привредна комора је посебан правноорганизациони облик, правни облик организовања привредних субјеката, са својством правног лица, која се оснива на основу јавноправног или приватноправног акта, општег или појединачног, као институција јавног или приватног права.

Привредне коморе су професионалне организације привредних субјеката у које се они учлањују ради реализовања одређених професионалних интереса.

Привредне коморе су независне у односу на државу и њене органе. Међутим, код јавноправних привредних комора постоји „појачан однос“ сарадње са државом и њеним органима, у следећем: 1) обављањем појединих послова за своје чланове привредне коморе успостављају односе сарадње, односно партнерства са државом; 2) обављањем појединих послова који су по својој природи јавноправна овлашћења, привредне коморе су у улози да извршавањем тих овлашћења поступају као државни органи. Привредне коморе су независне у свом раду у свим елементима организовања: кадровски, финансијски, унутрашњој организацији и др.

Привредне коморе немају за циљ стицање добити, због чега се морају квалификовати као непривредни субјекти. Међутим, полазећи од критеријума функција које обављају (послови и задаци) и својства субјеката који су њени

²⁰ В. Милановић, *op. cit.*, стр. 14.

чланови за које обављају послове и задатке, оне се само условно могу квалификовати као привредни субјекти у ширем смислу.

Истраживања етимологије речи „комора“ не дају резултате на којима би се могла засновати полазишта за ближе дефинисање привредних комора, јер постоје неслагања у погледу самог порекла овог термина. Такође, дефинисање привредних комора суочено је са различитим интерпретацијама како самог термина „комора“, тако и улоге и места привредне коморе у појединим друштвеним заједницама. Из широког спектра тих дефиниција издваја се општа дефиниција (више социолошко-политиколошка и економска), по којој су „коморе институције заштите интереса привреде“²¹, тј. заштите интереса привредних субјеката као чланова привредних комора и, у крајњем случају, националне привреде.

У законским и статутарним дефиницијама привредних комора (правно-нормативни приступ) полази се од различитих елемената: начина организовања (оне су посебан правноорганизациони облик, са својством правног лица, правни облик за удруживање привредних субјеката у форми субјекта јавног права - јавне установе, или субјекта приватног права - удружења); чланства (оне су искључиво или доминантно организације привредних субјеката); обавезности чланства (оне су организације са обавезним или добровољним чланством); оснивачког акта (оне се оснивају јавноправним или приватноправним актом); врсте организације (оне су професионалне, територијалне, тј. административно-територијалне или гранске); природе организације (оне су обавезне или добровољне, јединствене или гранске, корпоративне, професионалне, стручно-пословне, самосталне, независне, непривредне, неполитичке, невладине); циљне функције удруживања (оне су недобитне организације).

4. ПРАВНИ СТАТУС ПРИВРЕДНИХ КОМОРА

Привредне коморе се оснивају на принципима корпоративне, професионалне и стручно-пословне организације. Оне имају статус правног лица, положај обавезне или добровољне, независне, самосталне, невладине, неполитичке и недобитне организације, са више или мање израженим елементима једне врсте управне организације када је реч о јавноправним привредним коморама, а са елементима удружења када је реч о приватноправним привредним коморама.

Привредне коморе су правна лица јавног или приватног права, са правима обавезама и одговорностима утврђеним законом, основачким актом и статутом. У правном промету са трећим лицима иступају самостално, у своје име и за свој рачун, а за своје обавезе одговарају свим својим средствима. Чланови нису одговорни за обавезе привредне коморе. Имају право да стичу имовину и имовинска права и да њима самостално располажу. Привредне коморе се региструју у одговарајући регистар.

²¹ А. Спасић, *op. cit.*, стр. 16.

Привредна комора има свој назив, у коме је обавезно садржан термин “комора” (нпр. привредна комора, индустријска комора или са сличним изразом), под којим иступа у правном промету. Могу имати скраћени назив, знак, логотип и заставу. Такође, оне имају седиште, рачун, печат и штамбиљ.

Привредне коморе обављају свој рад, односно обављају своје послове и задатке самостално и аутономно, у складу са законом, оснивачким актом и статутом.

Привредне коморе су недобитне организације, а само појединим коморама у свету је изузетно допуштено да обављу предузетничку делатност у оном обиму колико је то неопходно ради обављања статутарних послова и задатака (нпр. организовање комерцијалних саветовања, продаја публикација и сл.).

По правилу, привредне коморе имају своје службено гласило (нпр. новине, билтен, часопис). Поједине привредне коморе (Француске, Италије Западне Немачке) имају специјализоване канцеларије за посебне информације, што посебно користи малим и средњим предузећима, јер се преко њих добијају савети и информације о битним економским питањима. У појединим земљама, привредне коморе организују самосталне саветодавне сервисе чија је основна улога у праћењу технологије и давању савета члановима комора. Велики број комора има компјутеризоване библиотеке са подацима и адресама о увозницима и извозницима, коморе организују курсеве ради усавршавања знања директора и других запослених по појединим областима привреде и врше друге функције²². Осим тога, привредне коморе раде на информисању ради задовољавања потреба својих чланова, оне су овлашћене на издавање сертификата о пореклу робе, АТА карнета и других потврда потребних при извозу робе. Даље, оне одржавају чврсте везе са штампом, радио и телевизијом, ради информисања јавности о мишљењу коморе и проблемима привреде. Такође, привредне коморе врше низ функција у области образовања кадрова за рад у привреди, управљања инфраструктуром, одговорне су за рад берзи и др.²³

Привредне коморе имају оснивачки акт, статут и друге опште акте, а акте које доносе у обављању јавних овлашћења су по њиховој правној природи појединачни правни акти и јавне исправе.

Привредном комором управљају њени чланови преко својих представника у њеним органима, који се бирају на начин одређен законом, оснивачким актом и статутом коморе. Органи коморе су: скупштина, управни одбор, надзорни одбор и председник. Комора може имати и друге органе, нпр. генералног секретара.

Привредну комору представља и заступа њен законски (статутарни) заступник – председник и овлашћено лице са другим називом и положајем.

Средства за рад привредних комора обезбеђују се на начин прописан законом, њиховим оснивачким актом или статутом.

²² Helmut Rehker, *Comparative study of the private law and public law systems of Chambers of Commerce* – ICC – 1981. Наведено према: В. Милановић, *op. cit.*, стр. 15, фуснота 9).

²³ В. Милановић, *op. cit.*, стр. 17.

Рад привредних комора је јаван. Начин обавештавања јавности уређује се статутом.

Привредне коморе нису порески обвезници у рангу привредних субјеката.

Привредне коморе подлежу спољашњем надзору и контроли од стране надлежног државног органа, тј. министарства надлежног за послове привреде.

5. ЧЛАНСТВО У ПРИВРЕДНИМ КОМОРАМА

У приватноправним привредним коморама чланство је добровољно, а у јавноправним привредним коморама обавезно. Међутим, ове друге могу имати и добровољне чланове. Чланови привредних комора су по правилу физичка и правна лица са својством привредних субјеката. И јавноправне привредне коморе могу имати добровољне чланове, тј. под законом и сатутом предвиђеним условима, по правилу у својству “добровољних” односно “других чланова”, то могу бити субјекти чија циљна функција није стицање добити. На пример, у немачким индустријским и трговинским коморама чланство је обавезно изузев за комунална предузећа којима је остављена могућност избора да приступе коморама (добровољно чланство)²⁴. Код приватноправних комора, на примеру Трговинске коморе Аустралије, разликује се неколико категорија чланова: чланови оснивачи (који представљају 5 најстаријих комора), редовни чланови (који годишњој конференцији присуствују без права гласа, али који активно учествују у раду свих осталих органа коморе са правом гласа), придружени чланови и почасни чланови.

Комора води регистар својих чланова, који имају једнака права и обавезе.²⁵ У оквиру система јавноправних привредних комора, постоје земље у којима се чланство у коморама стиче аутоматски, уписом привредних субјеката у регистар за обављање привредних делатности (нпр. Италија, Аустрија, Мађарска).²⁶

Обавезни чланови јавноправних привредних комора су: привредна друштва, пословне банке, осигуравајућа друштва и друге финансијске организације чија је циљна функција стицање добити. Међутим, поједини правни системи у обавезне чланове укључују “сва правна и физичка лица која обављају привредну делатност”²⁷. На пример, занатлије су чланови привредних комора у Аустрији, Италији и Холандији, док посебна удружења занатлија постоје у Немачкој Луксембургу са својством јавних организација. На основу Закона о

²⁴ Жељко Ивањи, *Организација привредних комора у развијеним земљама, уз осврт на структуру коморског система у бившим југословенским републикама*, Право и привреда, Београд, бр. 5-8/2001, стр. 517.

²⁵ На пример, у Црној Гори „чланови Коморе су једнаки у правима, обавезама и одговорностима у Комори“. Закон о Привредној комори Црне Горе („Сл. лист РЦГ“, бр. 42/1998), чл. 3.

²⁶ Инге Шупут-Ђурић, *Удруживање у привредне коморе и однос државних органа према тим коморама*, Право и привреда, Београд, бр. 5-8/1998, стр. 841.

²⁷ На пример, *Zakon о Hrvatskoj gospodarskoj komori* („Narodne novine“, br. 66/1991 i 1993), čl. 2.

обрту²⁸, основана је Хрватска обртничка комора, у којој је чланство обавезно за трговце појединце и правна лица која обављају привредну делатност, с тим да то не чине на индустријски начин.²⁹ У појединим правним системима предузетници који у виду регистрованог занимања обављају привредну делатност и њихове задруге чланови су привредних комора преко општих удружења предузетника, а земљорадничке задруге и други облици организовања земљорадника колективни су чланови привредних комора преко задружног савеза.³⁰ На пример, у Италији пољопривредници су чланови привредних комора, док у другим земљама нису.³¹

Обавезни чланови у својству правног лица стичу чланство моментом уписа њиховог оснивања у одговарајући регистар.

У својству добровољних чланова јавноправних привредних комора јављају се: организације које обављају друштвену делатност, пословна и стручна удружења, интересне асоцијације, научноистраживачке и образовне институције, савези, фондације, предузетници, земљорадничке задруге, друге организације које својом делатношћу унапређују рад и пословање привредних субјеката или су у областима које су утврђене законом. Одлуку о њиховом чланству доноси надлежни орган привредне коморе, под условима и на начин одређеним статутом.

Чланство у привредним коморама је за одређени круг субјеката обавезно, а то су по правилу привредни субјекти са својством правног лица. Због својстава чланова привредних комора, оне су увек струковне организације својих чланова. У правној теорији и судској пракси поставило се питање: да ли је одређивање обавезног чланства у јавноправним привредним коморама у складу са уставом? На пример, и уставом Србије се “јамчи слобода ... сваког другог удруживања и право да се остане изван сваког удруживања”³².

Обавезност чланства у привредним и другим јавноправним коморама је основно уставноправно питање о коме су одлучивали национални уставни судови, Европски суд за људска права и Европска комисија за људска права. Питање које је постављено у пракси судова гласи: да ли је обавезно чланство у складу са уставним јемством слободе удруживања, као и са другим уставним слободама? Становиште немачког Савезног уставног суда је, слично ставу Европске комисије и Европског суда за људска права, везано за одредбу чл. 11. Европске конвенције о заштити права човека, која штити слободу удруживања, али не

²⁸ Закон o obrtu („Narodne novine“, br. 77/1993, 90/1996, 102/1998, 64/2001, 71/2001, 49/2003 - prečišćeni tekst, 68/2007 i 79/2007 - isp.).

²⁹ Хрватска обртничка комора је самостална стучна пословна организација обртника која се оснива ради промицања, усклађивања и заступања заједничких интереса обртништва. Има својство правног лица, заступа и представља обртнике пред државним и другим ентитетима у земљи и иностранству. Закон o obrtu Hrvatske, čl. 66-80.

³⁰ Закон о привредним коморама Србије, чл. 5. ст. 2. и 3.

³¹ В. Милановић, *op. cit.*, стр. 16.

³² Устав Републике Србије („Сл. гласник РС“, бр. 98/2006), чл. 55. став 1.

обухвата, односно не протеже се и на јавноправне институције, укључујући и привредне коморе.

И Уставни суд Словеније је става, следећи праксу Европског суда за људска права и немачког Савезног уставног суда, да обавезно чланство не задире у слободу удруживања, да се та слобода из чл. 42. Устава не протеже на коморе са обавезним чланством. Наиме, у поступку оцене уставности појединих одредби Закона о Привредној комори Словеније, Уставни суд Словеније донео је одлуку да је предметни закон неусклађен са Уставом, 11. јуна 1998. године.³³ Суд је по приспелим иницијативама за оцену уставности одлучивао о два питања: обавезности чланства и обавезности плаћања чланарине. Скупштина Републике Словеније и Привредна комора Словеније су били става да обавезност чланства није у супротности са правом на слободно удруживање и да та обавеза не укида слободу предузетничке иницијативе из члана 74. Устава. Циљ удруживања у привредну комору је поспешивање развоја привреде, давање подршке привредним иницијативама и заступање интереса слободног тржишног предузетништва на тржишту и у односима са државним органима. Обавезност чланства не омета физичка лица при окупљању и удруживању нити привредне субјекте у слободном повезивању у различите интересне и статусне облике.

Уставни суд Словеније је у предметној одлуци заузео став да су тврдње иницијатора оцене о неуставности одредаба у Закону о Привредној комори Словеније о обавезном чланству неутемељене. Овај суд је већ поједине облике обавезног чланства изузео из одредбе чл. 42. Устава³⁴, са аргументацијом да слобода удруживања, поред права да се удружи са другим лицима (тзв. позитивна слобода удруживања) има свакако и право да се не повеже са другим лицима (тзв. негативна слобода удруживања). Та веза између позитивног и негативног вида удруживања је изричито наведена у одредби чл. 20. Опште декларације УН о правима човека (1948).

Уставни суд Словеније је стао на становиште да је предметна привредна комора субјект јавног права, да је основана на основу закона, да има јавна овлашћења у оквиру којих одлучује о правима и обавезама предузетника или правних лица и да своје задатке извршава у јавном интересу. Такав је положај и коморе по Закону о Привредној комори Словеније. Иако у наведеном закону није изричито наведено да је циљ коморе на првом месту извршавање задатака који су у јавном интересу, а које би морала да извршава држава, али је основана и ради остваривања интереса привредних субјеката који су њени чланови. Законом није одређено да је комора јавноправно лице, због чега је потребно да законодавац уведе “континентални тип јединствене коморе са обавезним чланством”. По овом систему привредне коморе су јавноправне установе,

³³ Одлука Уставног суда Словеније, бр. У-И-290/96, од 11. јуна 1998. године, објављена у „Uradnom listu RS“, бр. 49/1998.

³⁴ Види: OdlUS II, 15; OdlUS III, 62; OdlUS, VI, 44; Odluka бр. У-И-305/94.

успостављају се слободно, али уз учешће државе и код којих су надлежности, организација, органи и подручја деловања одређени законом.

Европска комисија за људска права и Европски суд за људска права су, везано за “слободу удруживања”, јасно ставили до знања, у контексту тумачења одредбе чл. 11. Европске конвенције за људска права³⁵, “да је удружење скуп који је више формалан и боље организован него што је то окупљање”. У случају *Young, James i Webster* против Уједињеног Краљевства (Извештај Комисије за људска права из 1979. године), Комисија је утврдила да се “веза између радника запослених код истог послодавца не може сматрати удружењем у смислу чл. 11, зато што почива само на уговорном односу између послопримца и послодавца”. Такође, она је дала даље објашњење: “термин ‘удружење’ претпоставља добровољно окупљање ради постизања заједничког циља”. Даље, Комисија и Суд су у целокупној својој пракси применили ова два критеријума на удружење: “добровољне природе” и “заједничког циља”, иако је овај други критеријум из чл. 11. Европске конвенције за људска права теже схватити од критеријума “добровољне природе”³⁶.

Европска комисија за људска права и Европски суд за људска права су, међутим, стали на становиште да слобода удруживања није зајемчена јавноправним удружењима, какве су привредне коморе и друге коморе са обавезним чланством.

Европски суд за људска права је оценио усклађеним обавезно чланства у белгијским здравственим коморама са одредбом чл. 11, којом се јамчи слобода удруживања. У образложењу ове судске одлуке је истакнуто да је примена одредбе чл. 11. Европске конвенције о људским правима слободу удруживања искључила код јавноправних комора, јер су ове коморе тако инкорпорисане у структуру државе да обавезно чланство у таквим организационим облицима не задире у слободу удруживања и да чланови коморе имају још једну могућност, да се укључују у друге облике удруживања.

У пословној пракси Републике Србије на почетку XXI века истицани су све гласнији захтеви да чланство у привредним коморама буде добровољно, иако је било усамљених мишљења појединих теоретичара са истим захтевом много раније.³⁷ Било је привредних субјеката који нису желели да уплаћују чланарину, а привредне коморе нису имале правна средства да их на то натерају. Због тога је истицан став да се у законодавству усвоји систем добровољног чланства у привредним коморама, по угледу на англосаксонско право, али и на решења земаља у окружењу.

³⁵ „Свако има право на слободу мирног окупљања и слободу удруживања с другима, укључујући ту право на образовање синдиката и приступање синдикатима ради заштите својих интереса“ (подвукао Ј. Д.). Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, с протоколима, чл. 11. став 1; Видан Хаџи-Видановић – Марко Милановић, *Међународно јавно право – збирка документа*, Београд, 2005, стр. 131.

³⁶ Donna Gomien, *Kratak vodič kroz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima*, Београд, 1994, стр. 67.

³⁷ В. Милановић, *op. cit.*, стр. 297.

6. ПЛАЋАЊЕ ЧЛАНАРИНЕ

Плаћање чланарине привредним коморама од стране њених чланова последица је обавезног чланства код јавноправних привредних комора и има природу јавне обавезе која је установљена законом. Код приватноправних привредних комора она произлази из споразума чланова и има природу уговорне обавезе. Чланарина је основна материјална претпоставка за обављање послова и задатака привредних комора за своје чланове.

У судској пракси, пред Уставним судом Словеније, покренут је поступак оцене уставности обавезе плаћања чланарине јавноправним привредним коморама, тј. Привредној комори Словеније, уз тврдњу да је реч о неуставној одредби у Закону о Привредној комори Словеније (1990). Иницијатори су у прилог своје тврдње изнели и следеће аргументе: да је обавеза плаћања чланарине неуставна; да се чланарина одређује члановима коморе без њихове сагласности; да се висина чланарине утврђује паушално а не на основу законом утврђених критеријума и др. Уставни суд је стао на становиште да је реч о законској и јавноправној обавези која је у сагласности са Уставом, која произлази из закона и заснива се на обавезном чланству.³⁸

Једина обавеза која извире из обавезног чланства у јавноправним привредним коморама је плаћање чланарине. Овлашћење за одређивање њене висине је пренето на комору, односно на њен надлежни орган. Њена висина мора бити одређена у сразмери са обимом делатности јавноправне привредне коморе. Висина чланарине мора бити праведна и не може бити утврђена прекомерно. Обавеза чланства у јавноправну привредну комору ствара обавезу плаћања чланарине која мора бити обавезна, нужна, примерена и сразмерна захвату у уставно право погођених субјеката, уколико држава жели да обезбеди репрезентативног представника привреде. За достизање тако постављеног циља обавезно чланство и обавеза плаћања чланарине нису довољни већ нужни услови. На пример, немачки законодавац је одредио да се обавезни допринос привредним коморама плаћа у висини која се одређује сагласно пословном успеху привредног субјекта. Словеначки законодавац је 2000. године³⁹ нашао за потребно да детаљније уреди питање чланарине, тј. доприноса. Прво, обавезни члански допринос је један од извора прихода Привредне коморе Словеније (даље: Комора). Друго, Комора самостално утврђује и убира члански допринос, а може на основу уговора да то право пренесе на Пореску управу Словеније. Треће, чланови Коморе обавезно плаћају члански допринос. Четврто, чланским доприносом се финансирају: 1) послови заступања интереса привреде у поступку израде и доношења закона, стратегија и других аката у области привредног система и економске политике; 2) сви други послови који се врше по програ-

³⁸ Одлука Уставног суда Словеније, шт. У-И-290/96 („Уradni list RS“, бр. 49/1998).

³⁹ Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o Gospodarski zbornici Slovenije („Уradni list RS“, шт. 19/2000), čl. 20-20.c.

му за инфраструктурне услуге за потребе целокупне привреде; 3) појединачни облици саветовања и пружања стручне помоћи члановима, на њихов захтев. Пето, доношењем годишњих програма рада и финансијских планова Коморе утврђују се и члански допринос, уз поштовање следећих критеријума: 1) за правна лица је основица израчунавања збир обрачунате амортизације и укалкулисаних плаћања у протеклој години; 2) за предузетнике појединце је основица обрачуната добит, која се не умањује за ослобађања, умањења и олакшице које произлазе из прописа о дохотку; стопа за утврђивање чланског доприноса износи: 1) за правна лица 0.0024 од утврђене основице; и 2) за предузетнике појединце 0.035 од утврђене основице; обе законом одређене основице могу се на основу одлуке скупштине Коморе, у зависности од програма рада, повећати или смањити за највише 20%. Шесто, надзор над утврђивањем чланског доприноса и убирања средстава врши надзорни одбор Коморе и независно ревизорско друштво.

Законодавци по правилу не утврђују висину ни критеријуме за одређивање висине чланарине коју плаћају чланови јавноправних комора. Међутим, поједини законодавци су препустили надлежним органима коморе да ближе уреде чланарину, њену висину и рокове у којима се плаћа, у складу са општим актом коморе.⁴⁰

Чланарина коју су дужни да плаћају привредни субјекти, тј. чланови јавноправних привредних комора, намењена је искључиво за финансирање њихових послова и задатака.

7. ПОВЕРАВАЊЕ ЈАВНИХ ОВЛАШЋЕЊА ПРИВРЕДНИМ КОМОРАМА

У зависности од конкретног правног система и типа привредне коморе, постоје мање или веће разлике у обиму и садржини послова и задатака које оне обављају, а најчешћи и најзначајнији су: 1) заступање интереса чланова коморе пред надлежним државним органима и трећим лицима; 2) учешће у припреми привредног законодавства и других прописа и докумената; 3) усклађивање интереса чланова коморе, њихово саветовање и пословно информисање; 4) пружање одговарајућих услуга члановима коморе; 5) образовање кадрова; 6) издавање одговарајућих потврда и сертификата, нпр. о бонитету, пореклу робе, извозу и сл.; 7) подстицање, развој и неговање добрих пословних обичаја у решавању међусобних односа између чланова и са потрошачима; 8) међународна сарадња; 9) и други.

Привредним коморама је у појединим правним системима стављено у дужност да обављају и поједине специфичне послове и задатке, нпр. учешће у

⁴⁰ „Основицу и стопу, те начин и рокове плаћања доприноса или чланарине утврђује скупштина Хрватске господарске коморе“. Закон о Хрватској господарској комори, чл. 20. став 2; „Висину чланарине одређује скупштина за сваку календарску годину“. Закон о привредним коморама Словеније (2006), чл. 19. став 2.

изради и спровођењу програма владе о приватизацији и подстицању улагања страног капитала (Мађарска), учешће у преговорима о обезбеђењу средстава у буџету ради контроле јавне потрошње (Немачка, САД, Канада), заштите животне средине и др.⁴¹

Осим напред наведених послова, привредним коморама се од стране државе поверава и вршење одређених јавних овлашћења. Правни институт “поверавање јавних овлашћења” део је правног система једне земље. Основе овог института налазе се у уставу⁴², а законима се уређују поједина питања која се односе на његову примену у појединим областима. Законска регулатива тиче се поверавања јавних овлашћења и положаја субјеката којима су овлашћења поверена, као и обавезе које ти субјекти имају у њиховом вршењу.⁴³ Садржина израза “јавна овлашћења” истоветна је са садржином појма “власт”, јер субјекти којима се јавна овлашћења поверавају у њиховом вршењу иступају ауторитативно у односу на физичка и правна лица на која се односе јавна овлашћења.⁴⁴

Шта су јавна овлашћења? То су овлашћења на ауторитативно иступање, тј. овлашћења са прерогативима власти, која се вољом државног органа поверавају “недржавним структурама”, тј. одређеним субјектима у праву. Јавна овлашћења су извршне функције једне државе, а њихово поверавање одређеним субјектима у суштини представља преношење тих функција са органа управе на друге субјекте у праву. Поверавање јавних овлашћења је, у суштини, њихово делегирање од “стране једног субјекта – који их редовно поседује – другог, који та овлашћења редовно нема”⁴⁵. Како се запажа у правној доктрини, разлози за поверавање јавних овлашћења најчешће се налазе у непостојању одређених претпоставки за њихово вршење од стране државних органа, које се манифестују у виду недостатака опреме, кадрова и сл.⁴⁶, односно мотив и оправдање за поверавање јавних овлашћења налазе се у процени да субјекти којима се поверавају јавна овлашћења могу да их обављају на ефикаснији и рационалнији начин него што би их обављали органи управе.⁴⁷

Коме се могу поверавати јавна овлашћења? У интересу ефикаснијег и рационалнијег остваривања права и обавеза грађана и задовољавања њихових потреба од непосредног интереса за живот и рад, нпр. на основу устава Србије, законом се може поверити обављање одређених послова из надлежности Републике Србије (“поједина јавна овлашћења”, “јавна овлашћења”): 1) аутономној покрајини и јединици локалне самоуправе; 2) предузећима, установама,

⁴¹ Ж. Ивањи, *op. cit.*, стр. 515.

⁴² На пример, Устав Републике Србије, чл. 137.

⁴³ Станко Шушњар, *Поверавање јавних овлашћења*, Правни живот, Београд, бр. 9/1995, стр. 731.

⁴⁴ Гордана Матаија, *Однос државе према субјектима којима се поверавају јавна овлашћења – Уставна концепција и законодавна пракса*, Право и привреда, Београд, бр. 5-8/1998, стр. 831.

⁴⁵ Зоран Томић, *Управно право*, Београд, 1998, стр. 189.

⁴⁶ Г. Матаија, *op. cit.*, стр. 832.

⁴⁷ С. Шушњар, *op. cit.*, стр. 732.

организацијама и појединцима; 3) посебним органима преко којих се остварује регулаторна функција у појединим областима или делатностима⁴⁸. Кад је реч о нашем предмету изучавања, државни органи, односно органи управе поверавају јавна овлашћења недржавним структурама – предузећима, установама, организацијама, другим правним лицима и појединцима. У организације и друга правна лица сврставају се и привредне коморе.

Правни основ за поверавање јавних овлашћења налази се у уставу, тј. уставотворац овлашћује законодавца да може извршити поверавање јавних овлашћења одређеним субјектима у праву. Поверавање јавних овлашћења врши се законом, чиме се обезбеђује примена начела легалитета. И привредним коморама се поверавање јавних овлашћења врши законом о привредним коморама, нпр. у Републици Српској, Србији, Хрватској.⁴⁹ Међутим, законодавац Словеније је предвидео да се јавна овлашћења привредним коморама могу поверити осим законом, и на његовој подлози другим општим актом.⁵⁰

Шта може бити предмет поверавања јавних овлашћења јавноправним привредним коморама? То могу бити две врсте јавних овлашћења, и то: 1) управноправна и 2) неуправна, тј. тзв. регулативна јавна овлашћења. Реч је о поверавању вршења одређених управних послова, као што су: вођење одговарајућих евиденција; издавање потврда, уверења, дозвола и других исправа; вођење управног поступка; доношење одлука у форми појединачних правних акта; доношење општих правних акта; заступање одређених интереса; предлагање мера које доносе државни органи; решавање одређених стручних питања; остваривање стручног и другог надзора у одређеним областима; предузимање принудних мера према члановима коморе и др. С једне стране, привредне коморе преко надлежних органа одлучују о правима и обавезама субјеката у праву у конкретним случајевима – доношењем појединачних правних аката у управном поступку и др. С друге стране, надлежни органи привредних комора наступају уопште - доношењем општих правних акта који су од значаја за комору, њене чланове, као и да врше друга јавна овлашћења. Ова овлашћења се поверавају коморама да у оквиру својих послова и задатака својим актима уређују одређене односе од ширег друштвеног интереса.

Правни режим поверавања јавних овлашћења привредним коморама може да обухвати норме о: управним актима и њиховој заснованости на закону; поступку доношења управних акта; права на жалбу; вођењу управног спора и др.⁵¹

У поступку извршавања јавних овлашћења привредне коморе обавезује начело законитости на исти начин као и државну управу. Све донете одлуке од

⁴⁸ Устав Републике Србије, чл. 137. ст. 1-3.

⁴⁹ Види: Закон о Привредној комори Републике Српске („Сл. гласник РС“, бр. 65/2008), чл. 12; Закон о привредним коморама Србије, чл. 11; Закон о Hrvatskoj gospodarskoj komori, čl. 11. stav 1.

⁵⁰ Закон о привредним коморама Словеније (2006), чл. 8.

⁵¹ Упореди: Г. Матаија, *op. cit.*, стр. 831.

надлежних органа привредних комора морају имати основ у закону и морају бити и садржински у складу са законом. Није допуштено да привредне коморе успостављају нове услове, нпр. у поступку издавања дозвола, јер би то водило успостављању дискреционог, односно арбитрарног одлучивања од стране надлежних органа коморе. Због тога, ко одлучује о издавању дозвола, искључиво извршава закон.

Јавна овлашћења која се поверавају привредним коморама доводе их у позицију да у њиховом вршењу поступају као органи управе. Њихов исти положај се огледа у њиховом поступању у складу са законом и што у извршавању јавних овлашћења примењују прописани поступак. Привредне коморе, на које су пренета јавна овлашћења, обавезују материјалноправни и формалноправни прописи на исти начин као што обавезују и органе управе кад остварују функцију извршавања закона. Чланови привредних комора који остварују одређена права пред својим коморама којима су поверена одређена јавна овлашћења, имају право на жалбу и други начин заштите права, као и право на судску заштиту у управном спору.⁵²

Поверавање јавних овлашћења привредним коморама разликује се од преношења послова државне управе на органе територијалне аутономије и локалне самоуправе. Правни институт “поверавање јавних овлашћења” на привредне коморе обухвата шири круг послова од послова који се преносе на поменуте органе.

Вршење поверених јавних овлашћења привредним коморама подлеже надзору надлежних државних органа, а њихово финансирање врши се из прихода привредних комора, а само изузетно и по правилу за ограничено време из буџетских средстава.

8. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Први облици организовања привредника на подручју Републике Српске регистровани су почетком XX века. У Бањалуци је 1902. године основано Обртничко друштво са 120 чланова. Слични облици организовања занатлија и трговаца забележени су у Мостару и Сарајеву. До 1909. године, Закон о оснивању Трговачко-обртничких комора Аустро-угарске примењивао се на подручју Босне и Херцеговине. У Краљевини Југославији коморе су наставиле са радом све до 1932. године, када је Уредбом о трговинским, индустријским и занатским коморама, установљена нова организација привредних комора. После Другог светског рата, предратне коморе наставиле су са радом. Одмах су донесени (1946) нови прописи о пословању и организовању комора у условима државно-планске привреде. Трговинска комора Југославије основана је 1946. године, а Законом о занатству (1949) оснивају се занатске коморе (среске, републичке, савезна). Уредбом из 1952. године, основане су трговинска и угоститељска ко-

⁵² Упореди: С. Шушњар, *op. cit.*, стр. 732.

мора. Промене у организовању комора уследиле су након 1953. године, када се на републичком нивоу оснивају коморе за трговину, угоститељство, занатство, пољопривреду и саобраћај. На нивоу Југославије оснивају се индустријска и спољнотрговинска комора. Законом о образовању јединствених комора из 1962. године, престају са радом гранске коморе и оснивају се јединствене привредне коморе. У периоду 1962-1979. године, донесено је више закона о привредним коморама, који су практично представљали усаглашавање са Уставом и Законом о удруженом раду. Почетком деведесетих година XX века, доношењем новог Закона о Привредној комори Југославије тадашње републике су донеле нове републичке законе, укључујући и Босну и Херцеговину.⁵³

За разлику од претходно важећег Закона о Привредној комори⁵⁴, половином 2008. године, Народна скупштина Републике Српске је донела Закон о Привредној комори Републике Српске⁵⁵. Треба запазити да се законодавац одлучио да уреди појам, правни статус, организацију, делатност, органе и начин финансирања искључиво једне привредне коморе – Привредну комору Републике Српске (даље: Комора РС), по угледу на хрватског законодавца. Законодавац дефинише ову комору као невладину, самосталну, стручно-пословну организацију, независну, непрофитну јавно-правну асоцијацију (удружење) привредних субјеката (правних и физичких лица) и привредних асоцијација са територије Републике Српске. Успоставио је две врсте чланова: обавезне и добровољне.⁵⁶ Комора је дужна да води јединствен регистар својих чланова, као јавну књигу на основу које на захтев заинтересованог лица издаје одговарајућа уверења и потврде, као јавне исправе.

Делатност Коморе РС је: заступање интереса чланова коморе пред органима законодавне и извршне власти приликом обликовања привредног система, посебно у припреми привредног законодавства, мера и механизма привредног система и мера економске политике, као и давање примедби и предлога органима државне управе приликом доношења прописа од интереса за привреду; усклађивање интереса чланова коморе; размена искустава међу члановима коморе и програмско усмеравање и координација активности привредних субјеката; пословно саветовање – пружање помоћи приликом оснивања нових и трансформације постојећих привредних друштава; презентација привреде и промоција робе и услуга у земљи и иностранству, организовање наступа на сајмовима, организовање презентација и промоција, издавање промотивних публикација и каталога, презентовање привреде посредством Интернета, гласила коморе и других промотивних активности; унапређивање пред-

⁵³ www.komorars.ba

⁵⁴ Закон о Привредној комори, „Сл. гласник РС“, бр. 20/1992, 18/1999, 51/2001 и 39/2003.

⁵⁵ Закон о Привредној комори Републике Српске, ступио је на снагу осам дана од дана објављивања, а примењује се од 1. јануара 2009. године (даље: Закон о Привредној комори РС).

⁵⁶ Законом о изменама и допунама Закона о Привредној комори („Сл. гласник РС“, бр. 39/2003), а који се примјењује од 1. јануара 2004. године, чланство у Комори РС је на добровољној основи.

узетништва и менаџмента, праћење и преношење међународних искустава у тим областима, а нарочито менаџмента у области система квалитета; анализа тржишних могућности и услова привредног развоја, пословно повезивање и информисање; подстицање истраживања у области наунотехнолошког развоја, усклађивање привредних и друштвених интереса у области екологије, подстицање друштвено одговорног пословања; повећање конкурентности привреде сталним процесима стручног и пословног образовања и професионалне едукације; организовање јединственог информационог система Коморе РС и успостављање и вођење Привредног регистра Републике Српске; вршење јавних овлашћења која су поверена Комори РС законом; издавање одговарајућих потврда о бонитету; предузимање мера за подстицање и развој добрих пословних обичаја и пословног морала; обављање других послова.⁵⁷

У погледу правног статуса Коморе РС, она има својство правног лица, са седиштем у Бањој Луци. При њој се организују као независни органи: суд части, арбитража и спољнотрговинска арбитража.⁵⁸ Њен рад је јаван, с тим да јој је законом забрањено да ограничава пословну самосталност њених чланова. Комора РС има статут који се објављује у службеном гласилу Републике Српске, а има и друге акте (правилници, пословници др.) којима се уређује њена унутрашња организација, начин рада, облик организовања, рад стручних служби и друга питања. Комора РС је по закону дужна да сваке године усвоји финансијски план и годишње финансијске извештаје. Средства за њен рад обезбеђују се из чланарине коју обавезно плаћају њени чланови и из накнада за обављање пословних услуга и других извора. Обавезни чланови плаћају чланарину Комори РС која се обрачунава на основу њихове економске снаге, а за добровољне чланове чланарина се обрачунава паушално.

Иако законодавац Републике Српске говори о “организацији коморског система”⁵⁹, реч је о организацији Привредне коморе РС, која организује свој рад у оквирима јединственог коморског система, преко два правноорганизациона облика: привредних комора подручја и удружења за поједине привредне области. У извршавању својих послова и задатака коморе су дужне да међусобно сарађују и координирају свој рад. Такође, Комора РС може на свом подручју да организује (законодавац вероватно погрешно користи термин “оснивање”) канцеларије, централе и друге организационе јединице, а полазећи од потреба и интереса чланова и привредној структури територије, законодавац допушта да се у њој могу организовати: гранска удружења, привредни савети, групације, секције и други облици организовања са статусом одређеним статутом Коморе⁵⁷

⁵⁷ Закона о Привредној комори РС, чл. 11-16.

⁵⁸ Спољнотрговинска арбитража при Привредној комори Републике Српске основана је Одлуком о оснивању, као независан и самосталан орган у свом одлучивању, коју је Скупштина Привредне коморе Републике Српске донела 1998. године. Више о овом питању види: Витомир Поповић, *Спољнотрговинска арбитража при Привредној комори Републике Српске*, у „Зборник радова у спомен проф. др Миодрага Трајковића“, Београд, 2006, стр. 450-458.

⁵⁹ Закона о Привредној комори РС, II поглавље - организација коморског система, чл. 5-10.

РС и њеним правилником о раду. Даље, Комора РС може оснивати институ-те, бирое и друге организације, на основу прописа којим се уређује правни положај ових правних облика. Најзад, Комора РС може имати представништва у иностранству, о чијем организовању (законодавац вероватно погрешно користи термин “оснивање”) и финансирању одлучује управни одбор Коморе РС.

Привредне коморе подручја имају својство правног лица, своје органе управљања, статуте и облике организовања и рада. Оне обухватају општине, односно градове утврђене статутом Коморе РС, са седиштем у Бањој Луци, Бјељини, Добоју, Требињу и Источном Сарајеву.

Комором РС управљају њени чланови, преко својих представника, које бирају у органе на начин утврђен статутом. Органи Коморе РС су: скупштина, управни одбор, надзорни одбор и председник.

Привредне коморе подручја подстичу развојне процесе на териоријама свог рад, водећи рачуна о укупном развоју, заједничким и међусобно усклађеним циљевима и јединственим интересима привреде Републике Српске.

Professor Ljubiša DABIĆ, PhD
Beograd Faculty of Economy

CHAMBERS OF COMMERCE
(A comparative law approach)

Summary

In his article the author more closely analyses the emergence, foundation, organization, legal nature, legal status, membership, fees (contributions) and delegation of public authority to the chambers of commerce.

The chambers of commerce are legal entities of public or private law, with rights and obligations defined by law, founding act and the statute. In legal interaction with third persons the chambers act independently, in their own name and interest, and by all their assets guarantee for their obligations. The chambers of commerce are registered in the appropriate register.

The legal studies in their classification of chambers of commerce usually apply the criteria related to their founding act and obligatory membership in them. Being such a case, the chambers may be legal public or private public entities. So, as public law institutions the former prevail in continental European legal systems, founded and regulated by law with obligatory membership of economic subjects. The latter, as private law institutions are typical for Anglo-Saxon legal systems, founded as institutions of private law after the initiative of interested persons, on the grounds of a particular private law act, with voluntary membership.

According to comparative law studies, chambers of commerce are either legal public (Germany, France, Greece, Italy Luxemburg, Netherlands, Austria Spain, Serbia, etc.) or private public (USA, Great Britain, Belgium, Danmark, Ireland, Norway, Portugal, Sweden, Switzerland, as well as some other countries which have completed the transition process).

The concluding part of the article is completely devoted to the discussion of the most significant issues relevant to chambers of commerce in the Republic of Srpska.

PРАВNI OKVIR ZA ELEKTRONSKO POSLOVANJE U REPUBLICI SRBIJI

Prof. dr Ljiljana Lučić*

***Apstrakt:** Za korišćenje prednosti savremene informacione i komunikacione tehnologije u poslovne svrhe, potrebno je, osim mrežnih infrastruktura, tehničkih standarda zaštite i odgovarajućih sistemskih i aplikativnih programa, obezbediti pravnu infrastrukturu. R. Srbija je, saglasno međunarodnim i evropskim dokumentima, kojima se reguliše ova materija, usvojila više zakona i podzakonskih akata, kojima je stvoren pravni okvir potreban za obavljanje elektronskog poslovanja i zaštitu od zloupotreba. Cilj rada je da prezentuje i istakne sve veći značaj elektronskog poslovanja, koji zahteva ne samo visoku stručnost u radu, nego i stručnost u zaštiti od mogućih zloupotreba u radu sa novim tehnologijama i istovremeno ukaže na potrebu da se u R. Srbiji pravni okvir za elektronsko poslovanje i sankcionisanje zloupotreba, radi operativnosti, svede na manji broj zakonskih akata.*

***Ključne reči:** elektronsko poslovanje, elektronski potpis, elektronski dokument, elektronska trgovina, elektronsko bankarstvo, elektronski platni promet, kibernetički kriminal.*

1. UVODNE NAPOMENE

Primena savremene informacione i komunikacione tehnologije u poslovnoj sferi imala je za posledicu značajnu promenu u ponašanju svih tržišnih učesnika. Razlozi za brzinu kojom su tržišni učesnici prihvatili savremene informacione i telekomunikacione tehnologije jesu njene prednosti u odnosu na tradicionalno poslovanje. Najveća prednost i korist od upotrebe savremene informacione i telekomunikacione tehnologije u poslovanju jeste smanjivanje troškova poslovanja i pojeftinjenje usluga, brzina ulaska na tržište, mogućnost isporučivanja usluga 24 časa dnevno tokom cele godine. Najveći nedostatak je nesigurnost poslovanja - mogućnost zloupotrebe transakcija koje se obavljaju elektronskim putem i visoki troškovi za obezbeđenje zaštite od zoupotreba. Kibernetički kriminal u elektronskom poslovanju registruje

* Проф. др Љиљана Лучић, ванредни професор, Факултет за европске правно-политичке студије Нови Сад, Универзитет „Сингидунум“ Београд.

se, na primer, kao krađa kreditnih kartica, neisporučivanje proizvoda, lažna prezentacija, višestruke ličnosti, ali i kao povreda privatnosti ili proizvodnja i distribucija nedozvoljenih i štetnih sadržaja. Postoji ozbiljna pretnja da bi prednosti koju donose nove tehnologije mogle ostati neiskorištene zbog nesigurnosti elektronskih transakcija.

Iz tog razloga, za korišćenje prednosti savremene informacione i komunikacione tehnologije u poslovne svrhe, potrebno je, osim mrežnih infrastrukture, tehničkih standarda zaštite i odgovarajućih sistemskih i aplikativnih programa, obezbediti pravnu infrastrukturu. Pretnja da bi prednosti koje donose nove tehnologije mogle ostati neiskorištene zbog nesigurnosti transakcija, rezultirali su u pojačanom naporu firmi i zakonodavnih organa da se poslovanje reguliše i transakcije zaštite od moguće zloupotrebe.

U Republici Srbiji započeo je razvoj elektronskog poslovanja. R. Srbija je, saglasno međunarodnim i evropskim dokumentima, kojima se reguliše ova materija, usvojila više zakona kojima je stvoren pravni okvir potreban za obavljanje elektronskog poslovanja i zaštitu od zloupotreba. U Srbiji, elektronsko poslovanje nije regulisano jednim zakonom. Za elektronski dokument, elektronski potpis i elektronsku trgovinu, doneti su posebni zakoni (i podzakonski akti), kao i za organizaciju državnih organa za borbu protiv visokotehnološkog kriminala, dok su ostala pitanja od značaja za funkcionisanje elektronskog načina poslovanja i zaštitu od zloupotreba, regulisana u zakonskim aktima (i podzakonskim aktima) kojima se reguliše tradicionalni način poslovanja i zakonima kojima se sankcionišu druge zloupotrebe. Cilj rada je da prezentuje i istakne sve veći značaj visokotehnološkog načina poslovanja, koji zahteva ne samo visoku stručnost u radu, nego i stručnost u zaštiti od mogućih zloupotreba u radu sa novim tehnologijama i posledično naglasi potrebu da se pravni okvir i sankcionisanje zloupotreba svede na manji broj zakonskih akata. Tema se obrađuje preko ustrojene pravne infrastrukture u R. Srbiji, koja uključuje set zakonskih i podzakonskih akata kojima se definiše i reguliše elektronsko poslovanje i mere za sprečavanje zloupotreba.

1. ELEKTRONSKO POSLOVANJE

Prvobitno značenje elektronskog poslovanja odnosilo se na poslovanje u sektoru elektronike. Danas je pojam elektronskog poslovanja mnogo širi i označava savremeni oblik organizacije poslovanja u raznim delatnostima, a uz pomoć elektronske tehnologije, koja uključuje informacione tehnologije i telekomunikacije. Elektronsko poslovanje obuhvata sve oblike poslovnih transakcija ili razmene informacija, koje se izvode korišćenjem informacione i komunikacione tehnologije, kako unutar firme, tako i sa okruženjem: 1. između firmi, 2. između firmi i njihovih klijenata, ili 3. između firmi i javne administracije.

Dosadašnji razvoj elektronskog poslovanja ostvaren je u prodaji sopstvenih roba i usluga, trgovini i drugim uslužnim delatnostima, izdavaštvu, bankarstvu i fi-

nansijskim uslugama, poslovanju hartijama od vrednosti na organizovanom tržištu i OTC- vanberzanskom tržištu. Internet je omogućio proizvođačima direktnu *on-line* prodaju roba i usluga. Proizvođači preko Interneta pružaju informacije o svojim robama i uslugama svim priključenim korisnicima Interneta. Svi korisnici Interneta su potencijalni kupci. Elektronska trgovina uključuje marketing, prodaju, kupovinu i distribuciju preko kompjuterskih mreža, ne samo direktnih proizvođača, nego i preko elektronskih posrednika. Na elektronskom tržištu elektronski trgovci su posrednici, ali oni mogu da preduzimaju radnje da bi održavali elektronsko tržište i da bi razvili elektronsko poslovanje sa drugim elektronskim tržištima. *On-line* zabava i rekreacija omogućena je preko internet servisa koji omogućavaju razmenu pošte, slike, zvuka i distribuciju drugih sadržaja. Elektronsko izdavaštvo uključuje distribuciju pisanih materijala, računarskih softvera, i ostalih sadržaja. *On-line* uprava uključuje postupanje sa dokumentima, internim i eksternim korisnicima i isporučivanje usluga. Elektronsko bankarstvo uključuje korištenje plastičnih kartica, bankomata i EFTPOS aparata, elektronskog novca, Interneta i instrumenata plaćanja preko Interneta, formiranje virtuelnih banaka. Mobilno bankarstvo je poslednji trend u elektronskom bankarstvu. Prvi tehnološki standard za mobilnu telefoniju u Evropi uspostavljen je 1991. godine, kada je postavljena prva GSM (*Global System for Mobile Communication*). Sledeće godine, već ih je bilo više, što je rezultiralo u pojavi *romming* – uspostavljanju komunikacije između više različitih GSM. Danas je GSM u pravom smislu reči globalni. „Mobilno bankarstvo podrazumeva proširenje oblasti elektronskog bankarstva sa kablovima povezanim računarima na bežične računare – PDA (*Personal Digital Assisstant*) i telekomunikacije pomoću mobilnih telefona. Njegovo ishodište je mobilna telefonija sa 3 milijarde korisnika u 2007. godini, koja prevazilazi broj korisnika Interneta.“¹ Novije generacije mobilnih telefona poseduju mogućnost povezivanja na Internet. Iz tog razloga očekivanja su da će u narednim godinama uslediti još veća ekspanzija mobilnog bankarstva u odnosu na internet bankarstvo.

2. TEHNIČKA INFRASTRUKTURA ELEKTRONSKOG POSLOVANJA

Mikroelektronska faza razvoja elektronike zvanično je započela 1971. godine, kada je konstruisan prvi mikroprocesor kompanije *Intel* iz Sjedinjenih Američkih Država (SAD)². Nakon 1971. godine “napor istraživača bio je usmeren na povećanje

¹ Uroš, T., *Elektronsko bankarstvo*, Beogradska poslovna škola Visoka škola strukovnih studija, Beograd 2008, s. 144.

² Međutim, suštinski, razvoj mikroelektronike, započeo je 1948. godine, kada je konstruisan tranzistor. Tranzistor je nov poluprovodnički element sa tri izvoda. Ovaj nov elektronski element sposoban je da vrši pojačanje napona i struje, ali mu nisu potrebni poseban strujni izvor i vreme za grejanje, nego je spreman za rad odmah po uključenju u električno kolo. U 1958. Godini, Džek Kilbi napravio je, na bazi tranzistora, integralno kolo na nov način. On nije povezoao tranzistor i prateće komponente (diode i kondenzatore) žicom, nego ih je ugradio u komad od istog materijala - germanijuma. Kasnije je ovo integralno kolo nazvano mikročip, a Robert Nojs ga je ugradio na silicijum.

tzv. gustine ‘pakovanja’ tranzistora na jednom čipu što je omogućilo konstrukciju sve bržih i minijaturnijih mikrokompjutera, kao važnog sredstva za korenitu promenu u pristupu dotadašnjih mašina koje su izložene neslućenim mogućnostima automatskog (digitalnog) upravljanja. Jedan od osnivača *Intela*, Gordon Mur, još 1965. godine, izneo je predviđanje da će se moć procesiranja silikonskog čipa podvostručavati svakih 18 meseci. To je kasnije nazvano Murov zakon, a praksa je pokazala čak i brže uvećanje mogućnosti čipova. Ovome je mnogo doprinela i tehnologija novih materijala (sa silicijumskih čipova prešlo se na galijum – arsenidove), pa se danas sve više razvijaju tzv. biočipovi i fotočipovi, što će još više omogućiti i minijaturizaciju i proširenje njihove upotrebe. Podatak Udruženja industrije poluprovodnika da je 2001. godine proizvedeno mikročipova koji odgovara broju od 60 miliona tranzistora po svakom stanovniku Zemlje, a da će do 2010. godine to iznositi čitavu milijardu, najbolje ilustruje nesagledivu ekspanziju kompjuterske tehnologije.”³

Na bazi biočipa danas se razvija šesta generacija kompjutera. Tokom godina izvršena je kompjuterizacija najrazličitijih oblasti ljudske delatnosti. Razvoj kompjutera pratio je i razvoj mrežnih struktura. Danas je veoma razvijeno umreženje više kompjuterskih jedinica, kako u nacionalne, tako i internacionalne mreže. Kompjuterske mreže su integrisani informacioni sistemi, koje podržavaju veliki računari, serveri. One predstavljaju tehničku i tehnološku podlogu za razvoj novog informacionog i telekomunikacionog prostora. Računarska mreža je skup međusobno povezanih računara, perifernih uređaja i drugih resursa. Svaki uređaj koji komunicira sa drugim uređajima u mreži, naziva se mrežni čvor. U zavisnosti od međusobne udaljenosti računarskih resursa i načina organizacije telekomunikacionih komponenti radi formiranja mreže, klasifikacija mreža može se izvršiti na osnovu geografskog područja koje pokrivaju: 1. *LAN mreža* - koja pokriva uža geografska područja do nekoliko kilometara; 2. *MAN mreža* - koja pokriva područje oko 10 do 30 kilometara; 3. *Wan MREŽA* - koja pokriva široka geografska područja.

Internet je velika svetska mreža *WAN (Wide Area Network)* koja danas povezuje na desetine hiljada različitih *LAN mreža* sa više stotina miliona korisnika. Razvoj globalnih informacionih mreža, kao što je Internet, omogućio je digitalnu integraciju planete. Internet je globalna računarska mreža koja ima za cilj da poveže računare širom sveta i omogući njihovu direktnu međusobnu komunikaciju. Internet, povezujući kompjutere, povezuje, *de facto*, ljude.

„Tehničku definiciju Interneta dao je Savezni odbor za mreže SAD 1995. godine i ona u skraćenoj verziji glasi: Internet je globalni informacioni sistem, logički povezan jedinstvenim sistemom adresiranja, zasnovanim na internet protokolima (*IP – Internet Protocol*), koji je u stanju da podrži komunikaciju uz pomoć protokola za kontrolu prenosa podataka (*TCP – Transfer Control Protocol*) putem Internet protokola (*TCP/IP*) i koji obezbeđuje, koristi ili omogućava servise visokog napona za ličnu i poslovnu primenu na takvoj komunikacionoj infrastrukturi. Jednostavnije rečeno, Internet je svetska (računarska) komunikaciona mreža ili mreža svih mreža,

³ Pokrajac, S., *Tehnologizacija i globalizacija*, SDPublic, Beograd 2004, s. 20-22.

koja se sastoji od velikog broja zasebnih računara uvezanih u mrežnu strukturu.⁴⁴

Preteča Interneta je ARPANet - projekat Ministarstva odbrane SAD, koji je bio namenjen isključivo vojnim potrebama, kao sredstvo komunikacije u uslovima nuklearnog rata. Internet je nastao 1980-ih godina, tako što su se, nakon što se vojni segment sa mreže isključio, na mrežu počele priključivati pre svega državne i obrazovne institucije. Internet je od obrazovne mreže prerastao u javnu globalnu mrežu, koja se danas koristi i u poslovne svrhe, zahvaljujući usluzi WWW (*World Wide Web*).

WWW je servis – skup programa ili mreža programa koju je, 1989. godine, napravio Tim Berners Lee, rukovodilac Evropskog centra za nuklearna istraživanja iz Švajcarske, sa svojim saradnicima. Preko WWW omogućen je pristup milionima stranica koje sadrže tekst, slike, grafikone, audio zapise i tzv. *hyperlynks*, koji obezbeđuju korisniku da prelazi lako sa jedne stranice sajta na drugu. Stranice na Internetu se preko ovog programa otvaraju jedna u drugoj upotrebom ključnih reči – keywords. WWW ili skraćeno Web danas je praktično sinonim za Internet. “Web je elektronska prezentacija bazirana na tehnologiji poznatoj kao hipertekst. Hipertekst omogućuje da dokument linkovima bude povezan sa neograničenim brojem drugih dokumenata koji mogu sadržavati tekst, sliku, zvuk, video ili bilo šta drugo na bilo kom drugom računaru širom Interneta. Ova tehnologija praktično omogućuje da kliknuvši mišem na link u jednom dokumentu dođemo do nekog drugog dokumenta, i tako redom, bez obzira na kom se, od više miliona računara povezanih u svetsku računarsku mrežu, taj dokument nalazi. Ulaskom u prvu web-prezentaciju, vi ste se našli u kibernetičkom - sajberprostoru (*cyberspace*) među više desetina miliona stranica teksta, slika i drugih multimedijalnih sadržaja, bez obzira na kom se mestu na zemaljskoj kugli oni nalaze. World Wide Web je danas najmoćniji i najfleskibilniji Internet navigacioni sistem koji postoji. Da bi koristili WWW neophodno je da na svom računaru imate instaliran softver za čitanje WWW.”⁵

Kada je, zahvaljujući WWW, Internet počeo da se koristi u poslovne svrhe, uslovio je razvoj informacionih sistema. Nakon što su u početku unapređeni samo pojedini segmenti poslovnog ciklusa, danas su razvijeni informacioni sistemi koji obezbeđuju odvijanje poslovnih procesa u celovitosti – od sklapanja do realizacije posla. Kao rezultat implementacije ovih sistema, došlo je do globalizacije poslovnih procesa i ubranog razvoja elektronskog poslovanja.

U elektronskom poslovanju koriste se, umesto papirnatih dokumenata, elektronska dokumenta. Elektronska dokumenta, da bi bila važeća, uključuju elektronski potpis. Svaka država zakonima precizno definiše i reguliše segmente elektronskog poslovanja, elektronsku trgovinu, elektronsko bankarstvo, elektronske berze, prava i dužnosti učesnika u elektronskom poslovanju, kao i elektronski dokument i potpis i instrumente elektronskog platnog prometa.

⁴ Anucojić, D., *Internet i elektronsko poslovanje*, USEE Fakultet za pravne i poslovne studije Novi Sad, Novi Sad 2008, s. 13.

⁵ Ibidem. s. 37.

3. ODREDBE ZAKONA R. SRBIJE KOJIMA SE DEFINIŠE ELEKTRONSKO POSLOVANJE

3.1. Elektronski dokument

Digitalizacija je prenošenje dokumenata iz drugih oblika u elektronski oblik preko informacionog sistema. Za izradu, slanje, prijem, proveru i čuvanje elektronskih dokumenata koristi se informacioni sistem. Informacioni sistem je skup programa, informacionih i telekomunikacionih uređaja. Elektronski dokument⁶ je skup podataka sastavljen od slova, brojeva, simbola, grafičkih, zvučnih i video-zapisa sadržanih u podnesku, pismu, rešenju, ispravi ili bilo kom drugom aktu koji sačine pravna i fizička lica ili organi vlasti, radi korišćenja u pravnom prometu ili u upravnom, sudskom ili drugom postupku pred organima vlasti, ako je elektronski izrađen, digitalizovan, poslat, primljen, sačuvan ili arhiviran na elektronskom, magnetnom, optičkom ili drugom mediju. Elektronski dokument izrađuje se primenom bilo koje dostupne i upotrebljive informaciono-komunikacione tehnologije. Elektronski dokument sadrži unutrašnju i spoljnu formu prikaza. Unutrašnja forma prikaza sastoji se od tehničko-programske forme zapisivanja sadržine elektronskog dokumenta. Spoljna forma prikaza sastoji se od vizuelnog ili drugog razumljivog prikaza sadržine elektronskog dokumenta na ekranu računarskog ili drugog elektronskog uređaja. Elektronski dokument nosi vremenski žig. Vremenski žig je zvanično vreme pridruženo elektronskom kojim se potvrđuje sadržaj elektronskog dokumenta u određeno vreme. Posebnim pravilnikom propisani su bliži uslovi i postupak registracije izdavaoca vremenskog žiga, bliži uslovi koje mora da ispunjava sistem za formiranje vremenskog žiga, bliža sadržina zahteva za formiranje vremenskog žiga, bliži sadržaj strukture podataka vremenskog žiga, postupak označavanja vremena koje je sadržano u vremenskom žigu, kao i sadržaj i način vođenja Registra izdavaoca vremenskog žiga.⁷ Elektronski dokument dostavlja se putem elektronske pošte. Elektronski dokument ne može imati kopiju u elektronskom obliku. Kopija elektronskog dokumenta na papiru izrađuje se overom štampanog primerka spoljne forme prikaza elektronskog dokumenta.

3.2. Elektronski potpis

Elektronski potpis je skup podataka u elektronskom obliku koji su pridruženi ili su logički povezani sa elektronskim dokumentom i koji služe za identifikaciju potpisnika. Podaci koji služe za formiranje elektronskog potpisa su jedinstveni podaci, kao što su kodovi ili privatni kriptografski ključevi (šifre), koje potpisnik koristi za izradu elektronskog potpisa. Sredstva za formiranje elektronskog potpisa su odgovarajuća tehnička sredstva (softver i hardver) koja se koriste za formiranje elektronskog potpisa, uz korišćenje podataka za formiranje elektronskog potpisa.

⁶ Zakon o elektronskom dokumentu, *Sl. glasnik RS*, br. 51/2009.

⁷ Pravilnik o izdavanju vremenskog žiga, *Sl. glasnik RS*, br. 112/2009.

Kvalifikovani elektronski potpis je elektronski potpis kojim se pouzdano garantuje identitet potpisnika (koji potpisuje elektronski dokument u svoje ime ili u ime pravnog ili fizičkog lica), integritet elektronskih dokumenata, i onemogućava naknadno poricanje odgovornosti za njihov sadržaj i ispunjava uslove predviđene Zakonom. Sredstva za formiranje kvalifikovanog elektronskog potpisa su sredstva za formiranje elektronskog potpisa koja ispunjavaju uslove predviđene Zakonom.

Kvalifikovani elektronski potpis⁸ mora da zadovolji sledeće uslove: isključivo je povezan sa potpisnikom; nedvosmisleno identifikuje potpisnika; nastaje korišćenjem sredstava kojima potpisnik može samostalno da upravlja i koja su isključivo pod nadzorom potpisnika; direktno je povezan sa podacima na koje se odnosi, i to na način koji nedvosmisleno omogućava uvid u bilo koju izmenu izvornih podataka; formiran je sredstvima za formiranje kvalifikovanog elektronskog potpisa; proverava se na osnovu kvalifikovanog elektronskog sertifikata potpisnika.

Sredstva za formiranje kvalifikovanog elektronskog potpisa su sredstva koja moraju da obezbede:

- da se podaci za formiranje kvalifikovanog elektronskog potpisa mogu pojaviti samo jednom i da je obezbeđena njihova poverljivost;
- da se iz podataka za proveru kvalifikovanog elektronskog potpisa, ne mogu u razumno vreme i trenutno dostupnim sredstvima, dobiti podaci za formiranje kvalifikovanog elektronskog potpisa;
- da kvalifikovani elektronski potpis bude zaštićen od falsifikovanja, upotrebom trenutno dostupne tehnologije;
- da podaci za formiranje kvalifikovanog elektronskog potpisa budu pouzdano zaštićeni od neovlašćenog korišćenja.

Sredstva za formiranje kvalifikovanog elektronskog potpisa, prilikom formiranja potpisa, ne smeju promeniti podatke koji se potpisuju ili onemogućiti potpisniku uvid u te podatke pre procesa formiranja kvalifikovanog elektronskog potpisa.

Tehničko-tehnološki postupci za formiranje kvalifikovanog elektronskog potpisa i kriterijumi koje treba da ispune sredstva za formiranje kvalifikovanog elektronskog potpisa, regulisani su posebnim Pravilnikom.⁹

Sredstva za proveru kvalifikovanog elektronskog potpisa su sredstva koja obezbeđuju:

- pouzdano utvrđivanje da podaci korišćeni za proveru elektronskog potpisa odgovaraju podacima prikazanim licu koje vrši proveru;
- pouzdano verifikovanje potpisa i korektno prikazivanje rezultata provere;
- omogućavanje pouzdanog uvida u sadržaj potpisanih podataka;
- pouzdano verifikovanje autentičnosti i validnosti elektronskog sertifikata potpisnika u trenutku provere elektronskog potpisa;

⁸ Zakon o elektronskom potpisu, *Sl. glasnik RS*, br. 135/2004.

⁹ Pravilnik o tehničko-tehnološkim postupcima za formiranje kvalifikovanog elektronskog potpisa i kriterijumima koje treba da ispune sredstva za formiranje kvalifikovanog elektronskog potpisa, *Sl. glasnik RS*, br. 26/08, 13/2010.

- korektno prikazivanje identiteta potpisnika;
- da se bilo koje izmene u potpisanim podacima pouzdano otkriju.

Elektronski sertifikat je elektronska potvrda kojom se potvrđuje veza između podataka za proveru elektronskog potpisa i identiteta potpisnika. Posebnim pravilnikom regulisani su bliži uslovi za izdavanje kvalifikovanih elektronskih sertifikata.¹⁰ Elektronske sertifikate izdaje sertifikaciono telo. Sertifikaciono telo je pravno lice koje drugim pravnim i fizičkim licima pruža usluge izdavanja elektronskih sertifikata. Posebnim pravilnicima regulisan je Registar sertifikacionih tela¹¹ i Evidencija sertifikacionih tela¹².

3.3. Elektronska trgovina

Svetska trgovinska organizacija (STO) definiše elektronsku trgovinu kao proizvodnju, distribuciju, marketing, prodaju i isporuku proizvoda i usluga pomoću elektronskih sredstava. STO elektronsku trgovinu posmatra kao razmenu za koju važe pravila i propisi, kao i za konvencionalne transakcije.¹³ U istom Izveštaju UN navodi se i stav OECD o elektronskoj trgovini i transakcijama. OECD naglašava značaj Internet mreže, tržišnih učesnika u poslu koji se ugovara preko Interneta i samom procesu trgovine i plaćanja, koje može biti onlajn ili oflajn (elektronskim putem ili preko tradicionalnih instrumenata plaćanja).

Elektronska trgovina je, najjednostavnije rečeno, upotreba Interneta za obavljanje poslovnih transakcija. To je digitalno omogućena transakcija između tržišnih transaktora. Komercijalna transakcija obuhvata razmenu vrednosti (novca) za proizvode i usluge, a digitalno omogućena transakcija znači da se transakcija vrši preko digitalne tehnologije. Elektronsku trgovinu karakteriše: 1. razmena digitalnih informacija između učesnika razmene; 2. vrši se na osnovu tehnologije, a ne u interakciji ljudi; 3. obuhvata sve aktivnosti koje direktno ili indirektno podržavaju ovu razmenu (odnosi sa kupcima, dobavljačima, partnerima i konkurencijom na tržištu).

U R.Srbiji elektronsko poslovanje definisano je Zakonom o trgovini i posebnim Zakonom o elektronskoj trgovini. U Zakonu o trgovini¹⁴, između ostalog, utvrđeno je sledeće: Trgovina je skup poslovnih aktivnosti prometa (nabavke i prodaje) robe, odnosno usluga na tržištu sa ciljem ostvarivanja dobiti, kao i drugog društveno-ekonomskog cilja. Tržište je institucionalno uređen odnos između subjekata ponude i tražnje sa ciljem prometa robe i usluga. Trgovina može da se obavlja na veliko i

¹⁰ Pravilnik o bližim uslovima za izdavanje kvalifikovanih elektronskih sertifikata, *Sl. glasnik RS*, br. 26/2008.

¹¹ Pravilnik o registru sertifikacionih tela za izdavanje kvalifikovanih elektronskih sertifikata u R. Srbiji, *Sl. glasnik RS*, br. 26/2008.

¹² Pravilnik o evidenciji sertifikacionih tela, *Sl. glasnik RS*, br. 48/05, 82/05, 116/05.

¹³ *E-Commerce and Development Report 2001, United Nations Conference on Trade and Development, www.unctad.org*, datum pristupa 30. april 2011.

¹⁴ Zakon o trgovini, *Sl. glasnik RS*, br. 53/2010.

malo. Trgovina na veliko je skup svih poslovnih aktivnosti u vezi sa prodajom roba i usluga licima koja kupuju radi dalje prodaje ili korišćenja u poslovne svrhe. Trgovina na malo je prodaja roba i usluga potrošačima, radi zadovoljavanja ličnih potreba ili potreba domaćinstva. Prema mestu trgovine, trgovina se može obavljati u prodajnom objektu ili van prodajnog objekta. Trgovina van prodajnog objekta može da se obavlja kao trgovina na malo. Trgovina na malo van prodajnog objekta može da se obavlja između ostalog i kao daljinska trgovina na malo. U Zakonu je utvrđeno da je daljinska trgovina na malo prodaja roba i usluga koju trgovac vrši ponudom putem sredstava komunikacije potrošaču, koji nije neposredno prisutan i da je daljinska trgovina na malo, naročito elektronska trgovina, kataloška prodaja, kao i TV prodaja, trgovina putem pošte, štampanih pošiljki, reklamnih materijala sa narudžbenicom, telefonom, tekstualnih i multimedijalnih poruka u mobilnoj telefoniji i automata.

Znači, Zakonom o trgovini utvrđeno je da je elektronska trgovina robom i uslugama daljinska trgovina. Uslovi i način pružanja usluga informacionog društva, obaveze informisanja korisnika usluga, komercijalna poruka, pravila u vezi sa zaključenjem ugovora u elektronskom obliku, odgovornost pružaoca usluga informacionog društva, nadzor i prekršaji uređeni su u Zakonu o elektronskoj trgovini.¹⁵ Usluga informacionog društva je usluga koja se pruža na daljinu uz naknadu putem elektronske opreme za obradu i skladištenje podataka, na lični zahtev korisnika usluga, a posebno prodaja robe i usluga putem Interneta, nuđenje podataka i reklamiranje putem Interneta, elektronski pretraživači, kao i omogućavanje traženja podataka i usluga koje se prenose elektronskom mrežom, obezbeđivanje pristupa mreži ili skladištenje podataka korisnika usluga. Pružalac usluga informacionog društva je pravno lice ili preduzetnik koji pruža usluge informacionog društva. Potrošač je svako fizičko lice koje zaključuje pravni posao na tržištu u svrhe koje nisu namenjene obavljanju njegovog zanimanja, poslovne aktivnosti ili preduzetničke delatnosti. Ugovor u elektronskoj formi je ugovor koji pravna i fizička lica zaključuju, šalju, primaju, raskidaju, otkazuju, kome pristupaju i koji prikazuju elektronskim putem uz korišćenje elektronskih sredstava.

Pružanje usluga informacionog društva je slobodno. Za pružanje usluga informacionog društva nije potrebna posebna dozvola ili odobrenje. Pružalac usluga mora, pre nego što otpočne da obavlja delatnost pružanja tih usluga, da bude registrovan u Registru privrednih subjekata kod Agencije nadležne za registar privrednih društava. Ugovor između prodavca i kupca može biti zaključen elektronskim putem, odnosno u elektronskoj formi. Ponuda i prihvatanje ponude mogu se dati elektronskim putem, odnosno u elektronskoj formi. Kada se elektronska poruka, odnosno elektronska forma, koristi prilikom zaključenja ugovora, takvom ugovoru se ne može osporiti punovažnost samo zbog toga što je sačinjen u elektronskoj formi. Kada se za punovažnost ugovora zahteva potpis lica, smatra se da taj uslov zadovoljava elektronska poruka potpisana kvalifikovanim elektronskim potpisom.

¹⁵ Zakon o elektronskoj trgovini, *Sl. glasnik RS*, br. 41/2009.

Za elektronsku trgovinu, kao i za tradicionalne prodavnice, značajni su: 1. lokacija, zbog obima prometa odnosno posećenost potencijalne klijentele (npr. da li prodavati preko virtuelnog tržišnog centra, portala ili preko sajta drugog prodavca); 2. imidž (ime sajta kako bi se lako zapamtilo i lako pronašla onlajn prodavnica); 3. bezbednost posla; 4. realizacija posla, isporuka i plaćanje.

Poslovanje preko Interneta prate i novi instrumenti sistema plaćanja: sistem onlajn plaćanja smart karticom, digitalni novčanik (*Digital wallet*), digitalni novac (*Digital cash/e-cash*), sistemi onlajn računa na bazi prethodno obezbeđenih sredstava (*Online stored-value systems*), sistemi digitalnog plaćanja akumulisanih zaduženja (*Digital accumulating balance payment systems*), digitalni tekući i čekovni računi (*Digital checking*).

Generalno, može se reći da su plaćanja preko Interneta mnogo jednostavnija za fizička lica, zato što pravna lica veoma često moraju da razmene veoma mnogo dokumenata (narudžbenica, profaktura, faktura, teretnica, kreditnih pisama itd.). Pored toga, transakcije koje obavljaju fizička lica daleko su manje po vrednosti (mala plaćanja) od transakcija koje vrše pravna lica (velika plaćanja). Ono što je zajedničko i najvažnije i za fizička i za pravna lica, bez obzira koliki su transferi u pitanju ili koliko je dokumentacije potrebno, jeste sigurnost sistema plaćanja.

3.4. ELEKTRONSKI PLATNI PROMET¹⁶

Primena savremene informacione i komunikacione tehnologije u poslovne svrhe rezultirala je pojavom elektronskog novca i elektronskog platnog prometa. Za razliku od papirnog novca, kojim se vrednost stavlja na papir, instrumenti elektronskog platnog prometa vrednost izražavaju nizom cifara. To je sistem u kome se plaćanje obavlja prenosom brojeva sa jednog računa na drugi, bez papira. Gotovinski platni promet, sam po sebi uključuje prisustvo papira. Međutim, i za žiralni platni promet potreban je veoma velik broj papirnatih dokumenata i, konačno, dosta vremena za transfer. Transfer digitalnog novca i instrumenata i sistema elektronskog platnog prometa odvija se preko nekih od elektronskih sredstava (*Electronic Funds Transfer – EFT*). Elektronski platni promet odvija se bez papira i velikom brzinom, trenutnim prenosom informacije u realnom vremenu o izvršenim uplatama na račun

¹⁶ Za razumevanje elektronskog platnog prometa potrebno je praviti razliku između: 1. platnog prometa kao posla poslovnih banaka kod kojih pravna i fizička lica otvaraju žiro i tekuće račune i preko kojih se instrumentima platnog prometa obavljaju plaćanja, analogno i elektronski; 2. međubankarskog obračuna, odnosno platnog prometa između poslovnih banaka (koje otvaraju svoj obračunske račune kod Narodne banke Srbije - NBS) i Narodne banke Srbije; 3. međunarodnog platnog prometa koji se odvija preko međunarodnih međubankarskih poslovnih mreža (SWIFT). Takođe, treba praviti razliku između sistema plaćanja koje podržava softver određene poslovne banke i instrumenata i sistema plaćanja preko Interneta. Do formiranja Interneta kao globalne mreže, platni promet obavljao se preko poslovnih bankarskih mreža za velika plaćanja- platni promet pravnih lica. Nakon formiranja javne računarske mreže - Interneta, bankarska industrija izbegla je veoma skupo investiranje u posebnu infrastrukturu za organizaciju platnog prometa za privatna lica, tako što je u te svrhe iskoristila infrastrukturu Interneta.

i isplatama sa računa.¹⁷ Iz tog razloga, savremeni novac postaje novčana informacija.

Platni sistem čini skup obračunskih sistema i instrumenata plaćanja neke zemlje, koji su na raspolaganju stanovništvu i privredi. U Srbiji, Narodna banka Srbije (NBS) uređuje, nadgleda i unapređuje nesmetano funkcionisanje platnog sistema.¹⁸ Platni promet su sva plaćanja izražena u novčanoj jedinici po osnovu izmirivanja obaveza za robe i usluge i po osnovu finansijskih odnosa pravnih lica i stanovništva. Plaćanje je prenos novčanih sredstava sa jednog lica na drugo. Nosioci ili operatori platnog prometa u Srbiji su pored NBS, poslovne banke i preduzeća PTT.¹⁹ Međutim, nosioci elektronskog platnog prometa su samo NBS i plaćanja. Učesnici platnog prometa, uključujući i sve nedepozitne finansijske institucije (koje nisu banke), otvaraju račun kod banke. Pod računom preko koga se obavlja platni promet podrazumeva se tekući, žiro i drugi račun, uključujući i račun za izvršenje jedne transakcije koji može da se otvori na osnovu ugovora između banke i klijenta.

Bezgotovinski platni promet do pojave digitalnog novca vršio se preko analognih transakcija (telegrafskim putem). Elektronski platni promet je način prenosa naloga za plaćanje i drugih podataka u transakciji plaćanja - telekomunikacijski ili fizičkom isporukom traka, disketa i sličnih nosilaca podataka.²⁰ Nalog za plaćanje u elektronskoj formi (kao i u pisanoj formi ili usmeno ako je o tome potpisan Ugovor sa bankom) može da pošalje ili primi samo banka. Nalozi za plaćanje ispostavljaju se na jedinstvenim instrumentima platnog prometa. Elektronski platni promet²¹ obavlja se razmenom elektronskih poruka kroz informacione sisteme učesnika u transakciji plaćanja. Elektronska poruka je informacija (elektronski nalog ili drugi finansijski dokument) koja je generisana, poslana, proverena, primljena i sačuvana elektronski. Jedina razlika između naloga za plaćanje koji se ne prenosi na elektronski način i elektronskog naloga za plaćanje je u obavezi da elektronski nalog mora da sadrži i elemente za proveru autentičnosti i tačnosti naloga i autentičnosti podnosilaca. Validnom elektronskom porukom smatra se svaka elektronska poruka propisanog for-

¹⁷ Bezgotovinski platni promet, prema sistemu saldiranja transakcija, može biti sistem neto obračuna (*Net Settlement System - NTS*) i sistem bruto obračuna (*Gross Settlement System - GSS*). Saldiranje kod sistema neto obračuna zasniva se na saldiranju ukupnih priliva i ukupnih odliva sredstava na kraju radnog dana ili nekoliko puta u toku dana (*Designated Time System*). Ovom transferu može, ali i ne mora da prethodi međusobno poravnanje učesnika, izračunavanje razlike između ukupnog priliva i ukupnog odliva učesnika i nakon toga obavljanju transfera neto iznosa sredstava - utvrđene razlike. Saldiranje kod sistema bruto obračuna zasniva se na kontinuelnom saldiranju svake pojedinačne transakcije, saldiranju u realnom vremenu svake pojedinačne transakcije – RTGS (*Real Time Gross Settlement System*). Za razliku od sistema neto obračuna, transfer pojedinačnih plaćanja ne vezuje se sa drugim pojedinačnim plaćanjima, tako da se transfer sredstava uvek završava tokom dana. Elektronski platni promet omogućava saldiranje transakcija po sistemu bruto obračuna, trenutno, u realnom vremenu – RTGS platni promet.

¹⁸ Zakon o NBS, Sl. glasnik RS, br. 72/03, 55/04, 85/05 i 44/10.

¹⁹ Zakon o platnom prometu, Sl. list SRJ, 3/02, 5/03 i Sl. glasnik RS, 43/04, 62/06, 111/09, 31/11.

²⁰ Zakon o platnom prometu, Sl. list SRJ, 30/02, 5/03, Sl. glasnik RS, 43/04, 62/06, 111/09, 31/11.

²¹ Elektronski platni promet regulisan je, osim Zakonom o platnom prometu, i Odlukom NBS o elektronskom načinu obavljanja platnog prometa

mata, koja je overena elektronskim potpisom i primljena i za koju se utvrdi da sadrži podatke koji nisu menjani od trenutka kada ju je registrovani učesnik u elektronskom platnom prometu, ili ovlašćeno lice učesnika, poslalo. Elektronski prenos novčanih sredstava između klijenata u platnom prometu smatra se elektronskom platnom transakcijom. Elektronska platna transakcija smatra se okončanom kad krajnji subjekt primi elektronsku poruku ili, ako je dogovoreno, kada pošiljalac primi potvrdu o njenom prijemu. Učesnici u elektronskom platnom prometu dužni su da elektronsku poruku čuvaju najmanje pet godina posle isteka godine u kojoj je izvršena elektronska platna transakcija, kao i podatke i sredstva za verifikaciju autentičnosti te poruke.

Elektronske poruke za elektronski način obavljanja platnog prometa razmenjuju se kroz mrežu NBS ili kroz SWIFT mrežu.²² Za proveru autentičnosti elektronskih poruka i ispravnosti prenosa tih poruka kroz mrežu NBS, koristi se tehnologija javnih ključeva. NBS vrši sertifikaciju javnih ključeva koji se koriste u obavljanju elektronskog platnog prometa između NBS i banaka. Učesnicima javne i tajne ključeve generiše i obezbeđuje NBS. NBS učesnicima obezbeđuje i softver koji, na osnovu javnih i tajnih ključeva učesnika i NBS-a, proverava kod učesnika autentičnost elektronskih poruka i ispravnost njihovog prenosa. Softver proverava i kod NBS autentičnost primljenih elektronskih poruka i ispravnost njihovog prenosa. Proveru autentičnosti i ispravnost prenosa elektronskih poruka kroz SWIFT mrežu obezbeđuje SWIFT.²³

Format i namena poruka za razmenu podataka u obavljanju poslova platnog prometa posebno su propisani. Elementi na osnovu kojih se proverava autentičnost i tačnost elektronskih naloga za plaćanje i autentičnost njihovih podnosilaca obezbeđuje SWIFT softer – ako se poruke za razmenu podataka šalju kroz SWIFT mrežu. Za poruke za razmenu podataka koje se šalju kroz mrežu NBS, NBS obezbeđuje elemente na osnovu kojih se proverava autentičnost i tačnost elektronskih naloga za plaćanje i autentičnost njihovih podnosilaca.²⁴

Instrumenti platnog prometa od značaja za elektronsko poslovanje su bezgotovinski instrumenti: nalog za prenos i nalog za naplatu i platna kartica – specijalni instrument plaćanja.²⁵

Kao što sva pravna lica imaju kod banaka otvoren žiro- račun sa koga vrše plaćanja – poslovi platnog prometa, tako sve banke imaju otvoren obračunski račun

²² SWIFT (*Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication*) je Udruženje za međubankarski prenos finansijskih sredstava elektronskim putem u RTGS sistemu u sopstvenoj telekomunikacionoj mreži. Naša zemlja uključena je u SWIFT mrežu 1989. godine. U SWIFT je umreženo oko 8000 finansijskih institucija iz oko 200 zemalja.

²³ Uputstvo za sprovođenje odluke o elektronskom načinu obavljanja platnog prometa, NBS, 2010. <http://www.nbs.rs/export/internet/latinica/> posećeno dana 4. maja 2011.

²⁴ Uputstvo o formatu i nameni poruka za razmenu podataka u obavljanju poslova platnog prometa, NBS, 2009. <http://www.nbs.rs/export/internet/latinica/> posećeno dana 4. maja 2011.

²⁵ Odluka o obliku, sadržini i načinu korišćenja jedinstvenih instrumenata platnog prometa, NBS, <http://www.nbs.rs/export/internet/latinica/> posećeno 4. maja 2011.

kod NBS.²⁶ Обраčunski račun je žiro-račun banke kod NBS (i drugih subjekata koji po Zakonu moraju da se vode kod NBS) preko koga se vrše plaćanja i obračunavaju međubankarska, odnosno međusobna plaćanja. Обраčun označava izvršavanje naloga za plaćanje međubankarskih plaćanja. Меđubankarska plaćanja kod NBS izvršavaju se kao: 1. neto obračun-kliring²⁷, i 2. bruto obračun - RTGS.

Bruto obračun je obračun u realnom vremenu po bruto pincipu (RTGS).²⁸ Učesnici u RTGS su NBS, banke, Ministarstvo finansija R. Srbije preko konsolidovanog računa trezora koji se vodi kod NBS, Centralni registar, depo i kliring hartija od vrednosti i Udruženje banaka i drugih finansijskih institucija Srbije. Učesnici RTGS dužni su, između ostalog, da prijave bankarski kod za identifikaciju i ispune tehničke uslove i standarde za povezivanje s RTGS sistemom. Učesnici u RTGS sistemu dužni su da pri obavljanju obračuna obezbede mere sigurnosti i zaštite, koje se posebno odnose na zaposlene koji učestvuju u poslovima platnog prometa, na kontrolu operacija, na obradu podataka vezanih za rad s RTGS sistemom, kao i na fizičku kontrolu pristupa računarskim resursima povezanim s NBS, a za potrebe izvršenja obračuna u RTGS. Administrator zaštite učesnika u RTGS zadužen je, između ostalog, za: konfigurisanje i administraciju hardverskih i softverskih sistema zaštite koji služe za bezbednu komunikaciju s RTGS sistemom i obavljanje platnog prometa u skladu sa Odlukom NBS kojom se uređuje elektronski način obavljanja platnog prometa i uputstvom za njeno sprovođenje.

Međusobna komunikacija učesnika u RTGS ostvaruje se porukama. Poruka se smatra validnom ako ispunjava sledeće uslove: da je formirana u SWIFT formatu²⁹ u skladu sa uputstvom³⁰ kojim se uređuje format i namena poruka za razmenu podataka u platnom sistemu NBS; da je poslana i primljena na način i po pravilima utvđenim odlukom kojom se uređuje elektronski način obavljanja platnog prometa; da je poslana i primljena u skladu sa Dnevnim terminskim planom RTGS sistema. Učesnik RTGS sistema može biti isključen ako se utvrdi da izaziva tehničke probleme u radu RTGS sistema.

²⁶ Odluka o obračunu i kliringu i o funkcionisanju obračunskih računa banaka kod Narodne banke Srbije, Narodna banka Srbije, *Sl. glasnik R. Srbije*, 57/2004 <http://www.nbs.rs/export/internet/latinica/> posećeno dana 4. maja 2011.

²⁷ Detaljnije Operativna pravila za kliring (neto obračun), NBS, 2004. godina <http://www.nbs.rs/export/internet/latinica/> i Odluka o međubankarskom kliringu plaćanja u devizama, NBS, 2007. <http://www.nbs.rs/export/internet/latinica/> posećeno dana 4. maja 2011.

²⁸ Operativna pravila za obračun u realnom vremenu po bruto principu, NBS, 2004. <http://www.nbs.rs/export/internet/latinica/> posećeno dana 4. maja 2011.

²⁹ Sve umrežene banke moraju imati SWIFT adresu ili BIC kod - jedinstvenu šifru za identifikaciju banaka, s ciljem da se olakša elektronska obrada telekomunikacijskih poruka. SWIFT adresa banke sastoji se od 8 do 11 znakova, grupisanih u sledeće komponente: šifra banke (4 alfabetska znaka), šifra zemlje (2 alfabetska znaka), šifra lokacije (2 alfanumerička znaka) i opciono oznaka filijale banke (3 alfanumerička znaka). Raznovrsnost poruka-naloga uslovlila je uvođenje SWIFT standarda. SWIFT standardi su osnovu za obradu i protok finansijskih transakcija različitih namena. Sve poruke (nalozi) moraju biti usaglašene sa standardima.

³⁰ Uputstvo o formatu i nameni za razmenu podataka u obavljanju poslova platnog prometa, NBS, 2009.

Pored dematerijalizacije novca, izvršena je i dematerijalizacija hartija od vrednosti, što pretpostavlja elektronski upis hartija od vrednosti na računima njihovih vlasnika. Ove poslove obavlja Centralni registar HoV, koji elektronskim putem obavlja razmenu podataka sa svojim članovima, kao i drugim učesnicima u procesu trgovanja HoV. Centralni registar je državna institucija koja obavlja poslove jedinstvene evidencije o zakonitim imaćima hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata (HoV) i o pravima iz HoV, zatim o pravima trećih lica na HoV, kao i poslove kliringa i saldiranja HoV i kliringa i saldiranja novčanih obaveza i potraživanja nastalih po osnovu poslova sa HoV.³¹ Novčani račun Centralnog registra, depoa i kliringa HoV otvara i vodi NBS. Preko novčanog računa Centralnog registra, izvršavaju se novčane obaveze članova Centralnog registra po osnovu trgovanja hartijama od vrednosti. Novčane transakcije preko novčanog računa Centralnog registra obavljaju se isključivo u RTGS. Sva sredstva primljena na račun Centralnog registra moraju biti odmah, a najkasnije do kraja radnog dana, preneti svim članovima – prodavcima hartija od vrednosti, tako da saldo ovog računa na kraju tog dana bude nula.³²

4. KIBERNETIČKI ILI VISOKOTEHNOLOŠKI KRIMINAL

Sve veća potreba da se elektronsko poslovanje zaštiti od kibernetičkih napada i prekida uzrokovana je sve intenzivnijim razvojem ovakvog načina poslovanja. U Evropskoj uniji (EU) saopšteno je da je u 2007. godini aktivno koristilo Internet 93% preduzeća i 51% građana; kupovina i prodaja preko elektronskih mreža učestvuje sa 11% u ukupnom prometu preduzeća EU; 77% firmi koristi bankarske usluge preko Interneta; u 2008. godini broj mobilnih telefona u EU u odnosu na broj stanovnika EU je 119%; komunikaciona infrastruktura podupire funkcionisanje ključnih oblasti od distribucije energije, preko snabdevanja vodom, do saobraćaja i finansija; nesmetano funkcionisanje komunikacione infrastrukture od vitalnog je značaja za evropsku ekonomiju i društvo.³³ U 2008. godini Svetski ekonomski forum procenio je da postoji 10% do 20% verovatnoće da u narednih deset godina dođe do sloma informacionih infrastruktura od vitalnog značaja, što bi uključilo potencijalni globalni trošak od blizu 250 biliona US\$.³⁴ Potencijalne pretnje i šteta koju može da prouzrokuje kibernetički kriminal, uticali su na jačanje svesti o potrebi saradnje država na međunarodnom nivou i preduzimanju mera na zaštitu od kibernetičkog kriminala.

³¹ Zakon o tržištu hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata, *Sl. glasnik RS*, br. 47/06.

³² Odluka o obavljanju platnog prometa preko novčanog računa Centralnog registra, depoa i kliringa hartija od vrednosti, NBS, 2006. <http://www.nbs.rs/export/internet/latinica/> posećeno dana 4. maja 2011.

³³ <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/494&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> posećeno dana 11. marta 2011.

³⁴ „Protecting Europe from large scale cyber-attacks and disruptions: enhancing preparedness, security and resilience” COM 2009(149 final) <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0149:FIN:EN:PDF> posećeno dana 11. marta 2011.

U 2000. godini, na Desetom kongresu UN o sprečavanju kriminala i tretmanu počinioca, usvojen je dokument pod nazivom „Kriminal u vezi sa kompjuterskim mrežama“³⁵ u kome je objašnjena specifičnost kibernetičkog kriminala, koja zahteva poseban tretman nacionalnih vlasti i njihovu saradnju na međunarodnom nivou. Suštinska funkcija kompjuterskog sistema je da obrađuje podatke. Konvencijalno, izraz podatak definiše se kao činjenica, uputstvo ili koncept u obliku koji je pogodan za ljudsko razumevanje ili automatsku obradu. Elektronski podatak predstavlja niz magnetnih spotova na trajnom ili privremenom mediju za skladištenje ili je u formi naelektrisanja kada se prenosi. Sa pravne tačke gledišta, podatak se može smatrati opipljivim materijalnim predmetom, kada ga određeni nosilac može identifikovati i kontrolisati, kao što je npr. podatak na disketi. Generalno, podatak obrađen u kompjuterskom sistemu ne može više da se kvalifikuje i kontroliše kada se prenese. Operativni sistem automatski premešta datoteke sa podacima sa jednog fizičkog mesta na drugo - na medij za skladištenje. U računarskim mrežama distribuisana obrada podataka čini nemogućim onima u kontroli podataka da ustanove fizičku lokaciju cele ili jednog dela datoteke bez posebnih mera. Podatak se tako može kontrolisati samo preko logičnih operacija, a ne fizičkim delovanjima, što čini teškim da se pravno čist podatak tretira kao materijalni predmet. Stoga se kibernetički kriminal definiše kao bilo koji kriminal koji se može počinuti preko računarskog sistema ili mreže ili protiv računarskog sistema ili mreže. U principu, on obuhvata svaki zločin koji se može izvršiti u elektronskom okruženju. Kriminal se stoga odnosi na forme ponašanja koje su generalno definisane kao nelegalne, ili će verovatno biti kriminalizovane u kratkom vremenskom periodu.

Postoje dve vrste kibernetičkog kriminala:

a) kibernetički kriminal u užem smislu (kompjuterski kriminal): bilo koje nelegalno ponašanje usmereno preko elektronskih operacija na sigurnost kompjuterskih sistema i podataka koje se na njima obrađuju;

b) kibernetički kriminal u širem smislu (kriminal koji je u vezi sa kompjuterom): bilo koje nezakonito ponašanje počinjeno pomoću kompjuterskog sistema ili mreže ili je u vezi sa kompjuterskim sistemom i mrežom, uključujući takav kriminal kao što je nezakonito posredovanje, nuđenje ili distribuiranje informacija preko kompjuterskih sistema ili mreža.

Bezbednost kompjuterskih sistema i podataka može se opisati preko tri principa: 1. obezbeđenje poverljivosti, 2. obezbeđenje integriteta ili raspoloživosti podataka i 3. obezbeđenje funkcija obrade. Pod povrede ovih principa uključuje se: 1. neovlašteni pristup kompjuterskom sistemu ili mreži; 2. oštećenje kompjuterskih podataka ili mreže; 3. kompjuterska sabotaza – znači ubacivanje, menjanje, brisanje ili potiskivanje kompjuterskih podataka ili programa, ili mešanje u kompjuterske sisteme sa namerom da se ometa funkcionisanje kompjuterskog ili telekomunika-

³⁵ <http://www.uncjin.org/Documents/congr10/10e.pdf> posećeno dana 9 marta 2011. godine.

cionog sistema; 4. kompjuterska špijunaža - prisvajanje, obelodanjivanje, transfer ili upotreba poslovne tajne bez ovlašćenja ili pravnog opravdanja sa namerom da se ili uzrokuje ekonomska šteta ovlašćenom licu ili stekne nezakonita dobit za sebe ili treće lice.

S obzirom da određeno ponašanje može biti kriminalizovano u jednoj, ali ne i u nekoj drugoj državi, zajedničko razumevanje razvija se u izvesnim međunarodnim forumima na temu ponašanja u vezi sa kompjuterskim sistemima i mrežama koja bi trebalo kriminalizovati. Na međunarodnom nivou, organizacija zadužena za koordinaciju i registraciju i distribuciju policijskih informacija, koje se tiču pitanja kao što su tražena lica i ukradena imovina, je Interpol (*International Criminal Police Organization*). U svakoj državi postoje nadležni za sprovođenje zakona, koji treba da se bave i ovim kriminalom. U nekim državama već su formirane i specijalizovane jedinice za istraživanje kibernetičkog kriminala. Efikasno sprečavanje i borba protiv kibernetičkog kriminala zahteva koordiniran međunarodni pristup na različitim nivoima. Na nacionalnom nivou istraživanje kibernetičkog kriminala zahteva odgovarajuće osoblje, stručnost i procedure. Ovaj dokument UN ima za cilj da podstakne države da razmotre mehanizme koji omogućavaju pravovremeno i tačno obezbeđenje podataka sa kompjuterskih sistema i mreža da bi potrebni podaci bili dokaz za pravne procedure. Na međunarodnom nivou istraživanje kibernetičkog kriminala zahteva pravovremenu akciju koju treba olakšati koordinacijom između nacionalnih službi i donošenjem odgovarajuće zakonske nadležnosti.

U 2001. godini, Savet Evrope usvojio je Konvenciju o kibernetičkom kriminalu³⁶. Države članice Saveta Evrope usvojile su ovu Konvenciju, između ostalog, zato što su: uverene da je potreba vođenja zajedničke politike suzbijanja kriminala s ciljem zaštite društva od kibernetičkog kriminala od prvenstvene važnosti i to između ostalog usvajanjem odgovarajućih zakonskih propisa i jačanjem međunarodne saradnje; svesne dubokih promena nastalih digitalizacijom, konvergencijom i kontinuiranom globalizacijom kompjuterskih mreža; zabrinute zbog rizika od toga da bi kompjuterske mreže i elektronski podaci mogli biti korišteni za počinjenje krivičnih dela, te da bi dokazi vezani za ta dela mogli biti čuvani i prenošeni putem tih mreža; prepoznajući potrebu za saradnjom između država i privatnog sektora u borbi protiv kibernetičkog kriminala, kao i potrebu za zaštitom legitimnih interesa povezanih s korišćenjem i razvojem informatičkih tehnologija; smatrajući da je za uspešnu borbu protiv kibernetičkog kriminala neophodna veća, brža i uhodana međunarodna saradnja u krivičnim stvarima; uvereni da je ova Konvencija nužna radi odvratanja od zloupotrebe tih sistema, mreža i podataka, kroz inkriminisanje takvih postupaka i usvajanja ovlašćenja dovoljnih za uspešnu borbu protiv takvih krivičnih dela, omogućavajući njihovo lakše otkrivanje, istragu u gonjenje, kako na domaćem, tako i na međunarodnom planu.

³⁶ <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/t-cy/ETS%20185%20B-H.pdf>, posećeno dana 9. marta 2011. godine.

U ovoj Konvenciji definisan je, između ostalog, pojam kompjuterski sistem i kompjuterski podatak. Kompjuterski sistem označava svaki uređaj ili grupu međusobno spojenih ili povezanih uređaja, od kojih jedna ili više njih na osnovu programa automatski obrađuju podatke. Izraz kompjuterski podatak označava svako iskazivanje činjenica, informacija ili koncepata u obliku prikladnom za obradu u kompjuterskom sistemu, uključujući i program koji može prouzrokovati da kompjuterski sistem izvršava određenu funkciju.

Republika Srbija usvojila je Konvenciju o kibernetičkom kriminalu 2005. godine i iste godine donela Zakon o organizaciji državnih organa za borbu protiv visokotehnološkog kriminala.³⁷ U ovom Zakonu utvrđeno je da visokotehnološki kriminal predstavlja vršenje krivičnih dela kod kojih se kao objekat ili sredstvo izvršenja krivičnih dela javljaju računari, računarski sistemi, računarske mreže, računarski podaci, kao i njihovi proizvodi u materijalnom i elektronskom obliku. Pod proizvodima u elektronskom obliku posebno se podrazumevaju računarski programi i autorska dela koja se mogu upotrebiti u elektronskom obliku. Istim Zakonom obrazovano je, pri Javnom tužilaštvu, posebno Odeljenje za borbu protiv visokotehničkog kriminala kojim rukovodi posebni Tužilac za visokotehnološki kriminal i pri Ministarstvu unutrašnjih poslova posebna Služba za borbu protiv visokotehnološkog kriminala.

U Krivičnom zakonu R. Srbije³⁸ definisani su pojmovi od značaja za visokotehnološki kriminal: računar, računarski sistem, računarska, računarski podatak, računarski program, računarski virus. U Glavi 27 Krivičnog zakona, navedena su sledeća dela koja se smatraju krivičnim delom protiv bezbednosti računarskih podataka:

1. oštećenje računarskih podataka i programa – neovlašteno brisanje, izmena, oštećenje, prikrivanje ili drugo delovanje koje čini računarski podatak ili program neupotrebljivim;

2. računarska sabotaza – unošenje, uništenje, brisanje, izmena, oštećenje, prikrivanje ili drugo delovanje koje čini da se računarski podatak ili program uništi ili ošteti računar ili drugi uređaj za elektronsku obradu i prenos podataka, sa namerom da onemogući ili znatno omete postupak elektronske obrade i prenosa podataka koji su od značaja za državne organe i druge službe i subjekte;

3. pravljenje i unošenje računarskih virusa;

4. računarska prevara - unošenje netačnih podataka, propust unošenja tačnog podatka ili na drugi način prikrivanja ili lažnog prikazivanja podataka i na taj način uticanja na rezultat elektronske obrade i prenosa podataka, u nameri da sebi ili drugom pribavi protivpravnu imovinsku korist i time drugom prouzrokuje imovinsku štetu;

5. neovlašteni pristup zaštićenom računaru, računarskoj mreži i elektronskoj obradi podataka;

³⁷ Zakon o organizaciji državnih organa za borbu protiv visokotehnološkog kriminala, *Sl. glasnik RS*, br. 61/05 i 104/09.

³⁸ Krivični zakon, *Sl. glasnik RS*, br. 85/05, 8/05, 107/05, 72/09, 111/09.

6. sprečavanje i ograničavanje pristupa javnoj računarskoj mreži;
7. neovlašteno korišćenje računara ili računarske mreže;
8. pravljenje, nabavljanje i davanje drugom sredstava za izvršenje krivičnih dela protiv bezbednosti računarskih podataka.

Summary

To take advantage of modern information and communication technologies needed for business purposes in addition to network infrastructure, technical standards for the protection and appropriate system and application programs, provide the legal infrastructure. Republic of Serbia is in accordance with international and European documents that regulate this matter has adopted several laws and regulations that created the legal framework necessary for conducting e-business and protection from abuse. The aim is to present and highlight the growing importance of e-business, which requires not only high proficiency in work but also expertise in protecting against possible abuses in dealing with new technologies and also indicate the need for the Republic of Serbia's legal framework for e-business and sanctioning of abuse, for operation down to a smaller number of pieces of legislation.

Key words: *e-business, electronic signatures, electronic documents, electronic commerce, electronic banking, electronic payment transactions, cybercrime*

OBEZBEĐENJE POTRAŽIVANJA BANKARSKOM GARANCIJOM U REPUBLICI SRBIJI I ZEMLJAMA U REGIONU

Dr Miroslav Vrhovšek*
Dr Vladimir Kozar**

***Apstrakt:** U poslovanju privrednih subjekata, pojmom "bankarska garancija" označavaju se različiti pravni instituti, koji imaju za cilj obezbeđenje ispunjenja ugovorom preuzetih obaveza bančinih komitenata. Reč je o različitim sredstvima obezbeđenja, kako personalnim (menično jemstvo, akceptiranje menice, dokumentarni akreditiv i sl.), tako i realnim, odnosno stvarnopravnim (ručna zaloga, hipoteka, založno pravo na hartijama od vrednosti). Obezbeđenje ispunjenja ugovornih obaveza zajednička je odlika navedenih instituta, koji u širem smislu predstavljaju "bankarske garancije" za ispunjenje ugovornih obaveza. Međutim, bankarska garancija u užem smislu je poseban pravni institut koji ima specifične karakteristike, a koje ga, i pored određenih dodirnih tačaka, bitno razlikuju od napred navedenih instituta.¹*

Predmet ovog rada je obezbeđenje potraživanja bankarskom garancijom u Republici Srbiji i zemljama u regionu. Pored odredaba Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine, posebno su analizirane odredbe novog Zakona o obligacionim odnosima iz 2008. godine, koji se primenjuje u Republici Crnoj Gori, kao i odredbe o bankarskoj garanciji na poziv iz Zakona o obveznim odnosima Republike Hrvatske, iz 2005. godine, sa docnijim novelama.

Takođe, ukazano je i na nova rešenja o bankarskoj garanciji u nacrtu Zakona o obligacionim odnosima Federacije BiH/Republike Srpske iz 2003. godine.

Odredbe o bankarskoj garanciji iz navedenih propisa koji važe ili su u nacrtu u zemljama u regionu imaju sličnosti, ali i velike razlike u odnosu na odredbe o bankarskoj garanciji iz Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine.

***Ključne reči:** bankarska garancija; obezbeđenje potraživanja; pisana forma; ništavost; kontragarancija; rok važenja; prenos prava.*

* Dr Miroslav Vrhovšek, profesor emeritus Privredne akademije Novi Sad i naučni savetnik.

** Dr Vladimir Kozar, docent na Pravnom fakultetu za privреду и правосудје Универзитета Привредна академија у Новом Саду и специјални саветник у НЛБ банци АД, Београд.

¹ Vasiljević M., Trgovinsko pravo, Savremena administracija d.d, Beograd, 1995. godina, str. 730.

1. Bankarska garancija u Zakonu o obligacionim odnosima iz 1978. godine

1.1. Pojam i pravna priroda bankarske garancije

Bankarska garancija je bankarski uslužni posao kojim banka garantuje poveriocu da će dužnik uredno izvršiti svoju obavezu, tj. da će poveriocu izmiriti obavezu o dospelosti ako to dužnik ne učini. Banka se kod ovih poslova pojavljuje u ulozi jemca. Bankarska garancija regulisana je u čl. 1083 - 1087. Zakona o obligacionim odnosima.

Bankarskom garancijom obavezuje se banka prema primaocu garancije (korisniku) da će mu za slučaj da mu treće lice ne ispuni obavezu o dospelosti izmiriti obavezu ako budu ispunjeni uslovi navedeni u garanciji. Prema članu 1083. Zakona o obligacionim odnosima, garancija mora biti izdata u pismenoj formi. Iz izložene zakonske definicije pravna teorija je izvela zaključak da je bankarska garancija po svojoj pravnoj prirodi jednostrani pravni posao (jednostrani akt), a ne ugovor, jer obaveza banke prema korisniku garancije nastaje jednostranom izjavom volje banke izraženoj u datoj garanciji.²

Otuda se poverilac iz osnovnog pravnog posla (korisnik garancije) može koristiti garancijom i kada nije saglasan sa njenim uslovima.³

Međutim, postoje i druga mišljenja, prema kojima je bankarska garancija jednostrano-obavezni ugovor između banke i korisnika garancije, jer obaveza nastaje samo za banku. U prilog ovom drugom mišljenju govori i činjenica da je institut bankarske garancije sadržan u drugom delu Zakona o obligacionim odnosima, koji nosi naslov "UGOVORI".

Iako postoje određene sličnosti sa ugovorom o jemstvu, bitna razlika se sastoji u tome što kod jemstva jemac odgovara za tuđu obavezu, dok god bankarske garancije banka odgovara za svoju obavezu i izvršava svoju obavezu, a ne dužnikovu.⁴ Pravna zavisnost jemčeve obaveze u odnosu na obavezu glavnog dužnika iz osnovnog posla označava se kao akcesornost i prema shvatanju pravne teorije i prakse, predstavlja osnovni i glavni kriterijum razlikovanja jemstva od bankarskih garancija. Otuda jemstvo pruža poveriocu sigurnost samo protiv rizika insolventosti dužnika iz glavnog ugovora, ali ne i protiv rizika pravnog postojanja obaveze tog dužnika, npr. ako osnovni posao nije punovažno nastao, ili je kasnije prestao, ili postao nepunovažan.⁵

Bankarska garancija razlikuje se od naloga za plaćanje sa računa. Bankarska garancija je sredstvo obezbeđenja plaćanja u smislu člana 1083. Zakona o obliga-

² Ibidem, str. 733-734.

³ Mićović M., Privredno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke, Kragujevac, 2010. godina, strana 519.

⁴ Besarović I., Poslovno pravo, Drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Intermex, Beograd, 2010. godina, strana 225.

⁵ Vukadinović R., Pravna priroda bankarske garancije na prvi poziv, „Pravna riječ“, časopis za pravnu teoriju i praksu, Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka, 2010. godina, broj 25, str. 45.

cionim odnosima. Bankarska garancija nije nalog za plaćanje sa računa u okviru propisa o platnom prometu.⁶

1.2. Pravni odnosi povodom izdavanja garancije

U pravne odnose povodom izdavanja bankarske garancije stupaju najmanje tri pravna subjekta, i to: nalogodavac (dužnik iz osnovnog pravnog posla), banka koja izdaje garanciju i korisnik garancije (poverilac iz osnovnog pravnog posla zaključenog sa nalogodavcem).

Na osnovu osnovnog ugovora nastaje pravni odnos između poverioca i dužnika koji se posebnom finansijskom klauzulom obavezuje da pribavi garanciju određene banke, radi obezbeđenja poveriočevog potraživanja. Neispunjenje ove obaveze daje poveriocu pravo da raskine ugovor i da od dužnika traži naknadu štete zbog neizvršenja ugovora. Osnovni ugovor može biti ugovor o kreditu, ugovor o prodaji robe ili nepokretnosti, ugovor o građenju, kao i mnoge druge vrste obligacionih ugovora. Poseban značaj imaju ugovori o privatizaciji, ugovori o javnim nabavkama, kao i ugovori o prodaji imovine stečajnog dužnika ili samog stečajnog dužnika kao pravnog lica.

Pravni odnos između nalogodavca (dužnika iz osnovnog pravnog posla), i banke koja izdaje garanciju nastaje zaključenjem ugovora o izdavanju bankarske garancije. Prema svojoj pravnoj prirodi, ovo je ugovor o nalogu, a mogu postojati i elementi ugovora o kreditu. Naime, isplatom iznosa iz garancije korisniku, između banke i nalogodavca za čiji račun je izvršeno plaćanje uspostavlja se kreditni odnos. Izložena situacija nastaje kada nalogodavac na svom računu kod banke nema finansijsko pokriće za izvršenje takvog naloga.

Banka garant je, u stvari, osiguravač u pogledu određenih rizika.⁷ Samo davanje garancije (odnos između banke i nalogodavca) vezuje se za personalitet određene banke i reč je o ugovoru *intuitu personae*. Nakon prijema zahteva za izdavanje bankarske garancije banka vrši proveru boniteta nalogodavca i, po pravilu, prihvata zahtev nalogodavca ukoliko je ta banka poslovna banka dužnika, te kao takva zna za ukupno poslovanje nalogodavca.⁸

Odnos između banke i korisnika garancije uspostavlja se izdavanjem garancije. Izdavanjem garancije za banku nastaje obaveza, da prema uslovima iz garancije, izvrši isplatu garantovanog iznosa. Na taj način nastaje samostalan obligacionopravni odnos između banke - garanta i korisnika garancije. Banka je, dakle, dužnik

⁶ Iz rešenja Višeg privrednog suda u Beogradu, Pž. 7393/96 od 8. oktobra 1996. godine, Petrović Z. - Kozar V., Mega zbirka sudske prakse iz obligacionog prava, Intermex, Beograd, 2009. godina, strana 1220.

⁷ Dukić-Mijatović M., Usklađenost bankarskog sistema Republike Srbije sa svetskim standardima - korporativno upravljanje i aktuelna korporativna praksa, Pravni život br. 12, Beograd, 2008. godina, str. 761-775.

⁸ Iz presude Vrhovnog suda Srbije, Prev. 538/97 od 8. oktobra 1997. godine, Petrović Z. - Kozar V., navedeno delo, strana 1216.

u obligaciji, a bankarska garancija je izvor obligacije, koja se u pravnoj teoriji definiše kao pravni odnos između dve određene strane, na osnovu koga je jedna strana (poverilac, *creditor*) ovlašćena da zahteva od druge strane (dužnik, *debitor*) određeno davanje, činjenje ili uzdržavanje od nečega što bi inače imala prava da učini, a druga strana je dužna da to ispuni. Posmatrano sa stanovišta poverioca, obligacija predstavlja potraživanje, dok sa stanovišta dužnika, ona znači dug.⁹ Pored toga, neispunjenje obaveze iz garancije je osnov za odgovornost banke za štetu koju je korisnik usled toga pretrpeo.

Pored tri navedena odnosa koji uvek postoje, povodom izdavanja bankarske garancije mogu nastati i drugi pravni odnosi. Takvi odnosi nastaju između banke u zemlji korisnika garancije i banke nalogodavca (kontragarancija), ili između dve domaće banke u slučaju supergarancije.

Sudska praksa dala je odgovore na mnoga pitanja koja se tiču navedenih pravnih odnosa u koje stupaju banka - garant, nalogodavac i korisnik garancije.

2. Bankarska garancija u Republici Crnoj Gori

U Republici Crnoj Gori, bankarska garancija uređena je odredbama čl. 1186 - 1190. Zakona o obligacionim odnosima („Službeni list Crne Gore“ br. 47/2008), gotovo na isti način kao i u Zakonu o obligacionim odnosima iz 1978. godine. U potpunosti su preuzete odredbe o pojmu bankarske garancije, izmirenju obaveze iz garancije u novcu, potvrdi garancije (supergaranciji), ustupanju prava iz garancije, kao i garanciji „bez prigovora“, iz čl. 1083. do 1087. Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine.

Jedina razlika sastoji se u tome što je u članu 1186. Zakona o obligacionim odnosima, posle st. 1. i 2, kojima je na isti način definisan pojam bankarske garancije i propisana obavezna pisana forma, dodat treći stav koji predviđa da je ništava garancija koja nije izdata u pisanoj formi. Na ovaj način, zakonodavac u Republici Crnoj Gori izričito je propisao sankciju nedostatka propisane forme, a koja je na opšti način regulisana u član 64. stav 1. istog zakona, u kome je predviđeno da ugovor koji nije zaključen u propisanoj formi nema pravno dejstvo, ukoliko iz cilja propisa kojim je određena forma ne proizlazi što drugo. Dakle, ista pravna posledica – nevažnost, odnosno ništavost bankarske garancije koja nije izdata u pisanoj formi, nastupila bi po opštim pravilima o sankciji nedostatka propisane forme, i da nije navedene specijalne norme. Tome se mora dodati da je na opisani način zakonodavac u Republici Crnoj Gori preciznije odredio posledicu nedostatka forme, tako što je izričito propisao ništavost garancije, dok je opšta sankcija nedostatka forme da ugovor „nema pravno dejstvo“. Takvo rešenje je bolje, jer je načinjena razlika između ništavog pravnog posla i nepostojećih pravnih poslova, koji u Zakonu o obligacionim odnosima iz 1978. godine, nisu regulisani na opšti način, već se njihov pojam izvodi na posredan način – iz sadržaja pojedinih normi, a u praksi se svodi na apsolutnu

⁹ Perović S., Obligaciono pravo, NIU „Službeni list SFRJ“ Beograd, 1986, strana 7.

ništavost. Tako npr. kod zaključenja ugovora uz saglasnost ograna pravnog lica - ako saglasnost nije data, smatra se da ugovor nije ni zaključen¹⁰ ili kod zaključenja ugovora od strane neovlašćenog lica - ako neovlašćeno zastupani ni u ostavljenom roku ugovor ne odobri, smatra se da ugovor nije ni zaključen.¹¹

U Republici Crnoj Gori napravljena je i jedna terminološka izmena, kada je u pitanju označavanje forme ugovora, tako što je umesto izraza „*pismena forma*“ koji se koristi u Zakonu o obligacionim odnosima iz 1978. godine, uveden termin „*pisana forma*“, koji je jezički pravilniji.

3. Bankarska garancija na poziv u Zakonu o obveznim odnosima Republike Hrvatske

Bankarska garancija na poziv regulisana je u Zakonu o obveznim odnosima Republike Hrvatske, iz 2005. godine, sa docnijim novelama, i to odredbama čl. 1039. do 1043.¹² Novelama je regulisana „bankarska garancija na poziv“, čime je u osnovnom tekstu Zakona o obveznim odnosima iz 2005. godine, izmenjen deo koji je regulisao „*bankarsko jamstvo*“.

Bankarska garancija na poziv u Zakonu o obveznim odnosima Republike Hrvatske ima sličnosti i razlike sa odredbama o bankarskoj garanciji iz Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine.

3.1. Sličnosti sa odredbama iz Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine

Sličnosti sa odredbama iz Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine, ogledaju se, pre svega, u definiciji pojma garancije, propisivanju obavezne pisane forme i isplati određenog novčanog iznosa. Bankarska garancija na poziv je svaka pisana obaveza na plaćanje, bez obzira kako je nazvana, kojom se banka (garant) obavezuje da će na pisani zahtjev korisnika ovome isplatiti određeni novčani iznos ako je udovoljeno uvjetima iz garancije (članak 1039. stav 1). Zakon o obveznim odnosima ne sadrži izričitu odredbu da “banka izmiruje obavezu iz garancije u novcu i u slučaju da se garancijom obezbeđuje nenovčana obaveza”, kao što je to regulisano u članu 1084. Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine, ali takvo pravilo posredno proizlazi iz citiranog članka 1039. stav 1. u kome je određeno da se banka obavezuje da će korisniku “isplatiti određeni novčani iznos” ako je udovoljeno uvjetima iz garancije. Razlika je i u tome što se po odredbama iz Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine banka obavezuje da će korisniku izmiriti obavezu za slučaj da mu treće lice ne ispuni obavezu o dospelosti, što ima sličnosti sa jamstvom, dok je u Zakonu o obveznim odnosima novčana obaveza banke regulisana kao sopstvena obaveza banke, a ne garancija za tuđu obavezu.

¹⁰ Član 55. Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine.

¹¹ Član 88. Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine.

¹² Pročišćeni tekst zakona – „Narodne novine“, br. 35/05, 41/08.

Takođe, slične su i odredbe o potvrdi garancije (supergaranciji): ako druga banka potvrdi obvezu iz garancije, korisnik može svoje zahtjeve iz nje podnijeti bilo garantu bilo banci koja ju je potvrdila (Članak 1040).

3.2. Razlike u odnosu na odredbe iz Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine

Bitna razlika sastoji se u tome što Zakon o obveznim odnosima reguliše samo apstraktnu - samostalnu bankarsku garanciju, nazivajući je „*bankarska garancija na poziv*“ koja je u članu 1087. Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine uređena pod nazivom garancija “bez prigovora” (koja sadrži klauzulu “bez prigovora”, “na prvi poziv”). Međutim, Zakon o obveznim odnosima ne reguliše akcesornu bankarsku garanciju, koja je sadržana u opštem pojmu bankarske garancije iz člana 1083. Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine. Kao posledica te bitne razlike nastale su i druge razlike između ova dva zakona.

Prema članku 1039. stav 2. Zakona o obveznim odnosima, bankarska garancija je samostalna obveza neovisna o osnovnom poslu u vezi s kojim je izdana, pa i u slučaju da se taj posao u njoj spominje. Ova odredba, po svojim pravnim dejstvima, odgovara pravilu koje važi za garanciju “bez prigovora” iz člana 1087. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine, u kome je predviđeno da „ako bankarska garancija sadrži klauzulu “bez prigovora”, “na prvi poziv” ili sadrži reči koje imaju isto značenje, banka ne može isticati prema korisniku prigovore koje nalogodavac kao dužnik može isticati prema korisniku po obezbeđenoj obavezi.“ Iz ovog pravila pravna teorija i sudska praksa izveli su pravilo o samostalnosti i nezavisnosti garancije “bez prigovora” u odnosu na osnovni pravni posao. Recepcija navedenih stavova izvršena je u Zakonu o obveznim odnosima, citiranom odredbom da je bankarska garancija samostalna obveza neovisna o osnovnom poslu u vezi s kojim je izdana.

Zakon o obveznim odnosima (članak 1041) sadrži odredbe o kontragaranciji, koje ne postoje u Zakonu o obligacionim odnosima iz 1978. godine, iako je kontragarancija postojala u poslovnoj praksi banaka, pravnoj teoriji i sudskoj praksi, nastaloj u primeni toga zakona. Kontragarancija je pisana obveza na plaćanje, bez obzira kako je nazvana, kojom se banka (kontragarant) obvezuje prema garantu da će mu isplatiti novčani iznos po predočenju pisanog zahtjeva u skladu s uvjetima iz kontragarancije. Kontragarancija je odvojena od garancije i od osnovnog posla na koje se odnosi, pa i kada ih se spominje u kontragaranciji.

Zakon o obveznim odnosima (članak 1043. st. 1. i 2.) reguliše prijenos prava na plaćanje iz garancije. Pravo pozivanja na plaćanje iz garancije ne može se ustupiti trećemu, osim ako to nije izričito predviđeno u garanciji ili u njezinim dodacima (stav 1). Time se ne utječe na pravo primiti iznos iz garancije koje bi u garanciji ili u njezinim dodacima bilo prenijeto na nekog drugog (stav 2). Navedene odredbe razlikuju se od ustupanja prava iz garancije iz člana 1086. Zakona o obligacionim

odnosima iz 1978. godine, koje mogućnost ustupanja vezuje isključivo za ustupanje potraživanja koje je obezbeđeno garancijom, što znači da se prava iz garancije punovažno ne bi mogla ustupiti bez ustupanja obezbeđenog potraživanja, čak i da je tako predviđeno garancijom.

Zakon o obveznim odnosima zatim pod istim naslovom - *Prijenos prava na plaćanje iz garancije* (članak 1043. stav 3) predviđa da „korisnik jamstva duuguje nalogodavcu iznos primljen po osnovi jamstva na koji inače ne bi imao pravo zbog opravdanih prigovora nalogodavca.“ Nije jasno zašto zakonodavac, umesto termina „bankarska garancija na poziv“, ovde upotrebljava termin „jamstvo“. U svakom slučaju, reč je o normi sa istom suštinom i pravnim posledicama, koje odgovaraju odredbi iz član 1087. stav 3. Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine, prema kojoj „korisnik garancije duuguje nalogodavcu iznos primljen po osnovu garancije na koji inače ne bi imao pravo zbog opravdanih prigovora nalogodavca“. To pravilo posledica je pravila sadržanog u prethodnom stavu istog člana, koje predviđa da je „nalogodavac dužan platiti banci svaki iznos koji je banka platila po osnovu garancije izdate sa klauzulom iz prethodnog stava“¹³, a koje je izostavljeno iz dela Zakona o obveznim odnosima, koji reguliše bankarsku garanciju na poziv. Naime, s obzirom da je bankarska garancija samostalna obveza neovisna o osnovnom poslu u vezi s kojim je izdana, pa i u slučaju da se taj posao u njoj spominje, to znači da banka prema korisniku garancije ne može da ističe prigovore iz osnovnog pravnog posla (npr. prigovor na kvalitet isporučene robe, kada je isplata cene robe obezbeđena garancijom), pa ni prigovore koji se tiču punovažnosti osnovnog pravnog posla (npr. prigovor da je ugovor zaključilo neovlašćeno lice) i sl., već mora da korisniku isplati određeni novčani iznos ako je udovoljeno uvjetima iz garancije. Zatim je nalogodavac u obavezi da banci refundira isplaćeni iznos – po članu 1087. stav 2. Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine ili, u nedostatku posebnih odredaba, po opštijim odredbama o naknadi troškova koje važe za obaveze nalogodavca iz ugovora o nalogu - nalogodavac je dužan naknaditi nalogoprimecu, čak i ako njegov trud bez njegove krivnje nije imao uspeha, sve potrebne troškove što ih je učinio za izvršenje naloga, s kamatama od dana kad su učinjeni.¹⁴

Kada nalogodavac po jednom ili drugom pravnom osnovu plati banci iznos koji je korisniku banka platila po osnovu garancije, a ipak postoje valjani prigovor na kvalitet isporučene robe, punovažnost osnovnog pravnog posla ili drugi opravdani prigovori nalogodavca, tada je korisnik u obavezi da isplati nalogodavcu iznos primljen po osnovu garancije¹⁵, odnosno „po osnovi jamstva na koji inače ne bi imao pravo zbog opravdanih prigovora nalogodavca“.¹⁶ Na ovaj način oba zakona uvode korekciju u pravni poredak, koja je posledica primene načela savesnosti i poštenja. S druge strane, garancija je obavila svoju funkciju obezbeđenja korisnika

¹³ Član 1087. stav 2 Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine.

¹⁴ Članak 773. stav 1. Zakona o obveznim odnosima.

¹⁵ Član 1087. stav 3. Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine.

¹⁶ Članak 1043. stav 3. Zakona o obveznim odnosima.

– poverioca iz osnovnog pravnog posla. Korisnik je primio novac, teret dokazivanja i vođenja je spora je obrnut. Tužbu za isplatu mora da podnese nalogodavac, pred sudom nadležnim po sedištu tuženog korisnika garancije, mora da snosi troškove spora, kao i teret dokazivanja. Dok se ne okonča spor, novac se nalazi kod korisnika, koji isti može da koristi u svom poslovanju. Na taj način, ne samo teret dokazivanja, već i ekonomski teret spornog odnosa, prevaljuje se na nalogodavca. Da nije bilo garancije, kao sredstva obezbeđenja plaćanja, situacija bi bila sasvim obrnuta, kao i stranačka uloga u sporu, nadležnost suda, teret dokazivanja itd.

3.3. Prestanak valjanosti garancije

Prestanak valjanosti garancije uređen je u članku 1042. Zakona o obveznim odnosima. Rok valjanosti garancije može njome biti određen do određenog datuma ili do predočenja isprave kojom se potvrđuje nastup nekog događaja kao mjero-davnog za prestanak njezine valjanosti. Ako su u garanciji navedena oba roka za prestanak valjanosti garancije, njezina valjanost prestaje protekom prvog od tih rokova.

Odredbe o prestanku valjanosti garancije, odnosno roku važenja bankarske garancije, nisu sadržane u Zakonu o obligacionim odnosima iz 1978. godine, ali su prihvaćene u poslovnoj praksi banaka i sudskoj praksi nastaloj u primeni toga zakona, koja rok važenja smatra bitnim elementom garancije.

3.3.1. Rok važenja i aktiviranje bankarske garancije

Po stanovištu sudske prakse, nastale u primeni Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine, svaka garancija, pa i garancija sa klauzulom “na prvi poziv” mora imati rok važnosti garancije i mora biti aktivirana do isteka roka važenja garancije. Sama činjenica da je za isto potraživanje izdata još jedna garancija, nema uticaja na punovažnost prvobitno izdate garancije.¹⁷

U obrazloženju ovog stava navodi se da u smislu člana 1087. Zakona o obligacionim odnosima ako bankarska garancija sadrži klauzulu “na prvi poziv” ili sadrži reči koje imaju isto značenje, banka ne može isticati prema korisniku prigovore, koje nalogodavac kao dužnik može isticati prema korisniku po obezbeđenoj obavezi. Svaka garancija, pa i garancija “na prvi poziv” mora imati bitne elemente, a jedan od bitnih elemenata je rok važnosti garancije, jer nakon isteka roka važnosti garancije prestaju prava po osnovu garancije. U konkretnom slučaju rok važnosti garancije je određen do 28. avgusta 1995. godine. Sporno je da li je tužilac navedenu garanciju aktivirao u roku važnosti garancije, odnosno da li je garanciju dostavio na realizaciju. Iz izjave od 25. avgusta 1995. godine, pravilno je prvostepeni sud utvrdio da je tužilac obavestio tuženog da firma “U”MN iz S, nije izvršila obaveze po ugovoru,

¹⁷ Iz presude Višeg privrednog suda u Beogradu Pž. 195/97 od 29. januara 1997. godine, Petrović Z. - Kozar V., navedeno delo, strana 1214.

a za koje obaveze je izdata garancija broj 257/95. Istoga dana 25. avgusta 1995. godine, tužilac je dostavio dopis tuženom u kome je izričito naveo da je predmet dopisa garancija broj 257/95. U navedenom dopisu tužilac je obavestio tuženog da će aktivirati garanciju broj 257/95, dana 28. avgusta 1995. godine, iz razloga što nalogodavac nije ispoštovao uplatu po ugovoru i pored upozorenja da garancija ističe 28. avgusta 1995. godine. Uz navedeni dopis, tužilac je dostavio kopiju garancije i izjavu finansijskog direktora tužioca. Drugostepeni sud nalazi da je tužilac blagovremeno dostavio garanciju na realizaciju, jer je garanciju dostavio i obavestio tuženog o aktiviranju garancije dana 25. avgusta 1995. godine, dakle u vreme važenja bankarske garancije. Dosledno izloženom, sud nalazi da je održan rok važnosti garancije, da je tužilac u roku važnosti garancije tražio od tuženog naplatu iznosa po garanciji, te da ne stoji navod prvostepenog suda da tužilac nije garanciju aktivirao u roku važnosti garancije. Činjenica da je tuženi izdao još jednu garanciju i na isti iznos i po istom ugovoru i to broj 281/95 od 28. avgusta 1995. godine ne utiče na obaveze tuženog po ovoj garanciji jer navedenom garancijom nije stavljena van snage garancija 257/95, niti su dati dokazi da je tuženi dostavio tužiocu garanciju 281/95, kao i da je tužilac dao svoju saglasnost da se stornira garancija 257/95. Prema tome, tužilac je blagovremeno aktivirao garanciju 257/95, te je tuženi dužan po osnovu navedene garancije da isplati garantovanu sumu u iznosu od 50.000,00 dinara.¹⁸

3.3.2. Tužba kao način aktiviranja bankarske garancije

Takođe, po stanovištu sudske prakse, nastale u primeni Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine, ako je pre isteka roka važnosti bankarske garancije korisnik garancije podneo tužbu protiv banke garanta, za zahtevom za izmirenje obaveze i garancije, smatra se da je na taj način blagovremeno uputio poziv za plaćanje.

U konkretnom slučaju, prvostepenom presudom obavezan je prvotuženi DD "U." da tužiocu banci "A." AD isplati određeni novčani iznos na ime glavnog duga sa kamatom, s tim da se solidarno obavezuje i drugotužena banka "B." AD, da tužiocu isplati određeni novčani iznos sa kamatom. Drugotužena banka u žalbi navodi da se radi o samostalnim bankarskim garancijama plativim na prvi poziv. Međutim, tužilac ovaj poziv nije uputio drugotuženom kao garantu, a što je i utvrđeno veštačenjem, tj. uvidom u delovodnik dostavne knjige za 1994. godinu. Žalba nije osnovana. U toku prvostepenog postupka izvršeno je veštačenje. Na osnovu garancije koja je data po osnovu ugovora o investicionim kreditima, utvrđuje se da je drugotuženi kao garant solidarno obavezan sa prvotuženim, a prema tužiocu da mu isplati određeni novčani iznos sa zakonskom zateznom kamatom. Na osnovu izveštaja veštaka zaključeno je da veštak uvidom u delovodno dostavnu knjigu za 1994. godinu ustanovio da drugotuženi nema evidencije da je primio opomene tužioca za plaćanje po garancijama. Kako je tužilac podneo predlog za izvršenje, odnosno tužbu u 1994. godini, to

¹⁸ Iz presude Višeg privrednog suda u Beogradu Pž. 195/97 od 29. januara 1997. godine, Petrović Z. - Kozar V., navedeno delo, strana 1214.

je i postavio zahtev za naplatu spornih potraživanja od drugotuženog, pa prvostepeni sud pravilno zaključuje da je na ovaj način uputio poziv za plaćanje drugotuženom po osnovu datih garancija, a što je učinjeno u vreme kada su garancije važile, pa su neosnovani navodi žalbe da tužilac nije obavestio drugotuženog da ispuni obaveze po garancijama.¹⁹

4. Bankarska garancija u nacrtu Zakona o obligacionim odnosima Federacija BiH / Republika Srpska iz 2003. godine

Bankarska garancija bila je predviđena i u nacrtu Zakona o obligacionim odnosima Federacija BiH/Republika Srpska iz 2003

U odnosu na druge zakone zemalja u regionu, nacrt sadrži mnogo više normi, tako da je institut bankarske garancije detaljnije regulisan.

Nacrt reguliše garanciju „bez prigovora“ na sličan način kao i Zakon o obligacionim odnosima iz 1978. godine. Nacrt predviđa i nove oblike garancije, kao što je indirektna garancija, gde učestvuju dve banke, od kojih prva banka po nalogu svog klijenta daje nalog drugoj banci da izda direktnu garanciju, ugovornom partneru klijenta prve banke.

Nacrt reguliše detaljno reguliše izmenu garancije uz prethodno ili naknadno odobrenje od strane korisnika. Izmjena garancije nema uticaja na prava i obaveze nalogodavca ili potvrdioca garancije, ako se on ne složi sa izmjenama. Kako u poslovnoj praksi postoji izmena garancija, npr. zbog produženja roka važnosti usled reprograma obaveza i kredita, koje su obezbeđene garancijom i sl., smatramo da su predložene odredbe korisne.

Nacrt uređuje prenos prava korisnika da zahtijeva plaćanje, na sličan način kao Zakon o obveznim odnosima.

Novina u odnosu na postojeće zakone je asignacija, odnosno mogućnost asigniranja prava. Ako nije drugačije određeno u garanciji ili na drugom mjestu ugovoreno između banke i korisnika, korisnik može drugom licu asignirati sva prava koja ima ili može imati na osnovu garancije. Ako je banka od korisnika primila obavijest o neopozivom asigniranju, isplata asigniranoj strani oslobađa banku do iznosa isplate daljnjih obaveza, po osnovu garancije.

Nacrt detaljno uređuje prestanak prava da se zahtijeva isplata. Pravo korisnika da zahtijeva isplatu po osnovu garancije prestaje: 1. kada je banka primila izjavu korisnika o oslobađanju od obaveza u formi koja je predviđena za zasnivanje garancije; 2. kada su banka i korisnik dogovorili prestanak garancije u formi koja je predviđena u garanciji ili, ako u garanciji nije predviđena forma, u formi koja je predviđena za zasnivanje garancije; 3. kada je raspoloživi iznos po osnovu garancije isplaćen, ako garancija ne predviđa automatsko obnavljanje ili automatsko povećanje raspoloživog iznosa, ili na neki drugi način predviđa nastavak garancije;

¹⁹ Iz rešenja Višeg privrednog suda u Beogradu, Pž. 9410/97 od 23. januara 1998. godine, Petrović Z. - Kozar V., navedeno delo, strana 1212.

4. kada je isteklo vrijeme važenja garancije. Način prestanka pod tačkom 3. može biti od značaja kada su u pitanju carinske garancije, kojima se obezbeđuju obaveze za određeni period, dok je prestanak zbog isteka vremena važenja uređen na sličan način, kao u Zakonu o obveznim odnosima

Nacrt reguliše pravni odnos između banke i nalogodavca, tj. sadržinu garantnog naloga, dakle naloga za izdavanje garancije, u kome između ostalog mora biti naznačen ne samo korisnik, već i vrsta garancije (garancija ponude, isporuke, obezbjeđenja, ispunjenja ugovora), zatim iznos garancije i potpune podatke klauzule o plaćanju, itd.

Obaveza otvaranja i plaćanja je takođe odredba, koju ne sadrže drugi zakoni. Banka je prema nalogodavcu obavezna neodložnim obavještenjem ovlaštenika o izdavanju garancije otvoriti garanciju. Za otvaranje ona može i bez posebnog ovlaštenja uključiti drugu banku (avis-banka). Ako je u otvaranje garancije uključena avis-banka, ona mora s primjerenom pažnjom provjeriti vidljivu vjerodostojnost garancije. Neovisno o samostalnoj obavezi plaćanja prema ovlašteniku, banka je i prema nalogodavcu ugovorno obavezna na plaćanje iznosa garancije ovlašteniku kod nastupanja slučaja garancije. Na ovaj način, jasno je napravljena razlika između ugovora o izdavanju garancije, u kome su ugovorne strane banka i nalogodavac, od same garancije gde je banka dužnik, a korisnik je poverilac.

Izuzeci od obaveze plaćanja, takođe su uređeni nacrtom. Naime, ako je nedvosmisleno i jasno utvrđeno: 1. da neki od dokumenata nije vjerodostojan ili je krivotvoren; 2. da plaćanje nije dospjelo prema osnovu navedenom u zahtjevu i pratećim dokumentima, ili 3. da sudeći prema vrsti i namjeni garancije zahtjev nema razumnog osnova, banka postupajući u dobroj vjeri može odbiti plaćanje prema korisniku. Zatim se u nacrtu definišu situacije u kojima zahtjev nema razumnog osnova: 1. ako se slučaj ili rizik, protiv kojeg je garancija bila namijenjena da obezbijedi korisnika, nije nesumnjivo ostvario; 2. ako je obaveza nalogodavca proglašena nevažećom od strane suda ili arbitražnog tribunala, osim ako garancija indicira da takav slučaj predstavlja rizik pokriven garancijom; 3. ako je obaveza nesumnjivo ispunjena na zadovoljstvo korisnika; 4. ako je ispunjenje obaveze bilo jasno spriječeno namjernim službenim propustom korisnika

ZAKLJUČAK

Bankarska garancija je bankarski uslužni posao, kojim banka garantuje povjериocu da će dužnik uredno izvršiti svoju obavezu, tj. da će povjериocu izmiriti obavezu o dospelosti, ako to dužnik ne učini. Banka se kod ovih poslova pojavljuje u ulozi jemca.

Pravni odnos između nalogodavca (dužnika iz osnovnog pravnog posla), i banke koja izdaje garanciju, nastaje zaključenjem ugovora o izdavanju bankarske garancije. Prema svojoj pravnoj prirodi ovo je ugovor o nalogu, a mogu postojati i elementi ugovora o kreditu.

Prema članu 1083. stav 2. Zakona o obligacionim odnosima, bankarska garancija mora biti izdata u pismenoj formi, iz čega proizilazi da je bankarska garancija strogo formalni pravni posao, jer je pismena forma uslov njene punovažnosti. Međutim, ugovor o izdavanju bankarske garancije koji se zaključuje između banke i nalogodavca ne mora biti zaključen u pismenoj formi, jer je reč o ugovoru o nalogu, za koji zakonom nije propisana forma.

U privrednom pravu postoje tri vrste bankarskih garancija, s tim što je garant uvek platac. Reč je o garanciji "bez prigovora", garanciji uz dostavljanje dokumentacije i garanciji uz pružanje dokaza da je ugovorena obaveza ispunjena. Pored navedene podele u pravnoj teoriji postoje i klasifikacije na osnovu drugih raznih kriterijuma iz kojih proizilaze i druge vrste, odnosno tipovi bankarskih garancija.

Ako bankarska garancija sadrži klauzulu "bez prigovora", "na prvi poziv" ili sadrži reči koje imaju isto značenje, banka ne može isticati prema korisniku prigovore koje nalogodavac kao dužnik može isticati prema korisniku po obezbeđenoj obavezi.

Da bi korisnik bankarske garancije ostvario svoja prava iz garancije, on istu mora aktivirati u okviru roka važenja garancije. I na bankarsku garanciju "bez prigovora" primenjuje se ugovoreni rok važnosti garancije.

Po svojoj pravnoj prirodi, ugovor o izdavanju bankarske garancije je ugovor o nalogu. Prema članu 749. stav 3. Zakona o obligacionim odnosima, nalogoprimec (u ovom slučaju banka - garant) ima pravo na naknadu (proviziju) za svoj trud, osim ako je drukčije ugovoreno ili proizilazi iz prirode međusobnog odnosa, što znači da zakon pravo banke - garanta na naknadu - proviziju pretpostavlja.

Isplatu dospelog iznosa po datoj bankarskoj garanciji, može od garanta tražiti samo korisnik garancije, a ne i lice za čiju je obavezu banka garantovala.

Odredbe o bankarskoj garanciji iz navedenih propisa koji važe ili su u nacrtu u zemljama u regionu imaju sličnosti, ali i velike razlike u odnosu na odredbe o bankarskoj garanciji iz Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine.

Miroslav Vrhovšek, Ph. D.,

Professor Emeritus of Business Academy of Novi Sad and Academic Advisor

Vladimir Kozar, Ph.D., Assistant Professor

Faculty of Law, University Business Academy Novi Sad

Special Adviser, NLB Bank AD, Beograd

SECURING CLAIMS THROUGH BANK GUARANTEE IN THE REPUBLIC OF SERBIA AND THE COUNTRIES IN THE REGION

Summary

The practice of commercial entities by the term of “bank guarantee” means different legal institutes, aimed at ensuring the fulfillment of contract obligations of the bank’s clients. It is a different means of securing both personal (endorsement guarantee, acceptance bill, documentary credit, etc.) and the actual or the real securing remedies (pledge, mortgage, lien on securities). Ensuring the fulfillment of contractual obligations is a common feature of these institutes in the wider sense of the “bank guarantee” for the fulfillment of contractual obligations. However, the bank guarantee in the narrow sense is a separate legal institution that has specific characteristics, and that is, in spite of certain common points, significantly different from the above mentioned institutes.

The subject of this paper is to provide a bank guarantee claims in the Republic of Serbia and the countries in the region. Besides the provisions of the Law on Obligations of 1978, provisions of the new Law on Obligations in 2008, which is in force in the Republic of Montenegro, as well as the provision of the “bank guarantee at call” of the Law on Obligations of the Republic of Croatia in 2005, with the latest changes have been particularly analyzed. Special attention is paid to the draft Law on Obligations of the Federation of Bosnia and Herzegovina/Republic of Srpska in 2003. The provisions regulating the bank guarantee that are currently in force or have been drafted in the countries in the region have similarities but also significant differences in relation to the provision of bank guarantee of the Law on Obligations from 1978.

Key words: bank guarantee; securing claims; written form; nullity; counter-guarantees; validity; assignment.

ZNAČAJ FINANSIJSKOG LIZINGA U SAVREMENOM POSLOVANJU

Dr Mirjana Knežević*

Apstrakt: U ovom članku autor razmatra pitanje finansijskog lizinga kao savremenog pravnog posla koji je u ekspanziji u zemljama koje nemaju dovoljno sopstvenih finansijskih sredstava za razvoj privrede. Najbolji pokazatelj značaja finansijskog lizinga u finansiranju privrede jedne zemlje, predstavlja stopa učešća investicija u osnovna sredstva finansirana putem lizinga. Finansijski lizing pruža neophodan mehanizam pribavljanja stalnih sredstava pod povoljnijim uslovima nego što je to slučaj pri kupovini opreme, mnogim zemljama u tranziciji koje žele da učestvuju u globalnoj ekonomiji. Autor na početku daje pregled pravne regulative u ovoj oblasti, tako što uporednopravnom analizom prikazuje pravne akte donete na nacionalnim nivoima i u okviru međunarodnih organizacija. U daljem tekstu je dat prikaz istorijskog razvoja finansijskog lizinga kao pravnog posla, izvori prava i komparativni prikaz zakonske regulative. Pored definisanja ugovora o finansijskom lizingu, postavlja se pitanje njegovog pravnog razgraničenja sa ugovorom o zakupu, ugovorom o kreditu i ugovorom o operativnom lizingu. Na kraju, dat je osvrt na značaj finansijskog lizinga koji postaje najznačajnija alternativa bankarskom kreditu u savremenom poslovanju i njegove karakteristike koje ga suštinski određuju u odnosu na ostale vidove finansiranja.

Ključne reči: finansijski lizing, pravna regulativa, učesnici finansijskog lizinga.

1. Uvod

Poreklo lizing poslova datira od davnih vremena,¹ ali kao specifičan pravni posao lizing je nastao tek u XX veku u poslovnoj praksi ekonomski razvijenih zemalja. Razvoju lizing poslova,² a pre svega finansijskog lizinga, doprineo je nagli

* Др Мирјана Кнежевић, ванредни професор Економског факултета Универзитета у Крагујевцу.

¹ Pronađeni su dokazi da su 2000. p.n.e. Vavilonci primenili jednu vrstu lizinga za čamce i stoku.

² Terminološki taj izraz potiče od engleske reči "lease" – zakup, najam, odnosno od glagola *to lease* –

razvoj tehnike i tehnologije koje je pratio razvoj ekonomije i pravnih instrumenata koji omogućavaju realizovanje novih ekonomskih odnosa na tržištu. U svom savremenom obliku finansijski lizing je potekao iz SAD, usled nedostatka sopstvenih finansijskih sredstava i shvatanje da svojina nije osnovna i najznačajnija pravna kategorija.³ Prednost se daje pravu korišćenja dobara u skladu sa njihovom prirodom i finansijskim interesima, tako da lizing poslovi predstavljaju novu formu investicionih aktivnosti u cilju finansiranja nabavke kapitalnih dobara.

Finansijski lizing je pružio neophodni mehanizam pribavljanja stalnih sredstava, pod povoljnijim uslovima, nego što je to slučaj pri kupovini opreme. U isto vreme, 50-ih godina prošlog veka došlo je do razvoja tržišta finansijskih usluga i značajnije ponude zajmova uz niske kamatne stope, što je poslužilo kao način obuzdavanja inflacije i cena roba. Navedeni faktori u kombinaciji s povoljnim poreskim stopama za poslove lizinga, doprineli su atraktivnosti finansijskog lizinga za lizing kompanije. Koncept finansijskih lizinga je 70-ih godina prošlog veka usvojen u zemljama u razvoju Azije, Južne Amerike i Afrike, a osamdesete godine je obeležilo širenje navedenog koncepta na svetskom nivou.

Ugovori, kao osnovni pravni instrumenti za realizovanje novonastalih ekonomskih odnosa na tržištu, na osnovu opštih principa i pravila obligacionog prava regulišu faktičku situaciju nastalu u praksi. Kao rezultat savremenog poslovanja, nastali su novi imenovani ugovori, samostalni *sui generis* ugovori u oblasti finansiranja, kreditiranja, osiguranja, turizma i dr. Njihova specifičnost je upravo ekonomska aktivnost, putem koje se realizuju i koje ga čine specifičnim. Postoji više vrsta ugovora o lizingu, a najvažniji i najrašireniji je ugovor o finansijskom lizingu.

2. Pravni izvori

Ugovor o finansijskom lizingu nastao je kao tvorevina autonomnog trgovačkog prava.⁴ U pravu Evropske unije doneto je nekoliko direktiva iz oblasti zaštite potrošača, koje su od značaja za ugovore o lizingu: Direktiva 93/13/EEC⁵ o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima. Savet Evropskih zajednica je 1993. godine usvojio Direktivu o nepoštenim (nekorektnim) klauzulama u ugovorima sa potrošačima. U Direktivi se navodi da se pod nepoštenom (*unfair*) odredbom smatra ona koja nije pojedinačno ugovarana i koja „suprotno načelu savesnosti i poštenja narušava ravnotežu prava i obaveza koja nastaju na osnovu ugovora, na štetu potrošača“. Uz Direktivu se daje spisak ugovornih odredbi koje se mogu smatrati

dati pod zakup, unajmiti. Webster's New World Dictionary, New York, 1988, str. 769.

³ Prvu kompaniju za finansijski lizing osnovao je Henri Šofeld 1952. godine u SAD. Kompanija je osnovana sa ciljem da realizuje jednu konkretnu transakciju u domenu železničkog transporta. Navedenom transakcijom demonstrirana je ekonomska efikasnost finansijskog lizinga, tako da je je Šofeld odlučio da nastavi poslovanje i osnuje američku lizing kompaniju "United States Leasing Corp.", koja danas nosi ime "United States Leasing International Inc."

⁴ Rosenberg, Lj., Pravni problemi leasinga – Konstrukcija ugovora o leasingu, Opatija, 1974.

⁵ Unfair Contract Terms Directive, Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993.

nepoštenim.⁶ Tipski ugovori se, najčešće, zloupotrebljavaju ukoliko proizvođač ili prodavac uživaju monopol u vezi sa proizvodnjom ili prodajom određene stvari ili usluga. Na sličan način može doći do zloupotreba i u slučaju ako prodavac prodaje robu ili usluge, koristeći se istim tipskim ugovorima, koji sadrže nepoštene odredbe. S obzirom da su lizing ugovori tipski, nesumnjiv je značaj ove Direktive za zaključivanje takvih ugovora.

Kao značajan izvor prava izdvaja se i Uredba 1606/2002/EC⁷, kojom su prihvaćeni Međunarodni računovodstveni standardi broj 17.⁸ Cilj ovog standarda je da propiše za korisnike i davaoce lizinga odgovarajuće računovodstvene politike i obelodanjivanja, koje se primenjuju u vezi sa finansijskim i operativnim lizingom. Ovaj standard se primenjuje na finansijske izveštaje koji obuhvataju periode koji počinju 1. januara 1999. godine ili nakon tog datuma.⁹ Standard se primenjuje u računovodstvenom obuhvatanju svih lizinga, osim: ugovora o lizingu za istraživanje ili korišćenje ruda, nafte, prirodnog gasa i sličnih neobnovljivih resursa, i ugovora o davanju licence za predmete kao što su filmovi, video snimci, pozorišni komadi, rukopisi, patenti i autorska prava. Međutim, ovaj standard se ne primenjuje na postupke merenja od strane: zakupaca investicionih nekretnina primljenih po osnovu finansijskih lizinga; zakupodavaca investicionih nekretnina koje su date u operativni lizing; zakupaca bioloških sredstava primljenih po osnovu finansijskih lizinga; ili zakupodavaca bioloških sredstava, koja su data u operativni lizing. Ovaj standard se primenjuje na ugovore kojima se prenose prava na korišćenje sredstava, iako postoji mogućnost da su u vezi sa eksploatacijom ili održavanjem takvih sredstava neophodne značajne usluge od strane davaoca lizinga. S druge strane, ovaj standard se ne primenjuje na sporazume koji predstavljaju ugovore o pružanju usluga, kojima se pravo na korišćenje sredstava ne prenosi s jedne ugovorne strane na drugu.

Lizing poslovi uređeni su delimično i Međunarodnim računovodstvenim standardima MRS 32- finansijski instrumenti u odeljku Obelodanjivanje i prikazivanje.¹⁰

⁶ Isključenje ili ograničenje odgovornosti trgovca u slučaju smrti potrošača ili njegove telesne povrede do kojih je došlo usled radnje ili propuštanja takvog prodavca ili davaoca; dozvoljavanje prodavcu da zadrži iznose koje je uplatio potrošač koji može da odluči da li će da zaključi ili izvrši ugovor, a da pritom ne predvidi pravo potrošaču da dobije naknadu odgovarajućeg iznosa prodavca za slučaj da je on stranka koja raskida ugovor; zahtevanje bilo kog potrošača koji propusti da izvrši svoju obavezu da plati neopravdani visok iznos naknade.

⁷ Regulation (EC) No 1606/2002/EC of the European Parliament and of the Council of 19 July 2002 on the application of international accounting standards.

⁸ Međunarodni računovodstveni standardi broj MRS 17, "Službeni glasnik RS", br. 133 od 31. decembra 2003.

⁹ U aprilu 2000. godine, stavovi 1, 19, 24, 45 i 48 su dopunjeni i ubačen je stav 48A na osnovu MRS 40 Investiciona nekretnina. MRS 40 primenjuje se na godišnje finansijske izveštaje koji obuhvataju periode koji počinju 1. januara 2001. godine ili nakon tog datuma. U januaru 2001. godine, stavovi 1, 24 i 48A su dopunjeni na osnovu MRS 41 Poljoprivreda. MRS 41 se primenjuje na godišnje finansijske izveštaje koji obuhvataju periode koji počinju 1. januara 2003. godine ili nakon tog datuma.

¹⁰ Međunarodni računovodstveni standard MRS 32, "Službeni glasnik RS", br. 133 od 31. decembra 2003.

Ugovori o lizingu pomenuti su u Zelenoj knjizi Evropske unije na području zaštite potrošača, koju je Evropska Komisija izdvojila 2007. godine, kao neki od tipova ugovora koji bi trebali biti pokriveni budućim horizontalnim instrumentima zaštite.

Aktuelni proces harmonizacije i unifikacije ugovornog prava nije zaobišao ni lizing poslove. Model pravila DCFR o ugovorima o lizingu (Nacrt zajedničkog referentnog okvira za evropsko privatno pravo) su temelj za buduću regulaciju ugovora o lizingu kroz sekundarne izvore evropskog prava. Konvencija o međunarodnom finansijskom lizingu, usvojena u Otavi, Kanada, 28.05.1988. godine, nije u celosti regulisala ovu materiju. Uglavnom sadrži dispozitivne norme koje ugovorne strane mogu da menjaju svojom voljom. U okviru UNIDROIT-a pripremljen je i usvojen Model zakon o lizingu, u Rimu 2008. godine. Iako je mali broj zemalja ratifikovao, ona je od velikog značaja, jer se mnogi nacionalni zakonodavci prilikom donošenja nacionalnih propisa, rukovode ovim Model zakonom. Osim fiskalnih i kreditnih propisa i druge vrste propisa predstavljaju posredne izvore odredbi o finansijskom lizingu - spoljnotrgovinski, devizni, carinski itd.

Mnoge razvijene zemlje nemaju posebne propise kojima se definiše ugovor o finansijskom lizingu. Austrijsko i švajcarsko pravo ne sadrže posebne privatnopravne norme o ugovorima o lizingu, tako da se u ovm zemljama ugovori o finansijskom lizingu smatraju mešovitim ugovorima sa elementima zakupa i prodaje. U Francuskoj se lizing poslovi smatraju oblikom kreditnih poslova. Nemogućnost malih i srednjih preduzeća da dobiju povoljne kredite, doprinela je da su izabrala finansijski lizing kao način realizacije svojih investicija. U Velikoj Britaniji, takođe nema posebnih propisa o lizing poslu, ali je veoma razvijena sudska praksa u ovoj oblasti. Norveška, Danska, Finska, Švedska i Holandija, takođe nemaju posebno zakonodavstvo kojima bi se uredilo pitanje finansijskog lizinga, ali poznaju ugovor o finansijskom lizingu u poslovnoj praksi. Iako je prvo počeo da se koristi u Sjedinjenim Američkim Državama, ugovor o lizingu u ovoj zemlji nije pravno regulisan, međutim primenjuju se propisi koji se odnose na kreditiranje, finansiranje ili oporezivanje i pojedine odredbe Jednoobraznog trgovačkog zakonika SAD.

Ugovor o finansijskom lizing može biti uređen posebnim propisom, kao što je to slučaj u Grčkoj i zemljama zapadnog Balkana (Srbija, Crna Gora, Hrvatska, Federacija Bosne i Hercegovine i Republika Srpska), ili kao imenovani ugovor zajedno sa ostalim tipovima ugovora u građanskim zakonima i zakonicima, kao što je to slučaj sa građanskim zakonicima Poljske, Letonije i Litvanije.

U Bosni i Hercegovini, lizing je regulisan putem dva zakona: Zakona o lizingu Federacije Bosne i Hercegovine¹¹ i Zakona o lizingu Republike Srpske.¹² Bankarske agencije Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske vrše nadzor i licenciranje kompanija za lizing. Banke takođe mogu da se bave lizingom. U 2005. vodeće kompanije za lizing u Bosni i Hercegovini su osnovale Udruženje kompanija za lizing u cilju poboljšanja poslovanja i stimulisanja razvoja tržišta lizinga. Ključno

¹¹ Zakon o lizingu FBiH, "Službene novine Federacije BiH", br. 85/08 i 39/09.

¹² Zakon o lizingu RS, "Službeni glasnik RS", br. 70/07.

ograničenje na poslovanje kompanija za lizing je duplo oporezivanje, tako da je lizing skuplji od zajma, zbog PDV-a na kamatu i troškova prenosa vlasništva. Još uvek postoji neiskorišćen potencijal na tržištu Bosne i Hercegovine. Republika Crna Gora je Zakonom o finansijskom lizingu¹³ uredila posao finansijskog lizinga, ugovor o finansijskom lizingu, prava i obaveze subjekata u poslu finansijskog lizinga i registracija finansijskog lizinga.

Lizing se u Republici Hrvatskoj javlja krajem 90-ih godina.¹⁴ Od 2001. godine tržište lizinga u Hrvatskoj beleži snažan i dinamičan rast. Finansiranje putem lizinga postaje najznačajnija alternativa bankarskom kreditu. U Hrvatskoj je Zakon o lizingu¹⁵ stupio na snagu 2006. godine, a uređuje uslove za osnivanje, poslovanje i prestanak rada lizing društva, ugovor o lizingu, prava i obaveze subjekata u poslovima lizinga, finansijsko izveštavanje, nadzor nad poslovanjem lizing društava i upravljanje rizicima. Lizing društvo sme obavljati samo poslove lizinga, kao i poslove koji su u neposrednoj ili posrednoj vezi s poslovima lizinga (posredovanje kod prodaje, odnosno prodaja predmeta koji pripadaju lizing društvu po osnovi obavljanja poslova lizinga). Lizing društvo ne sme odobravati kredite, niti odobravati zajmove. Osim lizing društava, poslove finansijskog lizinga može obavljati banka sa sedištem u Republici Hrvatskoj, banka sa sedištem u državi članici, odnosno filijala banke sa sedištem u stranoj državi, uz uslove i na način određen propisima koji uređuju poslovanje banaka u Republici Hrvatskoj.

Lizing društvo je hrvatskim zakonom određeno kao pravno lice sa sedištem u Republici Hrvatskoj, koja je upisana u registar na osnovu odobrenja Hrvatske agencije za nadzor finansijskih usluga (HANFA) za obavljanje poslova lizinga. Ono može biti osnovano kao akcionarsko društvo, odnosno društvo s ograničenom odgovornošću. Osnovni kapital lizing društva je propisan zakonom. Hrvatska agencija za nadzor finansijskih usluga je nadzorno telo, u čiju nadležnost spada nadzor finansijskih tržišta, subjekata nadzora i finansijskih usluga koje pružaju.

Hrvatsko pravo, za razliku od srpskog, poznaje dve vrste ugovora o lizingu: finansijski i operativni.¹⁶ Za razliku od hrvatskog, pravni poredak Srbije poznaje jednu vrstu lizing posla, i to finansijski lizing kao imenovani ugovor. Na teritoriji

¹³ Zakonom o finansijskom lizingu, "Službeni list RCG", br. 81/05 od 29.12.2005.

¹⁴ Marušić, S., „Ugovor o leasingu u inozemnom, međunarodnom i našem trgovačkom (privrednom) pravu”, Informator, Zagreb, 1989.

¹⁵ Zakon o lizingu, "Narodne Novine", br. 135/06.

¹⁶ "Posao finansijskog leasinga je pravni posao u kojem primatelj leasinga u razdoblju korištenja objekta leasinga plaća davatelju leasinga naknadu koja uzima u obzir cjelokupnu vrijednosti objekta leasinga, snosi troškove amortizacije tog objekta leasinga i opcijom kupnje može steći pravo vlasništva nad tim objektom leasinga po određenoj cijeni koja je u trenutku izvršenja te opcije manja od stvarne vrijednosti objekta leasinga u tom trenutku. Posao operativnog leasinga je pravni posao u kojem primatelj leasinga u razdoblju korištenja objekta leasinga plaća davatelju leasinga određenu naknadu koja ne mora uzimati u obzir cjelokupnu vrijednost objekta leasinga, davatelj leasinga snosi troškove amortizacije tog objekta leasinga i primatelj leasinga nema određenu opciju kupnje, može se prekinuti korištenje uz određene uvjete."

Republike Srbije, posao finansijskog lizinga pravno je regulisan odredbama Zakona o finansijskom lizingu¹⁷, koji je donet u maju 2003. godine čime je stvoren zakonski okvir za razvoj ove aktivnosti. Izmene i dopune ovog zakona, Narodnu banku Srbije određuju kao instituciju koja izdaje dozvole za obavljanje poslova finansijskog lizinga, daje saglasnost na imenovanje organa upravljanja, vrši nadzor nad poslovanjem davaoca finansijskog lizinga i preuzima korektivne mere.¹⁸

3. Pojam i pravna priroda ugovora o finansijskom lizingu

Lizing je ugovor uz pomoć kog davalac lizinga (lizing kompanija) dodeljuje korisniku (klijent tj. primalac lizinga) predmet lizinga u zamenu za niz isplata (lizing naknada), pravo da koristi predmet lizinga na ugovoreni vremenski period. Osnovna podela lizinga je podela na operativni i finansijski lizing. Razlike između finansijskog i operativnog lizinga sastoje se pre svega u tome što finansijski lizing predstavlja finansiranje kupovine, a operativni finansiranje korišćenja predmeta lizinga i što kod finansijskog lizinga postoji imovinski rizik, odnosno rizik propasti ili oštećenja predmeta lizinga koji snosi korisnik lizinga, dok je kod operativnog taj rizik na davaocu lizinga. Kod operativnog lizinga nakon isteka perioda lizinga, korisnik vraća predmet lizinga njegovom davaocu.

Finansijski lizing predstavlja jedan od načina finansiranja ulaganja u osnovna sredstva, odnosno pokretna nepotrošna dobra, tako da se javlja kao alternativa sopstvenim sredstvima, bankarskim kreditima i zaduživanju putem emitovanja dužničkih hartija od vrednosti. Ovaj oblik finansiranja se često poredi sa bankarskim kreditima, jer su po nekim karakteristikama i slični (otplata u unapred određenim ratama, kamata, način knjigovodstvenog evidentiranja, itd.). Finansijski lizing je specifičan i složen pravni posao u kome davalac lizinga sa isporučiocem predmeta lizinga zaključuje ugovor kojim stiče pravo svojine nad predmetom lizinga, a zatim na primaoca lizinga prenosi ovlašćenja držanja i korišćenja predmeta lizinga na ugovoreno vreme uz ugovorenu naknadu koju primalac plaća u ugovorenim ratama. Isporučioca i predmet lizinga određuje primalac lizinga.

Prema Zakonu o finansijskom lizingu Republike Srbije, finansijski lizing je posao u kome davalac lizinga: 1. sa isporučiocem predmeta lizinga, određenim od strane primaoca lizinga, zaključuje ugovor na osnovu koga stiče pravo svojine na predmetu lizinga, prema specifikaciji primaoca lizinga i pod uslovima koje, ukoliko se odnose na interese primaoca lizinga, odobrava primalac lizinga (ugovor o isporuci); 2. sa primaocem lizinga zaključuje ugovor o finansijskom lizingu, kojim se obavezuje da na primaoca lizinga prenese ovlašćenje držanja i korišćenja predmeta lizinga na ugovoreno vreme, a primalac lizinga se obavezuje da mu za to plaća ugovorenu naknadu u ugovorenim ratama (ugovor o lizingu). Finansijski lizing je vid finansiranja koji podrazumeva postojanje tri učesnika: isporučilac predmeta lizinga, davalac finansijskog lizinga i primalac finansijskog lizinga.

¹⁷ Zakon o finansijskom lizingu, "Službeni glasnik RS", br. 55/2003.

¹⁸ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o finansijskom lizingu, „Službeni glasnik RS”, br. 31/2011.

Ugovor o finansijskom lizingu je imenovani, dvostrano obavezan, teretan, formalan, komutativan, formularan, kao i *intuitu personae* ugovor. Sadrži elemente ugovora o zakupu, o prodaji, o delu, o kreditu, a i specifične samo njemu svojstvene elemente koji ga razlikuju od navedenih ugovora.

Lizing posao nastao je iz ugovora o zakupu, ali je vremenom dobio niz specifičnosti, po čemu se razlikuje od zakupa. Ugovor o zakupu je ugovor na osnovu koga jedna strana drugoj daje individualno određenu nepotrošnu stvar na određeno vreme uz plaćanje odgovarajuće zakupnine. Za razliku od ugovora o zakupu, ugovorom o lizingu može biti određeno da će primalac lizinga imati pravo da zatraži od davaoca lizinga da mu preda drugu stvar iste vrste, umesto ugovorene stvari, ili da će imati pravo na produženje perioda lizinga, ili da će imati pravo na otkup stvari koju je koristio. Za otkup stvari redovno se ugovara niža cena od tržišne cene takvih stvari. Ugovor o lizingu je uvek formalan za razliku od ugovora o zakupu koji je neformalan. Osnovna razlika između finansijskog lizinga i zakupa je u tome što finansijski lizing predstavlja finansiranje kupovine (primalac lizinga postaje vlasnik predmeta lizinga otplate poslednje lizing rate), dok je zakup korišćenje predmeta zakupa. Po završetku perioda zakupa ne dolazi do promene vlasništva, već se predmet zakupa vraća zakupodavcu. Za razliku od kredita, putem finansijskog lizinga se finansira konkretan predmet, koji postaje vlasništvo primaoca lizinga, tek nakon otplate poslednje rate.

Ugovor o finansijskom lizingu ima prirodu ugovora o finansiranju, iz razloga što davalac lizinga može i nakon zaključenja ugovora o lizingu ostati vlasnik stvari na koju se odnosi ugovor, s tim što teba da reši pitanje finansiranja. U tu svrhu može se zaključiti ugovor o faktoringu.

4. Predmet ugovora o finansijskom lizingu

Predmet ugovora o finansijskom lizingu može biti svaka pokretna nepotrošna stvar (oprema, postrojenja, vozila). Vlasništvo nad predmetom lizinga, tokom celog perioda trajanja ugovora o finansijskom lizingu, ostaje davaocu lizinga, pri čemu se tim ugovorom može predvideti tzv. pravo opcije, kao pravo primaoca lizinga da otkupi predmet lizinga po isteku ugovora. Primalac lizinga ima pravo da predmet lizinga nesmetano koristi tokom trajanja ugovora o finansijskom lizingu i da uživa sve koristi od njegovog korišćenja, ali ujedno snosi i sve rizike i troškove koji proizlaze iz prava vlasništva, iako formalno-pravno nije vlasnik predmeta. Finansiranjem kroz formu lizinga, korisnik ne ulaže sopstvena sredstva u nabavku predmeta, već investira u svoje redovno poslovanje, što mu omogućuje otplatu mesečnih lizing rata. Finansiranje se uvek odobrava za tačno određeni predmet. Nabavku predmeta lizinga vrši davalac lizinga, a ne primalac. Rate lizinga koje su fiksne, otplaćuju se mesečno, iz prihoda koje preduzeće ostvaruje korišćenjem predmeta lizinga.

Za vreme trajanja ugovora o finansijskom lizingu, predmet ugovora je vlasništvo lizing kuće, za razliku od slučaja kada se nešto kupuje na kredit. Pravo

vlasništva se prenosi na korisnika po isplati poslednje rate, a amortizacija predmeta lizinga vodi se u poslovnim knjigama primaoca lizinga. Davalac lizinga ima punu zaštitu u slučaju uništenja ili oštećenja predmeta (osiguranje predmeta), neplaćanja lizing naknade (povraćaj predmeta lizinga po posebnom postupku), stečaja ili likvidacije primaoca lizinga (izlučno pravo). Predmet lizinga ujedno predstavlja sredstvo obezbeđenja naplate, zbog čega davalac lizinga često ne zahteva druga sredstva obezbeđenja.

Registar finansijskog lizinga počeo je sa radom 2004. godine i predstavlja jedinstvenu centralizovanu elektronsku bazu podataka, u koju se upisuju podaci o ugovoru o finansijskom lizingu, izmene i dopune tih podataka, zabeležbe sporova koji se tiču predmeta lizinga i prestanak ugovora o finansijskom lizingu. Registar finansijskog lizinga vodi Agencija za privredne registre.¹⁹ Stupanjem na snagu Zakona o izmenama i dopunama zakona o finansijskom lizingu²⁰, Registar finansijskog lizinga počinje sa registracijom ugovora o finansijskom lizingu, čiji su predmet nepokretne stvari.

Davalac lizinga je dužan da zahtev za upis ugovora o finansijskom lizingu podnese u roku od sedam dana od dana isporuke predmeta lizinga, odnosno zahtev za upis izmene i dopune podataka o ugovoru o finansijskom lizingu, kao i brisanje podataka iz registra u roku od sedam dana od momenta nastupanja činjenica koje su tu izmenu i dopunu, odnosno brisanje podataka uslovile. Navedene zahteve može da podnese i primalac lizinga, ako je to određeno ugovorom o finansijskom lizingu.

Svrha postojanja registra i upisa ugovora o finansijskom lizingu u registar jeste dostupnost podataka o zaključenim ugovorima o lizingu (i predmetima lizinga) široj javnosti. Upisom ugovora o finansijskom lizingu u registar, smatra se da su treća lica upoznata sa postojanjem ugovora o lizingu, odnosno niko se ne može pozvati na okolnost da mu nisu bili poznati podaci o finansijskom lizingu, Podaci upisani u registar nisu dokaz o postojanju svojinskih ili drugih prava na predmetu lizinga, niti o punovažnosti bilo kog pravnog posla.

5. Prava i obaveze učesnika u poslu finansijskog lizinga

Postoje određena ograničenja propisana u vezi sa zaključenjem ugovora o finansijskom lizingu.²¹ Ispunjenost uslova u pogledu minimalne nabavne vrednosti predmeta lizinga određuje se na osnovu nabavne vrednosti predmeta lizinga, bez obzira na to da li je predmet ugovora jedna ili više pokretnih nepotrošnih stvari. Bruto nabavna vrednost predmeta finansijskog lizinga razlikuje se u zavisnosti od isporučioaca, ali može se razlikovati zavisno od uslova koje davalac finansijskog lizinga

¹⁹ Zakon o Agenciji za privredne registre, "Službeni glasnik RS", broj 55/2004.

²⁰ Zakon o izmenama i dopunama zakona o finansijskom lizingu, "Službeni glasnik RS", br. 31/2011" od 17. maja 2011. godine.

²¹ Minimalni rok na koji se ugovor o finansijskom lizingu zaključuje ne može biti kraći od dve godine. Ugovorena nabavna vrednost predmeta lizinga ne može biti manja od 2.000 evra.

ima kod isporučioца. Primalac lizinga ima interes da ta vrednost bude što povoljnija za njega, jer njegove obaveze prema davaocu lizinga zavise od tog iznosa. Ugovaranje preostale vrednosti predmeta lizinga umanjuje visinu pojedinačne rate, ali stvara obavezu primaoca lizinga da, po isteku perioda na koji je ugovor o lizingu zaključen, plati veći iznos ukoliko želi da predmet lizinga pređe u njegovo vlasništvo. To znači da bi primalac lizinga, tokom perioda u kome plaća niže rate, trebalo da štediti određeni iznos, kako bi bio u mogućnosti da obezbedi veće plaćanje u budućnosti.

U pogledu visine iznosa koji primalac lizinga plaća davaocu lizinga u skladu s ugovorom (učesća koje se iskazuje u odnosu na bruto nabavnu vrednost predmeta lizinga), kao i odnosa ukupnih prihoda prema ukupnoj zaduženosti, za pravna lica nema nikakvih ograničenja, a za fizička lica ograničenja postoje ako je ugovor o lizingu zaključen na period do deset godina.²² Davaoci lizinga svojom poslovnom politikom određuju način i metodologiju procene kreditne sposobnosti primalaca lizinga koji se ne smatraju fizičkim licima u navedenom smislu.

Davalac finansijskog lizinga ima status pravnog lica, finansira lizing posao i predstavlja ugovornu stranu u ugovoru sa isporučioцем predmeta lizinga i u ugovoru sa primaocem lizinga. Davalac lizinga može biti samo pravno lice - privredno društvo registrovano isključivo za poslove finansijskog lizinga koje ispunjava zakonom propisane uslove (novčani deo osnovnog kapitala ne može biti manji od 100.000 evra u dinarskoj protivvrednosti, mora da poseduje dozvolu Narodne banke Srbije za obavljanje poslova finansijskog lizinga).²³ Davalac lizinga je dužan da do 15. u tekućem mesecu Narodnoj banci Srbije dostavi važeći obračun sredstava rezerve, kao i dokaz o tome da sredstva rezerve drži na posebnom računu koji je overen od strane banke. Davalac lizinga koji nije u obavezi da drži sredstva rezerve, treba da dostavi Narodnoj banci Srbije obaveštenje o tome.²⁴

Primalac lizinga može biti kako pravno, tako i fizičko lice. Davalac usluga je obavezan da pribavi predmet lizinga prema specifikaciji primaoca lizinga. Pravo svojine nad predmetom lizinga tokom trajanja ugovora o finansijskom lizingu pripada davaocu lizinga, pri čemu se tim ugovorom može predvideti pravo opcije otkupa predmeta lizinga. Primalac lizinga ima puno ovlašćenje da predmet lizinga drži i sve koristi uživa nesmetano tokom trajanja ugovora o finansijskom lizingu, ali ujedno snosi sve rizike i troškove koji proizlaze iz prava vlasništva, iako formalno-pravno nije vlasnik predmeta lizinga.

²² Ograničenja navedena za fizička lica ne odnose se na preduzetnika u smislu zakona kojim su uređena privredna društva, niti na poljoprivrednika (ali samo osiguranika poljoprivrednika u smislu zakona kojim je uređeno penzijsko i invalidsko osiguranje, odnosno nosioca registrovanog poljoprivrednog gazdinstva u smislu propisa kojim je uređen registar poljoprivrednih gazdinstava), ako predmet lizinga služi za obavljanje njihove osnovne delatnosti.

²³ Zakon o finansijskom lizingu, član 10.

²⁴ Odluka o minimalnim uslovima za zaključenje ugovora o finansijskom lizingu i o načinu iskazivanja lizing naknade i drugih troškova koji nastaju zaključenjem tog ugovora ("Službeni glasnik RS", br. 4/2006); Odluka o dopunama Odluke o minimalnim uslovima za zaključenje ugovora o finansijskom lizingu i o načinu iskazivanja lizing naknade i drugih troškova koji nastaju zaključenjem tog ugovora, "Službeni glasnik RS" br. 64/2006.

Davalac lizinga snosi odgovornost prema primaocu lizinga za pravne nedostatke predmeta lizinga (ukoliko treće lice polaže neko pravo na predmetu lizinga koje primaocu lizinga isključuje, umanjuje ili ograničava neometanu državinu predmeta) i odgovornost za pretrpljenu štetu po tom osnovu.²⁵ Davalac lizinga, pored osnovnih, ima i niz ostalih obaveza: da sačini konačan obračun lizing naknade i drugih troškova u vezi s lizingom i da ih podnese na uvid primaocu lizinga pre zaključenja ugovora o lizingu; da precizno odredi način, uslove i rokove izmene te rate, kada je ugovorom o lizingu predviđena mogućnost izmene; uz konačni obračun, primaocu lizinga obavezno uruči plan otplate koji je sastavni deo ugovora o lizingu; da sačini i uruči primaocu lizinga novi konačni obračun i novi plan otplate u slučaju promene nekih od uslova iz ugovora o lizingu.

Primalac lizinga je obavezan da preuzme predmet lizinga na način, u vreme i na mestu predviđenom ugovorom. On ima pravo na raskid ugovora o finansijskom lizingu, ukoliko predmet nije isporučen u skladu s ugovorom (ako isporučilac predmet ne isporuči, isporuči s docnjom ili ako predmet ima materijalni nedostatak), pravo na naknadu štete po tom osnovu i pravo na obustavljanje isplate naknade do isporuke koja je u svemu u skladu s ugovorom o lizingu. Primalac lizinga je obavezan da održava predmete lizinga, da plaća rate lizing naknade i drugih troškova koji nastaju zaključenjem ugovora. Drugi troškovi (troškovi obrade zahteva, upisa ugovora o lizingu u registar finansijskog lizinga, poreza, naknade za opciju otkupa i dr.) veoma su bitni sa aspekta poređenja različitih ponuda za finansiranje. Postoji mogućnost da se niske kamatne stope kompenzuju visokim drugim, troškovima koje naplaćuje davalac lizinga. Ugovorom o finansijskom lizingu treba da bude precizno određeno na koji način će promena referentne kamatne stope uticati na promenu rate lizing naknade.²⁶

Preuzimanjem obaveze čiji je iznos indeksiran u nekoj stranoj valuti, korisnik preuzima i znatan devizni rizik, osim u slučaju kada ima redovan novčani priliv u istoj toj valuti. Davalac finansijskog lizinga ugovara deviznu klauzulu kako bi se zaštitio od rizika promene deviznog kursa, u slučaju kada su njegove obaveze (izvori finansiranja) denominirane u toj valuti. Bitno je obratiti pažnju na kurs po kome se vrši preračun visine rate lizing naknade.

Primalac lizinga ima pravo da po isteku perioda lizinga otkupi predmet lizinga pod ugovorenim uslovima. Takođe, nakon perioda otplate je u mogućnosti i da

²⁵ Zakon o finansijskom lizingu, član 18.

²⁶ Najčešće je to situacija u kojoj dolazi do povećanja EURIBORA-a ili neke druge referentne kamatne stope. EURIBOR predstavlja kamatnu stopu na depozite u evrima na međubankarskom tržištu. U zavisnosti od ročnosti depozita, razlikuje se nedeljni, dvonedeljni, tronedeljni, mesečni, tromesečni i sl. EURIBOR. Razlog zbog kojeg davaoci lizinga ugovaraju ovakvu odredbu, jeste zaštita od rizika promene kamatne stope i najčešće predstavlja indikator da se kamata koju davaoci lizinga plaćaju svojim poveriocima određuje prema istoj referentnoj kamatnoj stopi. Za primaoca lizinga bitno je da zna da povećanje EURIBOR-a povlači za sobom povećanje visine njegove buduće mesečne obaveze prema davaocu lizinga i povećanje ukupne kamate, koju će morati da plati. Ukoliko je ugovorom predviđeno pravo primaoca lizinga da predmet otkupi na kraju perioda lizinga, izmena visine rate lizing naknade stvara i obavezu plaćanja dodatnog PDV-a zbog promenjene osnovice za njegov obračun. www.nbs.rs

pribavi potpuno nov predmet. Davalac lizinga ovo pravo može da uslovi plaćanjem određene naknade. Ako korisnik lizinga planira prevremenu otplatu ostatka lizing naknade i otkupi predmet lizinga, potrebno je voditi računa o tome da prevremena otplata ne može nastupiti pre isteka roka od dve godine. U tom periodu se najčešće otplati veći deo kamate, jer glavnica preostalog duga često ne opada srazmerno proteklom periodu.

Primalac lizinga je obavezan da osigura predmet lizinga, jer osiguranje predmeta lizinga je njegova zakonska obaveza, s tim što davalac lizinga tu obavezu ugovorom može preuzeti na sebe. Naknada štete se isplaćuje davaocu lizinga. Trošak osiguranja nije uključen u efektivnu stopu lizing naknade. Ukoliko davalac lizinga određuje društvo za osiguranje kod koga će predmet biti osiguran, primalac finansijskog lizinga gubi mogućnost da izabere društvo sa najpovoljnijim uslovima osiguranja. Primalac lizinga snosi odgovornost za štetu prouzrokovanu korišćenjem predmeta lizinga, za slučajno uništenje ili oštećenje predmeta lizinga od momenta preuzimanja predmeta.

Davalac lizinga ima pravo na raskid ugovora ukoliko primalac lizinga ne plaća ugovorenu naknadu. Ako primalac lizinga ne ispuní obavezu plaćanja lizing naknade o dospelosti u skladu sa ugovorom i davaocu lizinga ne preda dobrovoljno predmet lizinga, davalac lizinga može sudu podneti zahtev za donošenje rešenja o oduzimanju predmeta lizinga od primaoca lizinga ili lica u čijoj se državini predmet lizinga nalazi i predaju tog predmeta davaocu lizinga u državinu. Uz zahtev se podnosi zapisnik o sporazumu ugovornih strana. Postupak oduzimanja predmeta lizinga sprovodi se u roku od tri dana od dana donošenja tog rešenja.

Iporučilac predmeta lizinga ima obavezu isporuke predmeta lizinga primaocu lizinga na način, u vreme i na mestu koji su predviđeni ugovorom o isporuci. Iporučilac snosi odgovornost prema primaocu lizinga za materijalne nedostatke predmeta lizinga.²⁷ Obaveze i odgovornosti isporučioaca predmeta lizinga su: obaveza isporuke predmeta lizinga primaocu lizinga na način, u vreme i na mestu koji su predviđeni ugovorom o isporuci; odgovornost prema primaocu lizinga za materijalne nedostatke predmeta lizinga.

6. Zaključak

Finansijski lizing predstavlja jedan od načina finansiranja ulaganja u osnovna sredstva, odnosno pokretna nepotrošna dobra i javlja se kao alternativa sopstvenim sredstvima, bankarskim kreditima i zaduživanju putem emitovanja dužničkih hartija od vrednosti. Njegove prednosti su u tome što se ne umanjuje kreditna sposobnost primaoca lizinga. Ovakav vid finansiranja pogodan je za novoosnovana mala i srednja preduzeća, preduzetnike i sve privredne subjekte sa slabijom kreditnom sposobnošću, odnosno onima koji ne raspolazu sredstvima koja bi mogli da ponude na ime obezbeđenja kredita. Procedura odobrenja finansiranja je najčešće kraća, a

²⁷ Zakon o finansijskom lizingu, član 16.

transakcioni troškovi su manji u odnosu na tradicionalne vidove finansiranja, jer se dodatna sredstva obezbeđenja (npr. hipoteka) najčešće ne zahtevaju. Dodatna prednost финансијског лизинга, нарочито у случају новооснованих предузећа је могућност даваоца лизинга да предмет набави под повољнијим условима, на основу сарадње са испоруџиоцем предмета лизинга и промета који испоруџилац остварује преко њега.

Perspektive razvoja финансијског лизинга у Republici Srbiji zavise od brzine i stepena опоравка привреде, као и раста привредних активности. Уз опоравак привреде повећава се тражња за инвестицијима, а финансијски лизинг је инструмент који може значајно да помогне. Pored toga, значајан аспект за будући развој тржишта финансијског лизинга у Republici Srbiji представља и уведена могућност финансирања непокретности. U cilju razvoja финансијског лизинга у Republici Srbiji, потребно је urediti poresku politiku zemlje, а пре свега предузети мере за jačanje правног оквира финансијског лизинга путем доношења адекватних подзаконских аката.

Mirjana Knežević, Ph.D

Associate Professor at the Faculty of Economics University of Kragujevac

THE IMPORTANCE OF FINANCIAL LEASING IN MODERN BUSINESS

Summary

Financial leasing represents one of the ways of investing in financing of capital assets, i.e. movable, durable assets and provides an alternative to owner's equity, bank loans and contraction of debts through issuing debt securities. Its advantages are in that that credit capacity of the lease receiver (lessee) is not reduced. Such a mode of financing activity is convenient for newly-launched small and medium-size businesses, entrepreneurs and all economic entities with lower credit capacity, i.e. those who do not possess sufficient funds to be offered on behalf of credit security. The procedure for approval of financing is often shorter and transaction costs lower in comparison to traditional modes of financing due to the fact that additional funds for securing a debt (for example by mortgage) are not required. A further advantage of financial leasing, particularly in the event of newly established businesses, includes the opportunity for the lease provider (lessor) to obtain the item under favourable conditions, by virtue of the collaboration with the supplier of the leasing item and the accrued turnover that the supplier achieves from it.

The prospects for the development of financial leasing in the Republic of Serbia depend on the pace and degree of the recovery of the economy, as well as the growth of economic activities. With the recovery of the economy, the demand for investments increases and financial leasing is a tool which may facilitate it considerably. Moreover, a significant aspect for future development of the financial leasing market in the Republic of Serbia is also the introduced opportunity to finance immovable assets. With an aim to develop financial leasing in the Republic of Serbia, it is necessary to regulate the country's fiscal policy, and above all, adopt measures for strengthening the legal framework of financial leasing by means of introducing adequate by-law acts.

PРАВNA ZAŠTITA STRANIH INVESTICIJA U SRPSKOM I RUSKOM PRAVU

Prof. dr Drago Divljak*
Branimir Nešić**

***Apstrakt:** U radu se razmatraju pravni osnovi, instrumenti i mehanizmi pravne zaštite stranih investicija u srpskom i ruskom pravu, kako na planu pojedinosti, tako i u svojoj ukupnosti.*

Strukturiranje odgovarajućeg zaštitnog instrumenarija za strane investitore i postizanje njihove efektivnosti, zahteva i adekvatan pristup svakog nacionalnog prava. Optimalno delovanje u ovoj oblasti podrazumeva promišljenu razrađenu aktivnost u oblasti investicionog zakonodavstva, bilateralnih ugovora o investicijama i obezbeđenje korišćenja multilateralnog sistema garancija. Mehanizmi pravnih garancija i zaštite stranih ulaganja međusobno su povezani, i samo u svojoj ukupnosti daju željeni rezultat i efektivno stvaraju povoljnu klimu za investiranje i poboljšanje konkurentske sposobnosti jedne zemlje u ovom pogledu.

U obe navedene zemlje, sistem pravne zaštite stranih investicija može se okvalifikovati kao relativno dobro razvijen sistem, u kome je inostrana investicija solidno zaštićena. Ipak, u pogledu stanja pravne zaštite i stranih investicija, u kvalitativnom smislu prednjači srpsko pravo.

Za oba pravna sistema važi i ocena da primenjujuća praksa u oblasti pravnog regulisanja inostranih investicija poštuje potrebu usklađivanja nacionalnog zakonodavstva sa normama i standardima međunarodnog prava i savremene međunarodne prakse, što je posebno izraženo u srpskom pravu. Kao i stanje pravne zaštite u Rusiji, tako su i razvojne tendencije uslovljene, u najvećoj meri, specifičnom pozicijom i interesima ove zemlje.

***Ključne reči:** pravna zaštita, strane investicije, rusko pravo, srpsko pravo, pravno regulisanje, pravni mehanizmi, međunarodni ugovori, pravni standardi.*

U savremenim uslovima, ubrzan i održiv razvoj nacionalnih ekonomija, posebno onih manje razvijenih, kao i postizanje drugih poželjnih ekonomskih ciljeva,

* Проф. др Драго Дивљак, редовни професор Правног факултета у Новом Саду.

** Бранимир Нешић, докторанд Правног факултета, Универзитета РУДН, Москва.

poput jačanja izvozne i konkurentske sposobnosti, kao i modernizacije poslovanja ili povećanja zaposlenosti, nije moguće bez priliva stranog kapitala. Ovakva strateški bitna ekonomska pozicija stranih ulaganja je moguća zbot toga što ona u sebi sadrži tzv. investicioni paket, koji, pored svežeg kapitala, sadrži i novu tehnologiju, marketinška i menadžerska znanja i iskustva i olakšan pristup tržištima i finansijskim institucijama.¹ U sve zaoštrenijim konkurentskim uslovima u pogledu privlačenja stranog kapitala, vezanih za procese globalizacije i najnovije, ekonomske krize, optimalno zadovoljenje interesa svih zemalja u procesu investiranja posebno pretpostavlja i adekvatno rešavanje problema pravne zaštite stranih investicija, kao bitne pretpostavke stvaranja povoljnog pravnog ambijenta za ulaganja.

Zbog svog pravnog i ekonomskog značaja, rad koji sledi, ima za cilj upravo proučavanje ovog pitanja, ali u komparativnoj ravni srpskog i ruskog prava. Uspostavljanje navedene komparacije smatramo korisnim, ne samo zbog značaja ruskog prava, već i zbog izraženog prisustva stranih ruskih investicija na ovim prostorima. Pažnja će biti usmerena ka utvrđivanju opšte orijentacije, stanja i nivoa zaštite stranih investicija u navedenim pravnim sistemima. Analiziraće se i konkretni pravni mehanizmi i instrumenti, koji stoje na raspolaganju stranim licima u cilju zaštite svojih interesa, a proističu iz različitih pravnih osnova.

1. Sistem pravne zaštite stranih investicija u srpskom pravu

Naša zemlja, kao i sve zemlje uvoznice kapitala, u želji da stvori povoljnu investicionu klimu mora pružiti stranim investitorima što razrađeniji i efektivniji sistem pravnih garancija i zaštite stranih ulagača. Optimalno delovanje u ovoj oblasti podrazumeva promišljenu razrađenu aktivnost u oblasti investicionog zakonodavstva, bilateralnih ugovora o investicijama i obezbeđenje korišćenja multilateralnog sistema garancija. Navedeni mehanizmi pravnih garancija i zaštite stranih ulaganja međusobno su povezani, i samo u svojoj ukupnosti daju željeni rezultat i jedino tako efektivno mogu stvoriti povoljnu klimu za investiranje i poboljšanje konkurentske sposobnosti naše zemlje u ovom pogledu.

U našoj zemlji, u tom pogledu su već ranije učinjeni određeni napori. Naime, naša zemlja je ratifikovala najznačajniju međunarodnu konvenciju iz ove oblasti, Konvenciju o osnivanju Multilateralne agencije za garancije za strane investicije.² Neophodna pretpostavka za veći stepen sigurnosti stranih ulaganja, za privlačenje stranog kapitala, jeste mogućnost korišćenja dodatnih međunarodnih garancija od nekomercijalnih rizika. Sistem garancija Multilateralne agencije za garantovanje investicija ima specifičan cilj i usmeren je da umanj i otkloni postojeće barijere koje onemogućavaju rast stranih investicija, posebno u zemljama u razvoju.

¹ Voznenskaja, N.N, *Rossija v mirovom procesee dvizenija kapitalov u Predprinematelskoe pravo ob XXI veke*, Moskva, 2002, str. 109.

² U našoj zemlji je ratifikovana 1991. godine, Zakonom o ratifikaciji Konvencije o osnivanju Multilateralne agencije za garantovanje investicija i tumačenje konvencije, sa priložima. „Sl. list SFRJ“, Međunarodni ugovori, 91/4.

Nakon što su otklonjene ranije prisutne formalne prepreke, vezane za članstvo u relevantnim međunarodnim organizacijama, ispunjeni su svi formalni uslovi za efektivno korišćenje navedenog međunarodnog sistema garancija, s obzirom da su ovim sistemom međunarodnih garancija obuhvaćene samo investicije u zemljama urazvoju, u koje spada i naša zemlja.³

Jedan od opštih pravnih temelja, na kojima se zasniva moguća pravna zaštita ulagača, jesu i bilateralni sporazumi o promociji i zaštiti stranih investicija i o izbegavanju dvostrukog oporezivanja. Njima se jednostrano ili na uzajamnoj osnovi omogućava državama ugovornicama da obezbede realizaciju prava domaćih lica na teritoriji druge zemlje ugovornice. Ugovorno regulisanje tih pitanja daje određenu garanciju primene dogovorenog režima, nezavisno od kasnijih eventualnih izmena zakonodavstva druge zemlje-ugovornice. Njihova brojnost neprekidno raste.⁴ U praksi, velike izvoznice kapitala, imaju zaključenih na desetine, a neke i blizu stotinu ovih ugovora. Zahvaljujući diplomatskim naporima bivše Jugoslavije⁵ i današnje države Srbije, u sistemu zaštite stranih investitora u srpskom pravu, ovi ugovori su, takođe, postali nezaobilazni.

Optimalni priliv stranog kapitala suštinski zavisi od stepena zaštite koju pruža domaće zakonodavstvo. Za strana ulaganja od izuzetnog značaja su javnopravne garancije za strane ulagače. One su, zbog svog značaja, podignute u uporednom pravu na rang ustavne materije, a zakonodavac najčešće samo detaljno razrađuje takvu ustavnu normu. Uporednopravno posmatrano, glavnina investicionog zakonodavstva u poslednje vreme upravo je posvećena zaštiti stranih investicija. Garancije koje zemlje u razvoju pružaju stranim investitorima se sve šire postavljaju i detaljnije regulišu, a neke od njih i svojim imenom upućuju na takvu usmerenost.⁶ Opšti princip na kome se zasniva zaštita stranih investitora je princip nediskriminacije i nacionalni tretman, odnosno garantovanje potpune nacionalne zaštite stranih lica i fer i pravičnog tretmana.⁷

Osnovni kriterijumi procene kvaliteta i našeg zakonodavstva u ovoj oblasti su upravo vezani za pitanje pravne sigurnosti i stimulativnosti. Analizom novih zakonskih pravila o stranim ulaganjima, može se zaključiti da je učinjen značajan pomak

³ Čl. 14. Seulske Konvencije. Spisak zemalja koje će imati tretman zemalja u razvoju dat je u prilogu Konvencije. Čl. 24. Komentara Konvencije i par. 3.07. Operativnih pravila MIGA.

⁴ Stalno raste broj bilateralnih ugovora za stimulisanje i zaštitu direktnih stranih ulaganja. Tako ih je 1993. godine bilo 506, a sledeće već 570. To karakteriše sve vreme do osnivanja Svetske trgovinske organizacije, kada oni dobijaju drugačiji karakter.

⁵ Takva praksa započeta je sedamdesetih godina ovog veka, i u tom prvom krugu takvi ugovori su zaključeni sa SAD, Egiptom, Švedskom, Holandijom. Ratifikovani su i ugovori sa Francuskom („Sl. list. SFRJ”, Međunarodni ugovori, br. 49/76), Nemačkom („Sl. list. SFRJ”, Međunarodni ugovori, br. 7/90), Austrijom („Sl. list. SFRJ”, Međunarodni ugovori br. 12/90).

⁶ Uporedi: Zakon o promociji i garancijama investicionih aktivnosti Gruzije iz 1998. godine.

⁷ O tome: Mnoruzzaman, A.F.M, Expropriation of Alien Property and the Principle of Non-discrimination in International Law od Foreign Investment: An Overview, J. Transnational L. Policy, vol. 8:1, 1998.

u odnosu na ranije stanje. Naše zakonodavstvo o stranim ulaganjima, u formalnom smislu ispunjava većinu pretpostavki, pa se može oceniti uspešnim i u tom pogledu. Zaštita interesa ulagača podignuta je na kvalitativno drugačiji nivo. Osnovni cilj Zakona o stranim ulaganjima iz 2002. godine je bio da bude stimulativan za potencijalne ulagače, što je podrazumevalo pružanje pune pravne sigurnosti i zaštite. Zato u ovoj oblasti, u odnosu na pređašnje stanje, ima najviše inovacija. Garantovana prava su učinjena delotvornijim, a njihova zaštita efikasnija i potpunija, dok je paleta pravnih instrumenata zaštite njihovih prava proširena.

Sadržinski, najveći deo zakona je posvećen instrumentima zaštite i garanciji prava stranih ulagača.⁸ Bitnije od toga je što je opšti stepen zaštite, koji se načelno promovise ovim zakonom, na visokom nivou. Princip nacionalnog tretmana stranog ulaganja i princip da strani ulagač uživa punu pravnu sigurnost i pravnu zaštitu u pogledu prava stečenih ulaganjem u momentu registracije, i da ona ne mogu biti umanjena naknadnom izmenom zakona drugih propisa, u tom pogledu su veoma značajni. Ove garancije se posebno učvršćuju izričitim prioritetom tretmana stranog ulaganja, koji proizilazi iz međunarodnog ili bilateralnog ugovora koji je naša zemlja potpisala, u odnosu na tretman predviđen predmetnim zakonom.⁹

Potreba obezbeđenja odgovarajućih pravnih garancija i zaštita interesa stranih lica naročito je izražena u fazi realizacije stranih ulaganja.¹⁰ U tom kontekstu bilo je potrebno obezbediti i pravne garancije za ulaganja u oblasti zaštite svojinskih prava i prava slobodnog transfera dobiti i repatrijacije uloženog kapitala.

Zaštita svojinskih prava stranih ulagača primarno se vezuje za zaštitu od eksproprijacije. Zakonom o stranim ulaganjima iz 2002. godine, stranim ulagačima se pruža uobičajena, međunarodnim standardima¹¹ utvrđena zaštita od eksproprijacije i drugih mera države sa jednakim dejstvom.¹² I u skladu sa Zakonom o eksproprijaciji¹³, nepokretnost je moguće eksproprijisati ili ograničiti pravo svojine na njima, samo uz pravičnu naknadu koja ne može biti niža od tržišne cene nepokretnosti, ako to zahteva opšti interes, određen na osnovu zakona.¹⁴ Usko definisanje mogućnosti

⁸ Od ukupno 25 članova koje sadrži Zakon o stranim ulaganjima iz 2002. godine, čak sedam se odnosi na garantovana prava stranih ulagača.

⁹ Član 13. Zakona o stranim ulaganjima iz 2002. godine.

¹⁰ O jednom specifičnom vidu kompleksu zaštite vidi: moj rad *Postprivatizacija i strana lica – deo pravna zaštita*.

¹¹ Uporedi: *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment*, Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, Vol. II, The International Bank for Reconstruction and Development, 1992, str. 41-44; *Best Practices of International Investment*, A Paper for the EAC Investment Code Harmonization Seminar, Nairobi, March, 2000, str. 7.

¹² Zakon o stranim ulaganjima iz 2001. godine.

¹³ Zakon o eksproprijaciji, „Sl. glasnik RS“, br. 53/95, „Sl. list SRJ“, br. 16/2001 - odluka SUS i „Sl. glasnik RS“, br. 20/2009.

¹⁴ Čl. 1. Zakona o eksproprijaciji.

za eksproprijaciju¹⁵ i obezbeđenje naknade na odgovarajući način¹⁶, u dovoljnoj mери obezbeđuju interese investitora, ali i odgovaraju zahtevima Seulske konvencije. Adekvatnost naknade jedino može doći u pitanje, ako se ona utvrđuje po tržišnoj ceni u momentu donošenja prvostepene presude, s obzirom na vreme koje je potrebno za drugostepeno presuđivanje, a posebno u okolnostima značajnijeg poremećaja kursa nacionalne valute.¹⁷

S druge strane, difuzna i složena indirektna nacionalizacija nije lako rešiva ni za jedno pravo, pa ni za naše, i određeni rizici u ovom pogledu ne mogu se izbeći. Nije lako obezbediti da se zaštitne mere provuku kroz celokupno zakonodavstvo, koje u bilo kom aspektu reguliše pravni položaj stranog ulagača. Jedan opšti zaštitni princip u ovom pogledu, mogao bi biti efikasniji. Već spomenuti princip zabrane sužavanja prava iz Zakona o stranim ulaganjima iz 2002. godine, može odigrati navedenu ulogu, i rizik indirektnе nacionalizacije kod nas uspešno svesti na razmenu meru.

Mogućnost transfera se tretira kao fundamentalni princip privatne svojine¹⁸, a ne samo esencijalan aspekt režima stranih ulaganja. Minimalizacija ograničenja uz pružanje garancija za rizik netransferibilnosti se postavlja kao polazno načelo za nacionalne propise.¹⁹

U pravnom sistemu naše zemlje, stranim ulagačima se u pogledu rizika transfera pruža pravna zaštita u značajnoj mери. Ona je utvrđena i garantovana Zakonom o stranim ulaganjima, ali i Zakonom o deviznom poslovanju.²⁰ Opštom formulacijom u Zakonu o stranim ulaganjima stranom ulagaču se garantuje pravo, da po izmirenju obaveza, slobodno i bez odlaganja, u konvertibilnoj valuti transferiše sva finansijska i druga sredstva u vezi sa stranim ulaganjima, kako ona vezana za dobiti, tako i drugu imovinu vezanu za strana ulaganja.²¹

Ovakav načelan stav se razrađuje i u Zakonu o deviznom poslovanju iz 2006. godine, i to na način kojim se značajnije ne odstupа od međunarodnih pravila²² i standarda.²³

¹⁵ Vlada RS može utvrditi opšti interes samo u oblastima za koje nije sporno da sadrže u sebi javni interes. Član 20.1 Zakona o eksproprijaciji.

¹⁶ Čl. 41. Zakona o eksproprijaciji.

¹⁷ O standardima u toj oblasti: Friedland-Wong, Friedland-Wong, Measuring Damages for the Deprivation of Income –Producing Assets:ISID Case Studies, ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, 1991, str. 401-403.

¹⁸ Best Practices of International Investment, A Paper for the EAC Investment Code Harmonization Seminar, str. 8.

¹⁹ Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, Vol. II, The International Bank for Reconstruction and Development, str. 21.

²⁰ Zakon o deviznom poslovanju, „Sl. glasnik RS“, br. 62/06.

²¹ Član 12. Zakona o stranim ulaganjima iz 2002. godine.

²² Pravila Međunarodnog monetarnog fonda Čl. VI (3) omogućavaju državama članicama da preuzimaju mere kontrole, neophodne za regulisanje kapitalnih transakcija.

²³ Uporedi: Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment, Report to the Development

2. Pravni osnov i mehanizmi zaštite stranih investicija u ruskom pravu

Poput svih tranzicionih zemalja, i Rusija veoma veliku pažnju usmerava, kroz ekonomske i pravne nauke, ka inostranim investicijama. Kada se posmatra aktuelna praksa u ovoj oblasti, treba istaći da se i Rusija, kao i velika većina zemalja, trudi da u svom “arsenalu” pravnih instrumenata, kojima se štite inostrane investicije, ima gotovo sve tekovine modernog prava.

Osnovu ove oblasti čini Zakon Ruske Federacije o inostranim investicijama (od 02. jula 1999. godine) zajedno sa svojim izmenama i dopunama, od kojih su najvažnije one iz 2002, 2003 i 2007. godine. Donet u vremenu veoma živih tranzicionih procesa koji su zahvatili Rusiju devedesetih godina, ovaj Zakon je trebao da odgovori tadašnjem političkom i ekonomskom trenutku u ovoj zemlji. Takođe i da u kvalitativnom smislu napravi iskorak u odnosu na, do tada važeći, Zakon o inostranim investicijama RSFSR iz 1991. godine. U uvodnom delu Zakona, tako, stoji da je isti usmeren na privlačenje i efektivno iskorišćavanje inostranih materijalnih i finansijskih resursa, tehnici i tehnologiji prerade i iskustvu upravljanja, obezbeđivanju stabilnosti i uslova za delatnosti inostranih investitora i saglasnost pravnog režima inostranih investicija sa normama međunarodnog prava. Na neka od ovih polaznih smernica, Zakon o inostranim investicijama iz 1999. godine je veoma uspešno odgovorio i tako unapredio pravni sistem Rusije. Ovde se, pre svega, misli na jasno diferenciranje direktnih i indirektnih investicija, kao i njihova dalja razrada. Međutim, pojedina rešenja ovog Zakona su dovela do velikih polemika, posebno u naučnim krugovima, gde je po pitanju pojedinih instituta bio prilično kritikovan. Kritike i polemike su prvenstveno išle u smeru zaštite inostranih investicija, a koje su bile usmerene na neadekvatno i fragmentarno rešavanje koje donosi aktuelni Zakon Ruske Federacije o inostranim investicijama. Zakon o inostranim investicijama (član 8) govori da “vlasništvo inostranog investitora ili privredne organizacije sa inostranim investicijama ne podleže prinudnom oduzimanju, u tom smislu nacionalizaciji i rekviziciji, sa isključenjem slučajeva i po osnovama ustanovljenim federalnim zakonom ili međunarodnim ugovorom Ruske Federacije”. Dalje se kaže: “Pri nacionalizaciji, inostranom investitoru ili privrednoj organizaciji sa inostranim investicijama, nadoknađuje se vrednost nacionalizovanog vlasništva i drugi gubici.” Kako je i primjetno, aktuelni Zakon vrlo fragmentarno govori o kompenzaciji u slučaju prinudnog oduzimanja vlasništva inostranog investitora. Zakon o inostranim investicijama RSFSR, iz 1991. godine, uključio je specijalan član “Kompenzacija i nadoknada gubitaka inostranih investitora”, koji je bio napisan znatno opširnije i koji je bio u potpunoj saglasnosti sa normama međunarodnog investicionog prava. U njemu se navodilo da je “kompenzacija dužna odgovarati realnoj vrednosti nacionalizovane ili rekvizirane imovine, isplaćivati se bez neosnovanog odugovlačenja u toj valuti u kojoj je bila i investicija, ili bilo kojoj drugoj valuti, sa kojom je saglasan investitor.” Pri tom je ustanovljeno i da se “na sumu kompenzacije do njene isplate obračunava

Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, Vol. II 1992, str. 39.

kamata, a inostrani investitor ima pravo i na nadoknadu gubitaka, uključujući i izgublenu dobit.” Dakle, može se konstatovati da ova principijelna pravna rešenja, usmerena ka безусловnoj zaštiti inostranih investicija, potpuno odsustvuju u novom Zakonu o inostranim investicijama.²⁴

Kada se već razmatra institut kompenzacije, neophodno je pomenuti da, pored ovog očiglednog propusta ruskog zakonodavca (namernog ili slučajnog), na koji nam ukazuje autor “Komentara” važećeg ruskog zakona o inostranim investicijama, treba istaći i da je problem kompenzacije rešavan gotovo u svakom dvostranom sporazumu koji je Rusija zaključila sa preko 50 država. U njima, po pravilu, svakom prinudnom oduzimanju imovine inostranog investitora obavezno je sprovođenje brze, adekvatne i efektivne kompenzacije. Tako, na primer, sporazum Rusije sa Japanom (član 5) utvrđuje da je “kompenzacija dužna iznositi kao normalna tržišna vrednost kapitalnog ulaganja i dohotka u momentu kada je eksproprijacija, nacionalizacija ili bilo koja druga mera, koja im je jednaka po posledicama, bila objavljena ili kada su eksproprijacija, nacionalizacija ili slične mere donete, u zavisnosti od toga šta je proizašlo ranije, bez ranijeg ili kasnijeg snižavanja vrednosti koja je prethodila konfiskaciji, a koja je potom proizašla. Takva kompenzacija isplaćuje se bez zadržke i uračunava kamatu za sav period do momenta isplate. Ona mora biti praktično ostvariva, sa mogućnošću slobodne konverzije i prenosa.”²⁵

Postavlja se pitanje zbog čega aktuelni ruski Zakon, iako po mnogo čemu kvalitetniji od svoga prethodnika, pitanje zaštite inostranih investicija rešava sa manje uspeha od Zakona iz 1991. godine (donetog u godinama neposredno posle “Perestrojke” i prelaska na tržišni kapitalizam u vremenu ruskog “tržišnog zanosa”). Razloge toga treba tražiti, između ostalog, i u jačanju ekonomske snage Ruske Federacije, kao i postrožavanju uslova za inostrane investicije, a što je ranije već primenjivano u pravnim sistemima nekih zemalja tržišne privrede (Japan, Kanada, i dr.), kao i u mogućim previdima zakonodavca. Posmatrajući dalji razvoj ovog međunarodnog pravnog institute, moglo bi se reći da je u pitanju bilo ovo drugo, s obzirom da se u godinama koje slede uočava zakonodavna aktivnost koja je doprinela kvalitetnijem razvoju ovog instituta, odnosno unapređenju pravnog regulisanja inostranih investicija uopšte.

Kao dopuna Zakonu “o inostranim investicijama”, u Rusiji se pojavljuju “Zakon o investicionim fondovima” (od 29. novembra 2001. godine), “Zakon o investiranju sredstava radi finansiranja i sakupljanja penzionog staža u Ruskoj Federaciji” (od 24.07.2002. godine), kao i “Zakon o investicionoj delatnosti u Ruskoj Federaciji, ostvarenoj u formi kapitalnih ulaganja”²⁶. Kako mnogi savremeni ruski autori smatraju, ove zakonske dopune, uz još niz podzakonskih akata koji su doneti nakon toga, postepeno usaglašavaju aktuelno investiciono zakonodavstvo sa aktuelnim međunarodnim normama.

²⁴ Doronjina N.G., “Komentari Zakona o inostranim investicijama”, Moskva, 2000, str. 63-74.

²⁵ Žurnal ruskog prava, 2005, br. 2.

²⁶ www.allpravo.ru

Kada se već pominje usaglašavanje zakonodavstva sa međunarodnom praksom, potrebno je reći da je ovo oblast prava u kome je zakonodavna, ali i praktična delatnost, po samoj svojoj prirodi nezamisliva bez usklađivanja sa međunarodnim rešenjima.

Osvrt na ovu oblast međunarodnog privrednog prava, započet je još u SSSR-u, u vreme donošenja Vašingtonske konvencije (1965. godine), da bi stvarno značenje za savremenu Rusku legislativu i početak rada na usklađivanju ove oblasti sa međunarodnom teorijom i praksom, donelo stupanje na snagu Seulske konvencije (12.04.1988. godine). Ona je doneta sa ciljem zaštite inostranih investicija od nekomercijalnih rizika (pre svega političkih). Sa prelaskom na tržišnu privredu Rusija usvaja ovu Konvenciju i iz nje preuzima dobar deo rešenja.

Što se tiče drugih oblika multilateralnog regulisanja inostranih investicija, od velikog značaja za Rusiju (ali i za veliki broj zemalja bivšeg SSSR-a okupljenih u okviru Zajednice Nezavisnih Država) su regionalni sporazumi između ovih zemalja. Sporazum zemalja ZND "U oblasti investicione delatnosti" (od 24.12.1993. godine) reguliše se međusobno investiranje među zemljama bivšeg SSSR-a, a "Konvencijom o zaštiti prava investitora" (od 28.03.1997. godine) regulisana su pitanja zaštite stranih investicija, kako od komercijalnih, tako i od nekomercijalnih rizika.²⁷ Gotovo sve zemlje ZND-a veliki broj odredaba ovih sporazuma su inkorporirale i u svoja nacionalna zakonodavstva.

Pored aktuelnog Zakona o inostranim investicijama i nizu zakona koji ga prate, te posredno regulišu oblast inostranih investicija, primetno je da se i u Ruskom pravu prioritetni značaj daje dvostranim sporazumima Rusije sa drugim državama o uslovima i međusobnoj zaštiti inostranih investicija, što je u skladu sa svetskom praksom. "Do 01.01.2002. godine Rusija je imala zaključena 52 sporazuma u sferi zaštite inostranih investicija. Kao jedan od najvažnijih zadataka tih sporazuma javljalo se uspostavljanje jasnih, prostih i razumljivih pravila usmerenih na obezbeđivanje i regulisanje dopuštanja inostranih investicija na teritoriju države-receptienta investicije."²⁸

Ono što karakteriše dvostrane međunarodne ugovore o inostranim investicijama, koje zaključuje Rusija u poslednje vreme, je da se posebno insistira na institutu koji je u međunarodnom pravu poznat kao "režim apsolutnog standarda". On podrazumeva "ravnopravni" i "pravedni" režim, koji obezbeđuje punu i bezuslovnu zaštitu investicija u saglasnosti sa standardima međunarodnog prava. Dakle, radi se o nediskriminaciji, odnosno obavezi države u koju se ulaže, da zaštiti inostrano vlasništvo. Ogromna većina dvostranih ugovora, koje je Rusija zaključila sa drugim državama, sadrži termin "pravedni i ravnopravni" režim. "Svaka od ugovornih strana obezbeđuje pravedni i ravnopravni režim kapitalnim ulaganjima druge Ugovorne strane i neće putem primene neopravdanih ili diskriminacionih mera pristupati eksploataciji ili upravljanju kapitalnim ulaganjima investitora druge strane. Svaka od Ugovo-

²⁷ www.dogovor4you.ru

²⁸ Voznjesenkaja N.N. "Inostrane investicije: Rusija I svetsko iskustvo", Infra, Moskva, 2002, s.14-15.

rnih strana obezbeđuje takvim ulaganjima punu sigurnost i zaštitu.”²⁹ “Potrebno je, međutim, reći da norma “ravnopravni i pravedni” režim u mnogome ima deklarativni karakter. U njoj jeste “zafiksirana” volja države privući investicije i voditi politiku koja pogoduje stranim investitorima. Međutim, konkretnije formulisanje i definisanje dvostranih ugovora vrši se pomoću instituta i principa najpovlašćenije nacije”³⁰. O ovome se govori u dvostranim ugovorima sa mnogim državama. Princip najpovlašćenije nacije se, kao jedan od najvažnijih principa međunarodnih privrednih odnosa, veoma često susreće i u našim dvostranim ugovorima, tako da se, sa te strane, između ruskog i srpskog prava može ”povući paralela”.

Mada principi najpovlašćenije nacije i princip nacionalnog režima obavezuju na davanje izvanrednih povlastica, odnosno izjednačavanja sa nacionalnom privredom, oni ne ograničavaju pravo države da ustanovljava određene izuzetke iz tih principa u korist domaćih investitora. Tako, na primer, u Sporazumu Rusije i Koreje stoji da “svaka iz Ugovornih strana ostavlja za sebe pravo uspostavljati i čuvati, u saglasnosti sa svojim aktuelnim zakonodavstvom, ograničene izuzetke iz nacionalnog režima, a koji su u saglasnosti sa članovima 1 i 2 ovog Sporazuma.” Ovakve odredbe, mada neizbežne, prave dodatne probleme u regulisanju ionako složenog pitanja inostranih investicija. Sa njima se susreću, ne samo Rusija i Srbija, nego i sve druge države.

Rusko zakonodavstvo problem prava države da ustanovljava izuzetke u korist domaćih preduzeća reguliše na nekoliko mesta. Pre svega u Zakonu o inostranim investicijama, gde se u članu 4 govori da “ograničavajući izuzeci za inostrane investitore mogu biti uspostavljeni federalnim zakonima toliko u toj meri, koliko je potrebno u cilju zaštite osnova konkurentskih mogućnosti, zdravlja, prava i zakonskih interesa drugih lica, obezbeđenja odbrane zemlje i bezbednosti društva”. “Na međunarodnom nivou, pitanje izrade spiska grana ili sfera delatnosti, kojima mogu biti zabranjene ili ograničene međunarodne investicije na teritoriji Rusije, donete su prilikom pripreme Ugovora o uslovima i međusobnoj zaštiti kapitalnih ulaganja između Rusije i SAD. Rusija, u saglasnosti sa tim Ugovorom, ostavlja sebi pravo ustanoviti ili čuvati izuzetke iz nacionalnog režima u sledećim granama ili sferama delatnosti: proizvodnji elektroenergije, urana i drugih strateških sirovina i njihovih derivata, vlasništvu na zemlji, korišćenju prirodnih resursa, vlasništva na nepokretnoj imovini i obavljanja posredničkih operacija sa njima i dr. Dati spisak se sastoji iz 17 pozicija i umnogome je analogan američkoj strani.”³¹

²⁹ Sporazum Rusije sa Kraljevinom Holandijom.

³⁰ Usenko E.T., “Režim najpovlašćenije nacije u sovjetsko-američkim trgovinskim odnosima”, Sovjetska privreda i pravo, 1987, br. 9.

³¹ Šumilov V.M., “Međunarodno ekonomsko pravo”, Moskva, 2011, s. 44.

Zaključak

Srbija i Rusija, kao i sve zemlje zainteresovane za strani kapital u okviru kreiranja povoljne investicione klime, moraju pružiti stranim investitorima što razrađeniji i efektivniji sistem pravnih garancija i zaštite za njihova ulaganja. Reč je o definisanom i konzistentnom sistemu u ovoj oblasti, koji treba da obezbedi optimalan nivo zaštite njihovih interesa, kako kod pravnog zasnivanja, tako i kod realizacije stranih ulaganja.

Generalno, valjalo bi zaključiti da u obe navedene zemlje, sistem pravne zaštite stranih investicija se može okvalifikovati kao relativno dobro razvijen sistem, u kome je inostrana investicija solidno zaštićena. Ipak, u pogledu stanja pravne zaštite i stranih investicija (u kvalitativnom smislu) prednjači srpsko pravo, gde je omogućena pouzdana zaštita prava investitora, odnosno, ostvaren je, bar u formalnoj ravni, visok stepen zaštite njihovih interesa.

Za oba pravna sistema važi i ocena da primenjujuća praksa u oblasti pravnog regulisanja inostranih investicija poštuje potrebu usklađivanja nacionalnog zakonodavstva sa normama i standardima međunarodnog prava i savremene međunarodne prakse. To posebno važi za srpsko pravo, gde se pravna sigurnost stranih uloga obezbeđuje poštovanjem savremenih pravnih standarda njihove zaštite. I rusko investiciono zakonodavstvo, posebno u segmentu pravne zaštite inostranih investicija i pored zastoja i propusta, ipak ide u korak sa vremenom i uspeva da prati savremene tendencije prisutne u uporednom i međunarodnom pravu. Međutim, u oceni stepena razvoja ovog instituta u Rusiji i prisutnih tendencija, moramo biti svesni specifične pozicije i interesa ove zemlje.

Formalno ustrojeni sistem zaštite mora biti i dovoljno efikasan. To pretpostavlja i obezbeđenje poštovanja relevantnih pravila ponašanja i odgovarajući angažman pravosuđa. U tom pogledu, u oba pravna sistema postoji značajan prostor za napredak do željenog stanja.

**Prof. dr Drago Divljak
Branimir Nešić**

LEGAL PROTECTION OF FOREIGN INVESTMENTS IN SERBIAN AND RUSSIAN LAW

Summary

This paper examines legal basis, instruments and mechanisms of legal protection of foreign investments in Serbian and Russian law, in terms of its details as well as its totality.

Structuring the appropriate protective tools for foreign investors and accomplishing its efficiency demands an adequate approach of the national laws in question, respectively. Optimal activity in this field implies mindful and elaborate activity in the area of investment legislation, bilateral agreements regarding the investments and ensuring the usage of multilateral guarantee system. The legal guarantees mechanisms and foreign investments protection mechanisms are mutually connected and yield the desired results only in their totality, therefore effectively creating a favourable climate for investment and improvement of competitive ability of a country in this respect. .

The protective system of foreign investments of both countries can be qualified as a relatively well developed system, where the foreign investment is protected properly. Yet, with regards to the state of legal protection of foreign investment, qualitatively speaking, Serbian law precedes.

Both legal systems fall under the assessment that applied practice in the field of legal regulation of foreign investments appreciates the need to harmonise national legislation to the rules and standards of international law and contemporary international practice. This is especially valid for Serbian law. As well as the state of legal protection in Russia, the development tendencies are also conditioned mostly by the specific position and interests of this country.

Key words: *legal protection, foreign investments, Russian law, Serbian Law, legal regulation, legal mechanisms, international agreement, legal standards.*

ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ПОТРОШАЧА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Проф. др Драган Вујисић*
Доц. др Синиша Варга**

***Апстракт:** Правни положај потрошача у Србији уређен је, како Законом о заштити потрошача који је усвојен 2010. Године, а ступио на снагу 1. јануара 2011. Године, тако и низом других закона, пре свега, Законом о облигационим односима из 1978. године, али и низом других посебних закона који се, посредно или непосредно, односе и на потрошаче.*

Аутори су у раду анализирали нека од права потрошача, која су предмет Закона о заштити потрошача, и то право потрошача на информисаност, једнострани раскид уговора (право на покајање), заштиту од неправичних уговорних одредби и непоштеног пословања. Савремени тренутак, као и динамизам у развоју заштите потрошача у Србији, посебно се сагледава у процесу прикључења Србије Европској унији и одатле проистеклог Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица и Републике Србије из 2008. године и обавезе усклађивања домаћег законодавства и с оним сегментом права ЕУ који се односи на заштиту потрошача. Очигледан је утицај права Европске уније, односно тзв. потрошачких директива на уређење правног положаја потрошача у Србији.

***Кључне речи:** потрошач, трговац, права потрошача, информисање, једнострани раскид уговора, неправичне одредбе, непоштено пословање.*

Увод

Споразумом о стабилизацији и придруживању између Европске заједнице и њихових држава чланица и Републике Србије из 2008. године (у даљем тексту: ССП), истакнута је важност усклађивања српског законодавства са законодавством Заједнице, као и његова делотворна примена. Србија се обавезала да ће настојати да обезбеди постепено усклађивање постојећих закона и будућег законодавства са правним тековинама Заједнице. Такође, и да обезбеди

* Проф. др Драган Вујисић, Правни факултет у Крагујевцу.

** Доц. др Синиша Варга, Правни факултет у Крагујевцу.

да важеће и будуће законодавство буде правилно примењено и спроведено.¹ Обавеза усклађивања домаћег законодавства с правном тековином Европске заједнице изискује и усклађивање српског права с оним сегментом *acquis-a* који се односи на заштиту потрошача.² Као последица тога, 2010. године донет је нови Закон о заштити потрошача (у даљем тексту: ЗЗП).³

Српски ЗЗП, у првом поглављу (Уводне одредбе) гарантује осам основних права потрошача. То су права која су прокламована Резолуцијом Генералне скупштине ОУН 39/248 из 1985. године. Остала поглавља следе систематику у којој се може препознати утицај тзв. потрошачких директива ЕУ⁴ - обавештавање потрошача, непоштено пословање, заштита потрошача у остваривању права из уговора на даљину и уговора који се закључују изван пословних просторија, заштита потрошача у остваривању права из уговора који садрже неправичне уговорне одредбе, заштита потрошача у остваривању права из уговора о продаји робе, одговорност произвођача ствари с недостатком, заштита потрошача у остваривању права из уговора о пружању услуга, услуге од општег економског интереса, заштита потрошача у остваривању права из уговора о туристичком путовању и временски подељеном коришћењу непокретности. ЗЗП садржи и одредбе о носиоцима заштите потрошача, инспекцијском надзору, вансудском решавању потрошачких спорова, казнене и завршне одредбе.

Међутим, правно уређење заштите потрошача и развој заштите потрошача у Србији не треба везати само за ЗЗП из 2010. године.

Пре свега, потребно је истаћи Закон о облигационим односима из 1978. године (у даљем тексту: ЗОО)⁵. Овим законом је, по први пут у нашем праву, пружена правна заштита потрошачима. То је учињено одредбама чл. 542-551, којима је уређен уговор о продаји с оброчном отплатом цене. Иако се не користи термин *потрошач*, из чињенице да је заштита предвиђена тим одредбама

¹ Чл. 72. ССП.

² Чл. 78. ССП.

³ „Сл. гласник РС“, бр. 73/2010.

⁴ Најзначајније тзв. потрошачке директиве ЕУ су: Директива о заштити потрошача у случају уговора склопљених ван пословних просторија; Директива о путним аранжманима, аранжманима за одморе и аранжманима за организована путовања; Директива о одредбама које се противе начелу савесности и поштења (неправичним одредбама) у потрошачким уговорима; Директива о заштити потрошача код склапања уговора о продаји на даљину; Директива о заштити потрошача при истицању цена производа понуђених потрошачима; Директива о одређеним аспектима продаје робе широке потрошње и пратећим гаранцијама; Директива о продаји на даљину финансијских услуга намењених потрошачима; Директива о непоштојној пословној пракси привредних субјеката према потрошачима на унутрашњем тржишту; Директива о уговорима о потрошачким кредитима; Директива о заштити потрошача у погледу појединих аспеката временски подељеног коришћења непокретности, дугорочних производа за одмор, препродаје и размене; Директива о општој сигурности производа; Директива о одговорности за неисправан производ; Директива о судским и управним забранама за заштиту потрошача.

⁵ „Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85 ...

резервисана само за *купце појединце*, јасно се назире да је реч о посебном правном уређењу за потрошаче. У наведеним одредбама ЗОО присутни су елементи потрошачког правног уређења, као што су право на једнострану безразложну одустанак од уговора (чл. 544. ст. 2.), ништавост одредби неповољних за купца (чл. 551), и др. Ове се одредбе примењују и на уговоре о финансијском лизингу и уговоре о (потрошачком) зајму. Битно је истаћи да су сви ти, сада већ класични, елементи потрошачког законодавства у нашем правном поретку били предвиђени готово десет година пре него што је иста материја на скоро идентичан начин уређена у Европској заједници појединим Директивама.⁶ И одредбе које се односе на одговорност продавца и права купца у случају материјалних недостатака ствари (чл. 478-500 ЗОО), или гаранције продавца за исправно функционисање продате ствари (чл. 501-507 ЗОО), такође садрже елементе потрошачког правног уређења.

Друго, пре доношења ЗЗП 2010. године, у нашој земљи су доношена два закона истоветног назива. Први, 2002. године⁷, а други 2005. године.⁸ Закон из 2002. године донет је као савезни закон. Међутим, због уставних промена извршених 2003. године, овај закон, у међувремену је на основу Уставне повеље постао закон држава чланица – Србије са једне стране и Црне Горе са друге. Како су државе чланице имале надлежност за регулисање области заштите потрошача, обе су у току 2004. године припремиле нове законске нацрте, који су заменили Закон о заштити потрошача из 2002. године.⁹ У Србији је, тако, 2005. године донет Закон о заштити потрошача. Овај закон није могао бити дугог века. На то су, поред поменутог ССП-а, и одатле преузетих обавеза, динамизма у развоју заштите потрошача, утицали и недовољно потребна доследност у имплементацији директива ЕУ, недореченост у појединим питањима, терминолошке конфузије, претерани нормативни сукоб закона.

Треће, у Србији постоји и низ других посебних закона који се односе (и) на заштиту потрошача: Закон о општој безбедности производа, Закон о безбедности хране, Закон о јавном здрављу, Закон о стандардизацији, Закон о хемикалијама, Закон о дувану, Закон о оглашавању, Закон о електронској трговини, Закон о амбалажи и амбалажном отпаду, Закон о ракији и другим алкохолним напицима, Закон о техничким захтевима за производе и оцењивању усаглашености производа с прописаним захтевима, Закон о туризму, и др.¹⁰

⁶ М. Баретић, Заштита потрошача у Републици Хрватској - тренутно стање и перспективе, Зборник радова *Od caveat emptor do caveat venditor*, Правни факултет у Крагујевцу, 2009, стр. 74-75.

⁷ „Сл. лист СРЈ“, бр. 37/2002.

⁸ „Сл. гласник РС“, бр. 79/2005.

⁹ М. Станивуковић, Правна заштита потрошача у Србији - како се ослонити на искуства Европске заједнице и суседних земаља, *EU monitoring project in Serbia and Montenegro (2004)*, стр. 3.

¹⁰ Д. Вујисић, Заштита потрошача у праву Европске уније и праву Србије, *Право и привреда*, бр. 7-9/2001, стр. 202-204.

1. Право потрошача на информисање (обавештавање)

Потрошачки уговор јесте сваки уговор закључен између трговца, тј. лица које наступа на тржишту у склопу своје пословне делатности или у друге комерцијалне сврхе, и потрошача, тј. физичког лица које на тржишту прибавља робу или услуге у сврхе које нису намењене његовој пословној или другој комерцијалној делатности.¹¹ Дакле, може се разумно узети да потрошачки уговори представљају типичне ситуације неуравнотежености у нивоу информација доступних уговорним странама, тј. ситуације које укључују информативни мањак на страни потрошача у односу на трговца. То се односи, поготово, на трансакције које су веома сложене (као што је нпр. уговор о тајмшерингу), подразумевају коришћење нових технологија и носе специфичне ризике повезане са њима (електронска куповина, нпр.), не дају потрошачу прилику да види производ или утврди природу услуге пре закључења уговора (уговор на даљину), познато су нетранспарентне (потрошачки кредит, нпр.), итд.

Обавеза информисања заснива се на идеји према којој сваки уговорник има моралну дужност да свога саговорача обавести о чињеницама које су му важне за доношење одлуке да ли да уговор закључи или не.¹² Ранији принцип, према коме свако треба да се сам информише о ономе што га занима, уступио је место принципу, према коме обавештавање треба да омогући слободу избора и да допринесе доношењу ваљане одлуке поводом одређеног производа или посла.¹³

Наметање обавезе обавештавања (потрошача) је најблажи облик законске интервенције. То не представља мешање у принцип *pacta sunt servanda*, већ покушај да се обезбеди за обе стране да одлука да се закључи уговор почива на чврстим темељима. Обавеза обавештавања, отуда, сматра се као средство за јачање поштовања принципа *pacta sunt servanda*.¹⁴

Информације које је дужан да обезбеди трговац треба да буду осмишљене тако да су потрошачи, који се упусте у одређену трансакцију, у позицији да слободно и одговорно учине избор. У супротном, наметање обавезе обавештавања трговцу не мора увек да поправи постојећи информациони мањак потрошача. Јер, с једне стране, многи људи нису у стању да у било којој форми примају информације или су на то отпорни и немају и не желе да имају навику на подучавања у било којој форми; они једноставно не читају дуге стандардне пословне документе који су им презентовани. С друге стране, и још важније, из-

¹¹ Закон о заштити потрошача Србије, чл. 5. т. 1-3.

¹² М. Мићовић, О темељним правилима потрошачког права, Зборник радова *Od caveat emptor do caveat venditor*, Крагујевац, 2009, стр. 44.

¹³ М. Ђурђевић, Облигација обавештавања у уговорима о потрошњи, Право и привреда, бр. 5-8/2008, стр. 556.

¹⁴ Reinhard Zimmermann, *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*, Oxford University Press, 2005, с. 211.

нос обавезних информација није увек такав да доведе потрошача до примерног стања транспарентности - потрошач суочен са претераним и преоптерећујућим информацијама може бити једнако у стању неспособности да донесе одлуку засновану на доброј информисаности као неко ко није информисан уопште.¹⁵

Према ЗЗП, трговац је дужан да, пре закључења уговора о продаји робе или пружању услуга, потрошача, на јасан и разумљив начин, обавести о: основним обележјима робе или услуге; адреси и другим подацима који су од значаја за утврђивање идентитета трговца, као што су назив трговца или назив другог трговца у чије име тај трговац поступа; продајној цени или начину на који ће се продајна цена обрачунати ако се због природе производа продајна цена не може утврдити, као и о свим додатним поштанским трошковима и трошковима транспорта и испоруке и могућности да се ти трошкови могу ставити потрошачу на терет; начину плаћања, начину и року испоруке, начину извршења других уговорних обавеза, као и начину на који се поступа по притужбама потрошача; постојању права потрошача на једностранни раскид уговора под условима који су прописани законом; подршци коју трговац пружа потрошачу после продаје, уговорним гаранцијама и условима под којима потрошач има право на уговорне гаранције; времену на које је уговор закључен ако је закључен на одређено време, а ако је уговор закључен на неодређено време о условима за раскид уговора; минималном трајању уговорне обавезе потрошача ако је потребно одредити њено трајање; обавези потрошача да пружи било који облик обезбеђења на захтев трговца и о условима под којима та обавеза постоји. Терет доказивања извршења обавезе обавештавања потрошача сноси трговац. У случају да приликом закључења потрошачког уговора трговац не поступи у складу са обавезом обавештавања, потрошач може захтевати поништење уговора, независно од тога да ли је трговац имао намеру да га пропуштањем обавештавања наведе на закључење уговора. Право да се захтева поништај уговора престаје истеком годину дана од дана закључења уговора. Ако трговац и потрошач закључе уговор о продаји робе или пружању услуга, подаци који су предмет обавештавања потрошача постају саставни део уговора. Трговац није дужан да потрошача обавести о горе наведеним подацима, ако те појединости очигледно произилазе из околности закључења уговора о продаји робе или пружања услуга.¹⁶

2. Право потрошача на покајање

Информативна асиметрија није једини потенцијални извор неприхватљиве неравнотеже у уговорима закљученим између потрошача и трговаца. Друга ситуација је она у којој су потрошачи ухваћени на опрезу приликом закључења уговора; потрошачи, у неким ситуацијама у искушењу закључују уговоре који могу бити штетни за њихове интересе и који се због тога, након трезвог

¹⁵ Reinhard Zimmermann, нав. дело, с. 212.

¹⁶ Закон о заштити потрошача Србије, чл. 16.

размишљања, накнадно покају. Ово се обично дешава када је уговор закључен ван пословних просторија трговца (када трговац посети потрошача у његовој кући, или радном месту, а да потрошач није затражио да то уради, или када трговац користи могућност случајног сусрета на улици, у аутобусу и сл., са намером да разговара са потрошачем о закључењу уговору, или када су се странке састале у току слободног времена, и сл.), код уговора закључених на даљину и уговора о тајм шерингу. У овим ситуацијама на потрошача делује фактор изненађења који га ставља у изузетно неравноправном положају. Потрошач је, по правилу, неспреман за закључење уговора, јер није у могућности да упореди квалитет и цену понуде са осталим понудама за истоврсне производе (нарочито код уговора закључених ван пословних просторија трговца); није у могућности да види производ који купује и провери његов квалитет и његове остале карактеристике (нарочито код уговора на даљину); учесник је сложене трансакције, недовољно транспарентне трансакције, трансакције код које је изложен агресивним маркетиншким методама (нарочито, код уговора о тајм шерингу).¹⁷ Укратко, потрошач није у могућности да донесе трезвену одлуку о послу. Стога је потребно оставити му могућност да се у релативно кратком временском периоду *охлади*, размисли о закљученом уговору и, по потреби, да га раскине без икаквих негативних последица.¹⁸

Према ЗЗП, у случају закључења потрошачког уговора ван пословних просторија трговца, потрошачког уговора на даљину, као и уговора о тајм шерингу потрошач има право да у одређеном року од закључења уговора једнострано раскине уговор, не наводећи за то никакве разлоге.¹⁹ Ово право није предвиђено као опште правило, приликом закључења било којег потрошачког уговора, већ у посебно предвиђеним ситуацијама (код уговора закључених ван пословних просторија трговца, уговора на даљину и уговора о тајм шерингу).

Право на једнострану раскид уговора временски је ограничено и износи 14 дана од дана закључења уговора. У сваком случају, кад је ЗЗП-ом за потрошача предвиђено право на једнострану раскид уговора, трговац је дужан да обавести потрошача о постојању тог права. У супротном, рок за раскид уговора се продужава, односно почиње да тече од тренутка када потрошач прими обавештење о праву на једнострану раскид уговора. У случају спора, трговац је дужан доказати да је обавестио потрошача о његовом праву на једнострану раскид уговора. У случају да раскине уговор, потрошач мора вратити производ, има право на повраћај новца и не сме сносити никакве негативне последице раскида.²⁰

¹⁷ Basil Markesinis, Hannes Unberath and Anqus Johnston, *The German Law of Contract - A Comparative Treatise*, Oxford University Press, 2006, c. 271.

¹⁸ Reinhard Zimmermann, нав. дело, с. 213.

¹⁹ Закон о заштити потрошача Србије, чл. 35. и 114.

²⁰ Закон о заштити потрошача Србије, чл. 35.

Постоје случајеви, када потрошач не може једнострано раскинути уговор. Тако, потрошач не може једнострано раскинути уговор на даљину, осим ако је другачије уговорено, у случају уговора о: пружању услуга, ако је уз изричиту сагласност потрошача трговац започео пружање услуге пре истека рока за једнострану раскид уговора; продаји робе или пружању услуга чија цена зависи од промена на финансијском тржишту на које трговац не може да утиче; испоруци запечаћених аудио или видео-снимака или рачунарског софтвера, ако је потрошач испоручену робу отпечатио; играма на срећу. Када се ради о уговору који се закључује изван пословних просторија трговца, потрошач не може једнострано раскинути уговор у случају: уговора о испоруци хране, пића или друге робе намењене свакодневной потрошњи у домаћинству, коју је потрошач унапред изабрао путем средства комуникације на даљину и коју на адресу пребивалишта, боравишта или радног места потрошача доставља трговац који ту врсту робе редовно продаје у својим пословним просторијама; да у циљу отклањања непосредне опасности захтева извршење уговорне обавезе од трговца без одлагања, осим у погледу додатне робе која је продата, односно додатних услуга које су пружене, ако нису у непосредној вези са отклањањем непосредне опасности, осим ако је другачије уговорено.²¹

3. Право потрошача на заштиту од неправичних уговорних одредаба

ЗЗП, најпре, кумулативно, одређује услове под којима се потрошач сматра везаним уговорном одредбом: потрошач мора бити упознат са садржином уговорне одредбе пре закључења уговора; уговорна одредба мора бити изражена једноставним, јасним и разумљивим језиком, коју би схватио разуман човек потрошачевог знања и искуства (спорне одредбе потрошачког уговора тумаче се у корист потрошача); потрошач мора на њу пристати. Уговорна одредба чију је садржину одредио трговац на начин који наводи да је потрошач пристао на њу, осим ако изричито не нагласи да одредбу није прихватио, не обавезује потрошача.

Затим следи општа дефиниција неправичних уговорних одредаба (чл. 46. ЗЗП). Према њој, неправичном уговорном одредбом сматра се одредба уговора која за последицу има значајну несразмеру у обавезама уговорних страна на штету потрошача; или околност да извршење уговорне обавезе оптерећује потрошача без оправданог разлога; или околност да се извршење уговора значајно разликује од онога што је потрошач основано очекивао; која је противна захтеву јавности у поступању трговца, или је у супротности са начелом савесности и поштења.

Уговорна одредаба за коју се тврди да је неправична, процењује се с обзиром на природу робе или услуга на које се уговор односи; околности под којима је уговор закључен; остале одредбе истог потрошачког уговора или дру-

²¹ Закон о заштити потрошача Србије, чл. 39. и 40.

гог уговора са којим је потрошачки уговор повезан; начин на који је постигнута сагласност о садржини уговора и начин на који је, с обзиром на захтев јавности, потрошач обавештен о садржини уговора.

ЗЗП садржи и листу одредби које се сматрају неправичним (чл. 47. и 48.). Постоје две *категорије* ових одредби. Прву чине уговорне одредбе, које се без обзира на околности појединачног случаја сматрају неправичним, а другу, уговорне одредбе за које се претпоставља да су неправичне ако се не докаже другачије. Уговорне одредбе, које се без обзира на околности појединачног случаја сматрају неправичним су одредбе чији предмет или последица јесте искључење или ограничење одговорности трговца за случај смрти или телесних повреда потрошача, услед чињења или нечињења трговца; ограничење обавезе трговца да изврши, односно преузме обавезе које је у његово име или за његов рачун преузео пуномоћник односно налогопримац или повезивање обавезе трговца да изврши односно преузме обавезе које је у његово име или за његов рачун преузео пуномоћник односно налогопримац са условом чије испуњење зависи искључиво од трговца; искључење или ограничење права потрошача да покрене одређени поступак или да употреби одређено правно средство за заштиту својих права, а нарочито наметање обавезе потрошачу да спорове решава пред арбитражом на начин који је у супротности са одредбама овог закона; спречавање или ограничавање могућности да се потрошач упозна са доказима или пребацивање терета доказивања на потрошача у случају када је терет доказивања, у складу са законом, на трговцу. Неправичном уговорном одредбом сматра се и уговорна одредба на основу које трговац има: право да утврди да ли су испоручена роба или пружене услуге у складу са уговором; искључиво право тумачења уговорних одредаба. Уговорне одредбе за које се претпоставља да су неправичне ако се не докаже другачије, су одредбе чији је предмет или последица ограничење или искључење права потрошача према трговцу или трећој страни у случају потпуног или делимичног неиспуњења било које уговорне обавезе трговца, укључујући ограничење или искључење права потрошача да пребије потраживање које има према трговцу са потраживањем које трговац има према потрошачу; давање овлашћења трговцу да задржи све што је примио од потрошача у случају да потрошач повреди уговорну обавезу или одбије да закључи уговор, ако исто право није гарантовано потрошачу; обавезивање потрошача који је повредио уговорну обавезу да трговцу плати накнаду у износу који значајно премашује износ претрпљене штете; право трговца да једнострано раскине уговор у било ком тренутку, ако исто право није гарантовано потрошачу; право трговца да на било који начин повећа уговорену цену, ако није уговорено право потрошача да у том случају раскине уговор; и др. ЗЗП не одређује изричито да ли су уговорне одредбе које се сматрају неправичним набројане таксативно или само као пример неправичних уговорних одредаба. Остаје да одговор на ово питање да орган примене, односно суд.

Неправичне уговорне одредбе су ништаве. ЗЗП, међутим, не прецизира да ништавост поједине одредбе уговора не повлачи ништавост и самог уговора ако он може опстати без ништаве одредбе.

Закон о облигационим односима, такође, садржи две одредбе о неправичним уговорним одредбама. Тако, ништаве су одредбе општих услова које су противне самом циљу закљученог уговора или добрим пословним обичајима, чак и ако су општи услови који их садрже одобрени од надлежног органа. Суд може одбити примену појединих одредби општих услова које лишавају другу страну права да стави приговоре, или оних на основу којих она губи права из уговора или губи рокове, или које су иначе неправичне или претерано строге према њој.²²

4. Право потрошача на заштиту од непоштеног пословања

Посебно место у склопу уређења заштите потрошача заузима и материја непоштеног пословања. Радње непоштеног пословања представљају оне радње које трговци предузимају на штету интереса потрошача и које користе пре, за време и након закључења потрошачког уговора.²³ Заштити од непоштеног пословања српски ЗЗП посвећује поглавље III (чл. 19-27.). Чињеница издвајања у посебно законом уређено подручје говори о тежњама законодавца да овој материји посвети квалитетан простор и регулисање.

Непоштено пословање, односно свако непоштено чињење, нечињење, начин пословања или представљања, пословна комуникација, укључујући оглашавање које је непосредно повезано са промоцијом, продајом или испоруком производа потрошачима, које је предузео трговац, забрањено је *ex lege*.

ЗЗП даје дефиницију непоштеног пословања и то користећи тзв. негативну дефиницију. Пословање је непоштено ако је противно захтевима професионалне пажње; као и ако битно нарушава или прети да битно наруши економско понашање, у вези с производом, просечног потрошача на кога се то пословање односи или коме је изложен, односно понашање просечног члана групе, када се пословање односи на групу. Трговац битно нарушава економско понашање потрошача ако својим пословањем битно умањује способност потрошача да разборито одлучује, услед чега потрошач доноси економску одлуку коју иначе не би донео. А, економска одлука потрошача је одлука о томе да ли, на који начин и под којим условима да купи производ, да цену плати у целисти или делимично, да ли да задржи или да врати производ, или да искористи неко друго право у вези с производом које има по основу уговора, да ли да нешто учини или да се уздржи од каквог поступка.

²² Закон о облигационим односима, чл. 143.

²³ Д. Златовић, Имплементација Смјернице 2005/29/ЕС о непоштеним пословним праксама у хрватско право заштите потрошача, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Риједи (1991) в. 29, бр. 1, 2008, стр. 2.

Пословање које прети да битно наруши економско понашање јасно одређене групе потрошача, који су због своје психичке или физичке слабости, узраста или лакомислености нарочито осетљиви на ту врсту пословања или на дати производ, под условом да се од трговца могло основано очекивати да то предвиди, процењује се према просечном припаднику те групе потрошача.

Институт просечног потрошача није изричито одређен, па се тако може зависно о конкретної ситуацији другачије тумачити. Одговорност за целовито одређење просечног потрошача пала је тако на судове, који ће морати на основу стварних примера обликовати судску праксу.

Непоштено пословање не односе се на случајеве уобичајеног и допуштеног оглашавања које подразумева и давање претераних изјава или изјава које не треба узимати дословно.

ЗЗП даје и поделу појавних облика непоштеног пословања, тако да се непоштеним нарочито сматра обмањујуће пословање, насртљиво пословање, као и повреда дужности обавештавања.

Под обмањујућим пословањем сматра се пословање трговца, којим наводи потрошача да донесе економску одлуку коју иначе не би донео, тако што му даје нетачна обавештења или на други начин доводи или прети да доведе просечног потрошача у заблуду у погледу: постојања или природе производа; основних обележја производа која се односе на доступност, предности, ризике, начин израде, употребу, додатке који прате производ, помоћ која се потрошачима пружа после продаје и поступање по њиховим притужбама, начин и датум производње или пружања услуге, испоруку, подобност за употребу, начин употребе, количину, спецификацију, државу производње и државу порекла жига, очекиване резултате употребе или резултате спроведених тестова или провера; обавеза трговца и обима обавеза, разлога за одређено тржишно поступање и његове природе, означавања или указивања на лице које посредно или непосредно подржава или препоручује трговца или производ; цене или начина на који је обрачуната или постојања одређених погодности у погледу цене; потребе за сервисирањем, деловима, заменом или поправком; положаја, особина или права трговца или његовог заступника који се односе на њихов идентитет или имовину, квалификације и статус, својинских и права интелектуалне својине којима располажу, награда или признања која су примили; права потрошача, укључујући право на замену ствари или враћање новца или ризика којима може да буде изложен. Обмањујуће пословање обухвата и стварање општег утиска којим се просечни потрошач наводи да донесе економску одлуку коју иначе не би донео, без обзира на тачност обавештења која су му дата. Пословање се сматра обмањујућим ако трговац, узимајући у обзир све околности конкретного случаја, наводи или прети да наведе просечног потрошача да донесе економску одлуку коју иначе не би донео, тако што: оглашава производ, укључујући упоређујуће оглашавање и тиме отежава разликовање производа од других производа, жигова, назива других производа или ознаке конкурента; или, крши одредбе кодекса понашања којем је приступио.

Обмањујуће пословање пропуштањем трговца да предузме одређење радње постоји када трговац, узимајући у обзир све околности случаја, просторна и временска ограничења употребљеног средства комуникације и допунске мере које је предузео у циљу обавештавања потрошача, ускрати потрошачима битна обавештења која су просечном потрошачу потребна за разумно одлучивање, чиме наводи или прети да наведе просечног потрошача да донесе економску одлуку коју иначе не би донео; као и када скрива битне информације или информације пружа неблаговремено или на нејасан, неразумљив или двосмислен начин или када пропусти да истакне пословну сврху свог обраћања потрошачима чиме наводи или прети да наведе просечног потрошача да донесе економску одлуку коју иначе не би донео.

По угледу на Директиву 2005/29/ЕС (Прилог I)²⁴ и српски законодавац уређујући материју обмањујућег пословања прописао је тзв. црну листу у којој су наведени поступци који се у сваком случају имају сматрати обмањујућим пословањем: неистинита тврдња трговца да поступа у складу са одређеним кодексом понашања; неовлашћено истицање ознаке квалитета, знака од поверења или сличног знака од стране трговца; неистинита тврдња трговца да је одређени кодекс понашања одобрен од државног органа или одређене организације; неистинита тврдња трговца да његово тржишно поступање или продају производа, одобрава, подржава или помаже одређени државни орган или одређена организација или истинита тврдња исте садржине у случају да се трговац не придржава услова под којима му је дато одобрење, подршка или помоћ; позив трговца потрошачу да достави понуду за куповину неког производа по одређеној цени, ако трговац прикрива постојање основаног разлога за сумњу да ће моћи да испоручи тај производ или опрему или да ангажује другог трговца за испоруку производа по наведеној цени, у количини и року који би се могао очекивати с обзиром на врсту производа, обим оглашавања и понуђену цену; позив трговца потрошачу да учини понуду за куповину неког производа по одређеној цени, ако трговац у намери да потрошача наведе на куповину неког другог производа одбија да покаже потрошачу производ на који се оглас односи или одбија да прими наруџбину или да испоручи производ у примереном року или покаже потрошачу оштећени узорак производа на који се односи оглашавање; неистинита тврдња трговца да ће производ бити расположив у кратком року или да ће бити расположив у кратком року под одређеним условима, с циљем да се потрошач наведе да одлуку о куповини донесе без одлагања, односно да му се ускрати прилика или време потребно за доношење разумне одлуке; пропуштање трговца да потрошача, пре него што прихвати понуду, на јасан начин обавести да ће му након продаје одређеног производа пружити пратеће услуге на језику који није у службеној употреби у Републици Србији; неистинита тврдња трговца или стварање погрешног утиска да је одређени производ у промету у складу са позитивним прописима;

²⁴ Види, *The Unfair Commercial Practice, Luxemburg, 2006, str. 24.*

представљање права која су потрошачу гарантована законом као посебне предности коју трговац нуди потрошачу; употреба уредничког простора у медијима за оглашавање производа, то јест пропуштање трговца да у садржају огласа звуком или сликом нагласи да је реч о плаћеном оглашавању, а не о садржају иза којег стоји уредништво; неистинита тврдња трговца о природи и значају ризика коме потрошач излаже себе или своју породицу ако не купи одређени производ; оглашавање од стране трговца производа који подражава производ другог трговца и којим се потрошач намерно наводи на погрешан закључак да производе производи исти трговац; стварање, вођење или оглашавање од стране трговца система продаје производа у оквиру којег потрошач плаћа накнаду за могућност остварења прихода који не зависи од успешности продаје одређеног производа, већ од учествовања других потрошача у том систему продаје; неистинита тврдња трговца да престаје са пословањем или да се премешта у друге пословне просторије; тврдња трговца да одређени производ повећава шансу за победу у играма на срећу; неистинита тврдња трговца да одређени производ лечи одређену болест, поремећај функције или малформацију; пружање нетачних информација о условима на тржишту или могућности куповине одређеног производа на тржишту у намери да се потрошач наведе да производ прибави под условима који су неповољнији од уобичајених тржишних услова; тврдња да се расписује наградно такмичење или промотивна игра, ако се након тога не подели обећана награда или одговарајућа замена за њу; описивање производа речима гратис, бесплатно, без накнаде или другим речима сличног значења, ако је потрошач дужан да сноси било какав трошак осим неизбежног трошка јављања на оглас и преузимања односно испоруке производа; стављање рачуна или сличног документа којим се захтева плаћање у огласни материјал, чиме се код потрошача ствара погрешан утисак да је већ наручио оглашавани производ; неистинита тврдња или стварање погрешног утиска да трговац не поступа у оквиру своје пословне делатности, професије или заната или неистинито издавање за потрошача (представљање као потрошач); стварање погрешног утиска код потрошача да су након продаје одређеног производа пратеће услуге доступне и на територији друге државе осим државе у којој је производ продат; злоупотреба појма “гаранција” и израза са сличним значењем при закључењу уговора о продаји робе и оглашавању поводом продаје робе, ако по основу уговора о продаји робе потрошач не стиче више права, него што има у складу са овим законом.

Пословање се сматра насртљивим ако, узимајући у обзир све околности конкретног случаја, трговац узнемиравањем, принудом, укључујући физичку принуду или недозвољеним утицајем²⁵, нарушава или прети да наруши слободу избора или понашање просечног потрошача у вези са одређеним произво-

²⁵ Недозвољени утицај јесте злоупотреба позиције моћи, у циљу вршења притиска на потрошача на начин који битно ограничава способност потрошача да разумно одлучује, без обзира да ли се употребљава или ставља у изглед употреба физичке силе

дом и на тај начин наводи или прети да наведе потрошача да донесе економску одлуку коју иначе не би донео. (чл. 24. ЗЗП).

Дакле, у чл. 24. ЗЗП-а предвиђене су претпоставке, које морају бити испуњене, да би се неко понашање окарактерисало као насртљиво. Остаје да се утврди да ли у сваком конкретном случају постоји узнемиравање, принуда или недозвољени утицај, као кључне претпоставке да би одређена радња имала обележја насртљивог пословања.

Приликом одлучивања да ли је у пословању коришћено узнемиравање, принуда, укључујући и физичку принуду, или недозвољени утицај, водиће се рачуна о времену, месту, природи и трајању насртљивог пословања; употреби претећег или увредљивог језика или понашања; чињеници да трговац свесно, у намери да утиче на одлуку потрошача у вези са производом, користи несрећни случај који се догодио потрошачу или тешке околности у којима се потрошач налази, а које утичу на његову способност за расуђивање; тешкој или несразмерној вануговорној препреци коју трговац поставља потрошачу који жели да оствари своје уговорно право, укључујући право да раскине или поништи уговор или изабере други производ или другог трговца; претњи трговца да ће према потрошачу предузети одређену радњу која није у складу са законом.

И код одређивања насртљивог пословања законодавац је прописао поступке који увек имају обележја оваквих поступања. Насртљивим пословањем се, у сваком случају, смтара стварање утиска код потрошача да не може да напусти просторије док не закључи уговор; посета потрошачу, у његовом стамбеном простору, без његове претходне сагласности, осим ради остваривања потраживања из уговора; вишеструко обраћање потрошачу, противно његовој вољи телефоном, факсом, електронском поштом или другим средством комуникације на даљину, осим ради остваривања потраживања из уговора; захтев да потрошач који намерава да оствари своја права из полисе осигурања достави документа која се не могу сматрати значајним за оцену основаности његовог захтева или упорно избегавање да се одговори на захтев потрошача ради одвраћања од остваривања његових уговорних права; директно подстицање деце путем огласа да купе или утичу на родитеље или друга одрасла лица да за њих купе производ који је предмет оглашавања; захтев потрошачу да плати, врати или чува производ чију испоруку није тражио, осим у случајевима куповине на даљину; изричито обавештавање потрошача да су посао или егзистенција трговца угрожени ако потрошач не купи одређени производ или услугу; стварање погрешног утиска код потрошача да је освојио или да ће предузимањем одређене радње освојити награду или какву другу корист када награда или корист не постоји или ако је предузимање било које радње у циљу освајања награде или користи условљено тиме да потрошач плати одређену суму новца или претрпи одређене трошкове (чл. 25. ЗЗП).

Dragan Vujisic, Ph.D.,

Associate Professor, Law Faculty, Kragujevac, R. of Serbia

Sinisa Varga, Ph.D.,

Assistant Professor, Law Faculty, Kragujevac, R. of Serbia

THE LEGAL STATUS OF CONSUMERS IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The legal status of consumers in the Republic of Serbia is regulated with the Act on Protection of Consumers primarily, but also with the Act on Obligations as well as with many other acts which directly or indirectly relate to consumers protection.

In this paper the authors analyze some of consumers' rights which are laid down by the Act on Protection of Consumers. These are: right of consumers to be informed, right on unilateral cancellation of contract (right on repentance), right on protection from unfair terms in consumer contracts and unfair commercial practices. Development and dynamism of modern Consumer protection law in the Republic of Serbia is particularly seen in the context of a. process of joining of Serbia to European Union and from there ensuing 2008 Agreement on Stabilization and Association and of b. obligation of adjustment of domestic legislature to that segment of European law regarding to consumer protection. Influence of European Union law, i.e. consumer directives on the regulation on legal status of consumers in Serbia is obvious.

Key words: *consumer, merchant, consumer rights, information, unilateral cancellation of contract, unfair contract terms, unfair business.*

ХАРМОНИЗАЦИЈА ПРАВИЛА О УПРАВЉАЊУ У ДРУШТВИМА КАПИТАЛА

Др Дијана Марковић-Бајаловић*

***Апстракт:** Доношењем Закона о привредним друштвима напуштен је концепт дводоме структуре органа управљања у друштвима капитала у Републици Српској и прихваћен англосаксонски једнодоми модел. У законима којима се уређују привредна друштва за обављање појединих привредних делатности, као што су јавна предузећа, банке, друштва за осигурање, берзе и инвестициони фондови, задржан је дводоми модел. Закон о привредним друштвима не уређује питање важења одредаба о управљању привредним друштвима у посебним законима. Тиме се отвара проблем усаглашавања оснивачких аката и статута привредних друштава, јер су Закон о привредним друштвима и посебни закони донети за поједине привредне делатности неусаглашени, а у низу питања чак и противречни. Аутор анализира моделе управљања друштвима капитала у упоредном законодавству и разлике у уређивању управљања привредним друштвима у Закону о привредним друштвима и посебним законима и истиче да се сукоб Закона о привредним друштвима и посебних закона мора разрешити искључиво изменама закона. Аутор сматра да су правила о управљању друштвима капитала искључива материја Закона о привредним друштвима, док посебни закони треба да буду ограничени на уређивање специфичности управљања привредним друштвима у појединим привредним секторима.*

Законом о привредним друштвима¹ унете су велике измене у концепт управљања привредним друштвима у Републици Српској у односу на раније важећи Закон о предузећима.² Питање управљања привредним друштвима истовремено је посебно уређено законима донетим за поједине привредне

* Др Дијана Марковић-Бајаловић, ванредни професор Правног факултета Источно Сарајево.

¹ „Сл. гласник РС“, бр. 127/2008 и 58/09.

² „Сл. гласник РС“, бр. 24/98, 62/2002, 66/2002, 38/2003 и 97/2004.

делатности, као што су: Закон о јавним предузећима³, Закон о банкама⁴, Закон о друштвима за осигурање⁵, Закон о тржишту хартија од вредности⁶ и др. Поједини од тих закона одражавају концепт управљања привредним друштвом који је био постављен Законом о предузећима, док се у другим то питање уређује на особен начин. Циљ овог рада је да анализира разлике у уређивању управљања привредним друштвима у ЗПД и посебним законима, како би се одговорило на питање могућности даље примене правила о управљању привредним друштвима прописаних посебним законима.

1. Модели управљања друштвима капитала у упоредном законодавству

Проблем изналажења одговарајућег модела управљања друштвима капитала у жижи је интересовања правне теорије и упоредног законодавства већ више од пола века. По први пут је уочен у времену између два светска рата, када су се у западној Европи и Северној Америци појавила акционарска друштва са великим бројем акционара. Класична теорија о управи друштва као заступнику интереса акционара више није могла успешно да разреши проблеме изазване стварним односима у акционарском друштву, у коме је управа наступала као репрезент интереса већинских, односно контролних акционара и финансијских организација којима су мали акционари поверили своје акције на руковање. Тада настаје теорија о друштвеној одговорности компанија. Ова теорија је извршила велики утицај на законодавца модерног доба, који формулисањем модела управљања у законима о привредним друштвима тежи да обезбеди да управа друштва капитала у вођењу послова друштва остварује интересе свих конституената друштва, већинских и мањинских акционара, односно чланова, запослених и поверилаца друштва, али и шире друштвене интересе.

Законско уређивање управљања друштвом капитала треба да допринесе остваривању два основна циља: 1) самосталности у раду професионалне управе, неопходне ради ефикаснијег руковођења друштвом и постизања равнотеже интереса свих друштвених конституената и 2) ефикасног надзора над радом управе, како би се спречила злоупотреба њених овлашћења за задовољавање личних или партикуларних интереса.

Тражећи адекватан одговор на постављене захтеве упоредно законодавство о акционарским друштвима (јер је осамостаљивање управе у тој врсти друштава капитала највише изражено, па тиме и проблем ефикасне контроле рада управе добија већу тежину) понудило је два модела управљања: једнодоми и дводоми.

³ „Сл. гласник РС“, бр. 75/2004.

⁴ „Сл. гласник РС“, бр. 44/2003.

⁵ „Сл. гласник РС“, бр. 17/2005 и 74/2010.

⁶ „Сл. гласник РС“, бр. 92/2006 и 34/2009.

Једнодоми модел управљања потиче из англосаксонског права. Битна карактеристика англосаксонског компанијског законодавства јесте да се питање управљања компанијама само овлаш уређује законом, док се структура органа управљања, њихове надлежности и однос према другима органима друштва детаљно уређују аутономним изворима права: кодексима корпоративног управљања, модел законима и статутима.

Тако британски Закон о компанијама предвиђа да свака компанија мора имати једног директора, а да отворене компаније морају имати најмање два директора.⁷ У пракси се у великим компанијама редовно формира колективни орган састављен од директора – одбор директора (*board*). Корпоративни закони у САД предвиђају да корпорацијом управља одбор директора.⁸ Кодексима корпоративног управљања и статутима компанија структура одбора је постављена тако да састав одбора чине извршни и неизвршни директори. Извршни директори оперативно управљају компанијом, док неизвршни директори контролишу рад извршних директора. Британски Кодекс корпоративног управљања предвиђа да неизвршни чланови одбора имају кључну улогу у постављању и разрешењу извршних директора и одређивању накнаде извршним директорима, надзиру испуњење постављених циљева и задатака у вођењу послова компаније и контролишу исправност финансијских извештаја и извештаја о раду које подносе извршни директори. Одвојеност улога извршних и неизвршних директора разграничена је и институционално, правилом да исто лице не може истовремено обављати функцију председника одбора и главног извршног директора (*Chief Executive Officer - CEO*).⁹ Компаније листиране на берзи подлежу стриктним правилима о структури и саставу органа управљања прописаним секторским правилима којима се уређује тржиште хартија од вредности и правилима берзи. Тако правила Њујоршке берзе и *NASDAQ* тржишта акција предвиђају да одбори директора листираних компанија морају имати посебна тела (одборе или комитете) задужена за ревизију финансијских извештаја, избор директора и накнаде. Већина чланова тих тела морају бити независни, што значи да не смеју бити у финансијским или родбинским везама са компанијом, извршним директорима или контролним акционарима.¹⁰

Немачки Закон о акционарским друштвима из 1965. године поставио је темељ дводомом моделу управљања. У том моделу свакодневно, оперативно вођење послова друштва поверено је управи, која се може састојати од једног или више директора. Надзор над радом управе у надлежности је посебног органа – надзорног одбора, који именује и разрешава управу, контролише њен рад, заступа друштво у односима према управи и одобрава послове веће вред-

⁷ Чл. 154. и 155. Закона о компанијама из 2006. (*Companies Act 2006*).

⁸ Чл. 141а Општег закона о корпорацијама државе Делавер (*Delaware General Corporation Law*) и чл. 8.01(б) Модел закона о корпорацијама САД (*Model Business Corporation Act*).

⁹ Тач. А.2 Кодекса корпоративног управљања из 2010. (*Combined Codex of Corporate Governance*).

¹⁰ A. Cahn, D. Donald, *Comparative Company Law*, Cambridge 2010. с. 305-306.

ности и послове у којима постоји сукоб интереса чланова управе са друштвом. Институционална раздвојеност функција оперативног управљања и надзора обезбеђена је забраном истовременог обављања функција члана управе и надзорног одбора у истом друштву или његовим зависним друштвима.¹¹ Немачким кодексом корпоративног управљања препоручује се отвореним акционарским друштвима формирање помоћних тела надзорног одбора, међу којима су одбор за ревизију, одбор за именовања, одбор за финансијска питања и инвестиције, одбор за стратешко управљање и др.¹² Специфичност управљања акционарским друштвима у немачком праву јесте институционализовано учешће запослених у управљању друштвом, уведено Законом о саодлучивању из 1976¹³, који предвиђа да надзорни одбори акционарских друштава са преко две хиљаде запослених имају паран број чланова, од којих половину чине представници запослених. Председник надзорног одбора и његов заменик бирају се гласовима најмање две трећине чланова надзорног одбора, чиме се обезбеђује да председник надзорног одбора мора имати подршку представника запослених.¹⁴

Неразрешене дилеме око прихватања концепта једнодоме или дводоме структуре органа управљања акционарског друштва и увођења института радничког саодлучивања у европско законодавство основни су разлози дуготрајног процеса израде предлога Пете компанијске директиве ЕУ¹⁵, који је доживео две измене, а коначан предлог никада није усвојен.¹⁶ Предлогом се дозвољава државама чланицама да оптирају између једнодоме и дводоме структуре органа. Ако се државе чланице одреде за дводоми модел, акционарско друштво има два органа, један надлежан за непосредно вођење послова друштва и други надлежан за надзор над управом. У једнодомом моделу управа се састоји од извршних и неизвршних чланова. Број неизвршних чланова мора бити већи од броја извршних чланова и дељив са три.¹⁷ Предлогом Пете директиве предност се даје дводомом моделу управљања, али се државама чланицама пружа могућност прихватања алтернативног модела у коме оснивачи друштва имају

¹¹ Чл. 100. немачког Закона о акционарским друштвима.

¹² Тач. 5.3. немачког Кодекса корпоративног управљања из 2006.

¹³ *Mitbestimmungsgesetz*, (4.5. 1976, B.G.Bl. I, 1153).

¹⁴ Најчешће се дешава да предложени кандидат не добије потребну двотрећинску већину у првом кругу гласања. За избор у другом кругу довољна је обична већина гласова, па у пракси потребну већину гласова за избор председника најчешће добија представник акционара, док се за његовог заменика бира представник запослених.

¹⁵ *Proposal for a Fifth Directive to Coordinate the Safeguards Which, for the Protection of Interests of Members and Others, are Required by Member States of Companies Within the Meaning of the Second Paragraph of Article 58th of the Treaty, as Regards the Structure of Sociétés Anonymes and the Powers and Obligations of Their Organs*, COM (72)887 final, 27.9.1972.

¹⁶ Вид. W. Kolvenbach, *EEC Company Law Harmonization and Worker Participation*, University of Pennsylvania Journal of International Business Law, 1989. с. 709-788

¹⁷ Ова стога што у појединим од понуђених варијанти радничког саодлучивања, представници запослених чине најмање 1/3 чланова органа управљања.

право одређења за једнодоми или дводоми модел. Предлогом је предвиђено и неколико алтернативних модела учешћа представника запослених у органима управљања друштвом.¹⁸

Упркос неуспелом покушају хармонизације правила о управљању акционарским друштвима на европском нивоу, предлог Пете компанијске директиве ипак је остварио изванредан утицај на законодавство држава чланица ЕУ и држава кандидата. Изменама компанијских закона извршених последњих година практикује се да се оснивачима омогући избор једног од понуђених модела управљања акционарским друштвом.

Једнодоми модел управљања примаран је избор француског законодавца. Отвореним акционарским друштвом управља одбор директора, који има најмање три, а највише 18 чланова.¹⁹ Оснивачким актом или статутом се може предвидети да у састав одбора улазе и представници запослених, чији број не може прећи 1/3 од укупног броја чланова одбора. Оснивачким актом или статутом друштва може се предвидети да отворено акционарско друштво има два органа, управу и надзорни одбор.²⁰ Управа је инокосни или колективни орган. Чланове управе бира надзорни одбор, а разрешава их скупштина акционара или надзорни одбор, ако му је то овлашћење дато оснивачким актом или статутом. Надзорни одбор стално надзире рад управе и одобрава поједине послове које управа закључује у име друштва. Управа редовно, а најмање тромесечно подноси надзорном одбору извештаје о раду. Надзорни одбор задужен је и за организацију ревизије финансијских извештаја. У састав надзорног одбора могу ући представници запослених, ако је то предвиђено оснивачким актом или статутом.

У Хрватској, изменама Закона о трговачким друштвима извршеним 2007. године²¹, оснивачима акционарског друштва допуштен је избор између дводоног и једнодоног модела управљања. Претходно је хрватско компанијско законодавство у потпуности преузимало немачки модел управљања акционарским друштвом. Он и сада има улогу *default* модела, који се примењује у случају да статутом није предвиђено да друштво има управни одбор као једини орган.²² У друштву у коме постоји управни одбор, тај орган бира и опозива једног или више извршних директора. Ако их је више, један од њих мора бити главни из-

¹⁸ У првој варијанти (немачки модел), запослени бирају између 1/2 и 1/3 представника у органу управљања. У другој варијанти (холандски модел), орган управљања кооптира представнике запослених, а скупштина друштва или представници запослених могу блокирати именовање појединог кандидата. У трећој варијанти, у друштву се формира посебан орган који чине представници запослених, са искључиво саветодавном улогом. Коначно, у четвртој варијанти, колективним уговором између представника запослених и послодавца уређује се начин остваривања права запослених на учешће у управљању.

¹⁹ L225-27 Француског трговачког законика.

²⁰ L225-57 Француског трговачког законика.

²¹ „Народне новине РХ“, бр. 107/2007.

²² Чл. 272а Закона о трговачким друштвима Хрватске.

вршни директор. Чланови управног одбора могу бити именовани за извршне директоре, али само тако да већину чланова управног одбора чине неизвршни директори.²³

Словеначки законодавац такође је одскора увео могућност оптирања за дводоми или једнодоми модел управљања: „Друштво може да изабере дводоми модел управљања друштвом са управом и надзорним одбором или једнодоми модел управљања друштвом са управним одбором.“²⁴ Дводоми модел у потпуности је уређен по узору на немачко право. У друштву које се определило за један орган – управни одбор, послови текућег управљања друштвом могу се поверити на обављање извршним директорима. Чланови управног одбора могу бити извршни директори, са изузетком акционарских друштава чије су акције уврштене на организовано тржиште хартија од вредности. Више од половине чланова управног одбора у тим друштвима морају бити неизвршни чланови.²⁵ Надзорни одбор, односно управни одбор може именовати комисије као помоћна тела, а у отвореним акционарским друштвима обавезно се именује комисија за ревизију.²⁶

Упркос великим разликама између једнодоме и дводоме структуре органа управљања може се приметити да су у оба модела присутни одређени заједнички елементи, који су резултат општеприхваћених претпоставки доброг корпоративног управљања. У једнодомом моделу такође се издваја се оперативна функција управљања и надзорна функција. Иако те две функције нису законом институционализоване, као што је то случај у земљама које преферирају дводоми модел, добра пракса корпоративног управљања прихваћена у земљама са једнодомим моделом налаже њихово раздвајање, посебно у великим акционарским друштвима (мерено бројем акционара, оствареним прометом или другим параметрима) и друштвима чије се акције котирају на берзи. Оперативна функција поверава се извршним директорима, док неизвршни чланови врше надзорну улогу. Неизвршни чланови чине већину управног одбора, јер се тиме обезбеђује њихов претежан утицај на одлучивање. Институционално раздвајање неизвршних и извршних чланова постиже се раздвајањем функција председника управног одбора и главног извршног директора и захтевом да председник управног одбора повремено држи седнице само са неизвршним члановима.²⁷ У дводомом моделу управа, иако институционално одвојена и са законским гаранцијама самосталности у вођењу послова, ипак је потчињена надзорном одбору, који је поставља и разрешава и има законска овлашћења да непосредно и посредно, путем органа за ревизију, врши контролу њеног рада.

²³ Чл. 272л Закона о трговачким друштвима Хрватске.

²⁴ Чл. 253. ст. 2. Закона о привредним друштвима Словеније („Uradni list RS“, бр. 65/2009).

²⁵ Чл. 290. и 291. Закона о привредним друштвима Словеније.

²⁶ Чл. 279. Закона о привредним друштвима Словеније.

²⁷ Тач. А.4.2. британског Кодекса корпоративног управљања.

Фактичко приближавање оба модела потврђено је чињеницом да се у појединим европским државама избор модела управљања сада препушта члановима друштва на аутономно уређивање.

2. Управљање друштвима капитала према општим прописима о привредним друштвима у Републици Српској

Законом о предузећима структура органа управљања у друштвима са ограниченом одговорношћу и акционарским друштвима била је уређена као дводома, уз одређене специфичности у односу на класичан немачки модел. Обавезни органи у свим друштвима капитала били су скупштина и директор, а у акционарским друштвима са преко 50 акционара и друштвима капитала са преко 100 запослених постојали су још управни одбор и надзорни одбор као обавезни органи. Кључна разлика у односу на немачки дводоми модел огледала се у томе што је скупштина друштва непосредно бирала и разрешавала чланове оба органа. Управни одбор сазивао је седнице скупштине, утврђивао предлог дневног реда и предлоге аката које скупштина доноси. Управни одбор је непосредно одговарао скупштини друштва за свој рад, којој је био обавезан да подноси извештаје о раду. Надзорни одбор вршио је контролну функцију извештавањем скупштине друштва и давањем својих мишљења о актима које управни одбор подноси скупштини на усвајање.

Усвајањем Закона о привредним друштвима у Републици Српској концепција управљања друштвима капитала доживела је радикалан преображај.

Новим законом, у основи је прихваћен англосаксонски једнодоми модел управљања са управним одбором, као колективним органом, односно директором као инокосним органом. У друштвима са ограниченом одговорношћу и затвореним акционарским друштвима друштво може одлучити да ли ће имати инокосни орган управљања – директора, или колективни орган - управни одбор. Отворено акционарско друштво обавезно има управни одбор.²⁸ Управни одбор отвореног акционарског друштва чије су акције уврштене на службено берзанско тржиште обавезно има већину неизвршних чланова, од којих су најмање два члана независна.²⁹ Отворено акционарско друштво обавезно има извршни одбор. Чланови извршног одбора могу ући у састав управног одбора, али њихов број мора бити мањи од половине укупног броја чланова управног одбора.³⁰ У отвореним акционарским друштвима чије су акције уврштене на службено берзанско тржиште обавезни органи су још и комисије управног одбора за именовања и накнаде. Функција ревизије издвојена је и поверена посебним органима. Одбор за ревизију и интерни ревизор су обавезни органи у отвореним акционарским друштвима чије су акције уврштене на службено

²⁸ Чл. 298. Закона о привредним друштвима.

²⁹ Чл. 301. Закона о привредним друштвима.

³⁰ Чл. 313. ст. 5. Закона о привредним друштвима.

берзанско тржиште, а факултативни органи у затвореном акционарском друштву и друштву са ограниченом одговорношћу.

Председник управног одбора је истовремено и генерални директор друштва, ако оснивачким актом или статутом није друкчије предвиђено.³¹

У надлежности управног одбора су следећа питања: управљање развојем друштва и стратегијом и надзирањем извршних директора и администрације друштва; утврђивање или одобравање пословног плана друштва; сазивање седнице скупштине акционара и утврђивање предлога дневног реда; давање и опозивање прокуре; утврђивање предлога одлука скупштине акционара и контрола њиховог спровођења; издавање акција у оквиру лимита утврђеног оснивачким актом и законом; издавање заменљивих обвезница, обвезница, варанта и других хартија од вредности, у оквиру лимита утврђеног оснивачким актом и законом; избор и разрешење извршних директора, одобравање услова уговора које друштво закључује са њима и утврђивање висине њихове накнаде; утврђивање износа и дана дивиденде, дана плаћања и поступка исплате дивиденде, када му је оснивачким актом дато то овлашћење; одлучивање о свим другим питањима која су му поверена у надлежност Законом о привредним друштвима, оснивачким актом и статутом.³²

3. Уређивање управљања привредним друштвима у посебним законима

Посебни закони којима се уређују привредна друштва за обављање појединих привредних делатности, донети су у време важења Закона о предузећима и махом се ослањају на концепт дводомог управљања.

Законом о јавним предузећима предвиђено је да јавно предузеће има надзорни одбор и управу, коју чине директор и извршни директори. Чланове надзорног одбора бира и разрешава скупштина јавног предузећа. У састав надзорног одбора улази и један представник мањинских акционара који имају најмање 5% гласачких права. Надзорни одбор бира и разрешава чланове управе и надзире њен рад. Контролу рада управе надзорни одбор обавља доношењем инвестиционих одлука и одобравања појединих, законом предвиђених врста послова које управа предузима. Надзорни одбор подноси скупштини предлоге аката и одлука које скупштина усваја: статут јавног предузећа, етички кодекс, предлог одлуке о пословној сарадњи, повезивању са другим предузећима, оснивању нових предузећа и др. Надзорни одбор предлаже скупштини именовање и разрешење чланова одбора за ревизију. Особена функција надзорног одбора јавног предузећа је контрола јавних набавки у предузећу, коју спроводи доношењем смерница о јавним набавкама и надзором над њиховим спровођењем.

³¹ Чл. 303. ст. 4. Закона о привредним друштвима.

³² Чл. 304. Закона о привредним друштвима.

У складу са Законом о банкама, обавезни органи банке су надзорни одбор, управа и одбор за ревизију. Овлашћења надзорног одбора шире су постављена у поређењу са надзорним одбором јавног предузећа. Тако надзорни одбор усваја полугодишње и годишње извештаје управе о пословању и усваја извештаје интерне и спољашње ревизије, именује спољашњег ревизора, одобрава послове вредности између 15 и 33% књиговодствене вредности укупне имовине банке, формира резерве банке, именује председника и чланове одбора за накнаде и одбора за именовања, именује повремене комисије и утврђује њихов састав и задатке. У надлежности надзорног одбора је и доношење одлуке о емисији нових акција постојеће класе у износу до трећине укупне номиналне вредности постојећих акција. Надзорни одбор доноси опште акте банке, пословне и друге политике и процедуре. Питање одлучивања о расподели дивиденде законом је уређено тако да постоји сукоб надлежности између скупштине и надзорног одбора. У складу са чл. 41. тач. 4. Закона о банкама скупштина банке одлучује о расподели добити и исплати дивиденде, док је чл. 63. тач. 11. предвиђено да надзорни одбор утврђује дивиденду. Законом је предвиђена претпоставка надлежности у корист надзорног одбора. Надзорни одбор одлучује о свим питањима која нису законом или статутом дата на одлучивање другом органу банке.³³

Законом о друштвима за осигурање предвиђено је да се делатношћу осигурања могу бавити акционарска друштва за осигурање и друштва за узајамно осигурање. У погледу структуре органа управљања акционарских друштава за осигурање Закон не предвиђа посебна правила, већ упућује на примену одредаба Закона о предузећима.³⁴ Друштва за узајамно осигурање имају управни одбор са најмање три члана, које бира скупштина друштва. Половину чланова управног одбора морају чинити чланови друштва. Управни одбор поставља једног или више извршних службеника који управљају пословима друштва. Управни одбор надзире рад извршних службеника.³⁵

Законом о тржишту хартија од вредности уређена је берза хартија од вредности, као посебан облик акционарског друштва које се бави пословима организовања трговине хратијама од вредности. Берза хартија од вредности има следеће обавезне органе: скупштину, управни одбор, надзорни одбор и директора.³⁶ Очигледно је да је законодавац приликом прописивања структуре органа берзе имао у виду решења Закона о предузћима. Надлежности наведених органа нису уређени Законом о тржишту хартија од вредности, већ се на то питање примењују општи прописи који уређују акционарска друштва.³⁷

³³ Чл. 63. тач. 17. Закона о банкама.

³⁴ Чл. 49. ст. 1. Закона о друштвима за осигурање.

³⁵ Чл. 51. ст. 6. и 7. Закона о друштвима за осигурање.

³⁶ Чл. 157. Закона о банкама.

³⁷ Чл. 144. ст. 2. Закона о тржишту хартија од вредности.

Законом о инвестиционим фондовима предвиђено је да затворени инвестициони фонд са јавном понудом, који се оснива у форми акционарског друштва, има један орган – надзорни одбор. Надзорни одбор затвореног инвестиционог фонда са јавном понудом има надлежности надзорног одбора предвиђене Законом о предузећима.³⁸ Поред њих, надзорни одбор има и следеће посебне надлежности: давање сагласности на закључење уговора са лицима која фонду пружају услуге и надзор над извршавањем тих уговора; надзор над усклађеношћу пословања фонда са законом, проспектом и циљевима и ограничењима улагања фонда; давање сагласности на одлуке које друштво за управљање предлаже скупштини фонда, а тичу се откупа акција, емисије акција и реструктурирање фонда; утврђивање финансијских извештаја фонда; пријављивање Комисији за хартије од вредности пропуста друштва за управљање и банке депозитара у примени закона и других прописа.

Органи друштва за управљање приватизационог инвестиционог фонда су: скупштина, управни одбор, надзорни одбор и директор.³⁹ Најмање једна трећина чланова управног одбора морају бити независна лица.

4. Неусклађеност правила о управљању у Закону о привредним друштвима и посебним законима и отворена питања

Још у време важења Закона о предузећима била је уочљива изразита неусклађеност правила о управљању садржаних у посебним законима за поједине делатности и у Закону о предузећима. Нови модел управљања друштвима капитала који је уведен Законом о привредним друштвима ту неусклађеност не отклања, већ је, напротив, још више поопштрава.

Неусклађеност је концепцијске природе. Закон о привредним друштвима познаје само једнодоми модел. Посебним законима у великој већини случајева оптира се за дводоми модел, формулисан по узору на класичан немачки модел, у коме надзорни одбор непосредно контролише рад управе, бира и разрешава њене чланове и има одређене управљачке ингеренције, као што је доношење важнијих инвестиционих одлука и давање сагласности управи за предузимање одређене врсте послова или послова веће вредности. Наведено има за даљу последицу бројне неусклађености у погледу назива органа, њиховог састава, начина избора, надлежности и међусобног односа.

Прелазним и завршним одредбама Закона о привредним друштвима предвиђена је обавеза за постојећа привредна друштва и друге облике повезивања и организовања за обављање појединих делатности да своју правну форму, органе, акционаре и чланове и друге елементе оснивачког акта и статута ускладе са одредбама тог закона у року од две године (до 1.1.2012.).⁴⁰

³⁸ Чл. 73. Закона о инвестиционим фондовима.

³⁹ Чл. 12а Закона о приватизационим инвестиционим фондовима.

⁴⁰ Чл. 442. ст. 2. у вези са чл. 446. Закона о привредним друштвима.

Поставља се питање да ли обавезу усклађивања са Законом о привредним друштвима имају и друштва основана у складу са посебним законима? Одговор на то питање није једноставан, иако се на први поглед тако чини. У прилог обавезе усклађивања постојећих јавних предузећа и привредних друштва у делатностима банкарства, осигурања, инвестиционих фондова и тржишта хартија од вредности говори обавеза усклађивања прописана одредбом чл. 442. ст. 2. Закона и правило *lex posterior derogat legi priori*. Са друге стране, закони донети за поједине делатности су *lex specialis* у односу Закон о привредним друштвима, што говори у прилог ставу да привредна друштва у тим делатностима немају обавезу усклађивања са новим законом. Ово тим пре што у Закону о привредним друштвима ништа није речено о судбини одредаба у посебним законима којима се уређује управљање привредним друштвима, док је посебним чланом изричито прописано да се од дана примене Закона о привредним друштвима неће више примењивати једна одредба Закона о нотарима и да престаје да важи Закон о предузећима.⁴¹

Проблеми се јављају независно од тога који став се прихвати као исправан. Ако се пође од става да је законодавац прописао обавезу усклађивања са Законом о привредним друштвима за сва привредна друштва, независно од врсте делатности коју обављају, настаје проблем примене одредаба о управљању прописаних у посебним законима за поједине делатности, јер оне и даље важе. Да ли се, примера ради, одредбе Закона о банкама могу толико широко тумачити да надлежности које су тим законом прописане за надзорни одбор банке сада представљају надлежности управног одбора банке, будући да управни одбор према одредбама Закона о привредним друштвима има функцију аналогну функцији надзорног одбора у Закону о банкама? Да ли мањински акционари са 5% акција јавног предузећа имају право именовања свога представника у управни одбор, јер је Законом о јавним предузећима то право предвиђено у односу на надзорни одбор јавног предузећа. Ако имају, да ли се представник мањинских акционара убраја у неизвршне или извршне чланове управног одбора? Које су надлежности надзорног одбора затвореног инвестиционог фонда са јавном понудом, чија је улога специфична и не може се поистоветити са улогом управног одбора у отвореном акционарском друштву?

Ако се прихвати став да аргумент *lex specialis* има већу тежину, остаје отворен проблем супсидијарне примене одредаба Закона о привредним друштвима на питања која нису уређена посебним законима. Тако, на пример, настаје проблем одређивања процедуре избора, круга надлежности и међусобног односа управног одбора и надзорног одбора берзе хартија од вредности. Законом о тржишту хартија од вредности изричито се предвиђа да берза има та два органа, али се у погледу свих осталих питања упућује на примену закона којим се уређују акционарска друштва, а Закон о привредним друштвима надзорни одбор уопште не познаје као орган. Сличан проблем се јавља и у погледу

⁴¹ Чл. 445. Закона о привредним друштвима.

примене осталих закона која предвиђају постојање надзорног одбора (Закон о јавним предузећима, Закон о банкама, Закон о инвестиционим фондовима, Закон о приватизационим инвестиционим фондовима).

Ваља узети у обзир и трећу могућу солуцију – да је оснивачима, односно члановима привредних друштава у делатностима уређеним посебним законима допуштен избор између структуре органа предвиђене Законом о привредним друштвима и посебним законима за те делатности, сагласно начелу слободе уговарања и имајући у виду могућност оптирања предвиђену предлогом Пете компанијске директиве и законима појединих европских држава. Сматрамо да такво решење нема своје утемељење ни у Закону о привредним друштвима, нити у посебним законима. У Закону о привредним друштвима начело слободе уговарања проглашава се одредбама које уређују друштво са ограниченом одговорношћу. Привредна друштва у делатностима уређеним посебним законом претежно се оснивају као акционарска друштва, а норме о управљању овом врстом друштава капитала у Закону о привредним друштвима претежно су императивне природе. Одговарајући карактер имају и одредбе посебних закона посвећене управљању привредним друштвима, јер је реч о делатностима које су због свог општег друштвеног или економског значаја подвргнуте строгом државном регулисању.

5. Закључна разматрања

Неусклађеност Закона о привредним друштвима и посебних закона којима се уређују привредна друштва у појединим привредним делатностима, последица је недостатка кохерентног приступа законском регулисању привредноправне материје у Републици Српској. Правила о управљању привредним друштвима не би требало да буду предмет регулисања посебних закона који се доносе за поједине привредне делатности, изузев када је реч о специфичним решењима која су одраз потребе за појачаном државном интервенцијом у тим делатностима. Примера ради, посебним законима могу се прописати строжи услови или ограничења за избор чланова органа управљања, или се избор може условити сагласношћу надлежног државног органа. Посебним законима се могу проширити надлежности органа управљања, тако што ће им се ставити у надлежност и питања која су Законом о привредним друштвима препуштена на уређивање оснивачким актом или статутом или питања која се јављају као специфична у одређеним делатностима. Посебним законима може се предвидети обавеза формирања органа са специфичним надлежностима, који ће постојати паралелно са редовним органима.

Правна несигурност створена доношењем Закона о привредним друштвима и пропуштањем да се тим законом експлицитно уреди даља судбина правила о управљању привредним друштвима прописаним посебним законима, може се отклонити кроз судску праксу, што је релативно дуготрајан процес,

који носи ризик неуједначеног поступања судова. Стога је једини исправан пут да законодавац хитно реагује и експлицитно се изјасни у погледу постојања обавезе и начина усаглашавања структуре органа управљања у привредним друштвима која обављају делатности уређене посебним законом.

Summary

The new Company Act 2008 of the Republic of Srpska introduced one-tier model of company management, very similar to the Anglo-Saxon model. At the same time, special laws regulating companies in certain sectors of economy, such as public companies performing activities of general economic interest, banks, insurance companies, stock exchanges and investment companies, kept the two-tier German model. Provisions regulating company management in special laws are still in force, since the legislator omitted to regulate the issue of validity of special laws in the transitory provisions of the new Company Act. That raised the problem of harmonization of companies' memorandum of association and statute with the new act, caused by incompatibility and even conflict of certain provisions regulating company management in the Company Act and special laws. The author analyzed models of company management in comparative law and differences between provisions on company management in the Company Act and special laws. The author asserts that rules on company management should be the subject-matter of general company act, while provisions in special laws regulating specific economy sectors should be restricted to specific issues of companies' management in those sectors.

PRENOS IMOVINE I OBAVEZA BANKE U POSTUPKU ADMINISTRATIVNOG UPRAVLJANJA

Doc. dr Vladimir Kozar *

***Apstrakt:** U radu su prikazane odredbe Zakona o stečaju i likvidaciji banaka i društava za osiguranje¹, kojima je uređen postupak administrativnog upravljanja nad bankom, kojoj je oduzeta dozvola za rad.*

Ključni cilj administrativnog upravljanja je da se Agenciji za osiguranje depozita, kao administratoru banke, ostavi određeno vreme kako bi mogla da proceni celokupno finansijsko stanje u banci kojoj je oduzeta dozvola za rad i odluči o najboljem načinu zaštite imovine banke i interesa deponenata.

Analiziran je postupak administrativnog upravljanja bankom, a posebno odredbe koje se odnose na zabranu izvršenja i prekid sudskih i upravnih postupaka; na otkaz ugovora o radu; kao i na pravno sledbeništvo banke za posebne namene i banke preuzimaoca.

Jedan od značajnih instituta ovog postupka jeste prenos imovine i obaveza banke pod administrativnim upravljanjem (purchase and assumption), na drugu banku (banka preuzimalac) ili banku za posebne namene, uz obavezu Agencije da u taj prenos uključi sve depozite deponenata do visine osiguranog iznosa (50.000 evra u dinarskoj protivvrednosti). Drugi bitan institut administrativnog upravljanja jeste osnivanje banke za posebne namene (bridge bank), na određeno vreme, radi prenosa celokupne ili dela imovine i obaveza banke kojoj je oduzeta dozvola za rad.

Prikazana su dva moguća načina okončanja rada banke za posebne namene, i to prenosom njene imovine i obaveza na drugu banku ili prerastanjem u "redovnu" banku nakon prodaje njenih akcija. Na kraju su analizirani stavovi sudske prakse o prodaji celokupne imovine i potraživanja banke u stečaju drugoj banci.

***Ključne reči:** stečaj; likvidacija; administrativno upravljanje; prenos imovine i obaveza; banka za posebne namene.*

* Доц. др Владимир Козар, Правни факултет за привреду и правосуђе Универзитета Привредна академија у Новом Саду; специјални саветник, НЛБ банка АД, Београд.

¹ "Službeni glasnik RS", br. 61/2005, 116/2008, 91/2010.

1. Cilj administrativnog upravljanja bankom

Pored postupka stečaja i likvidacije banaka i društava za osiguranje, u izmenjenom članu 1. Zakona o stečaju i likvidaciji banaka i društava za osiguranje² uvodi i postupak administrativnog upravljanja bankom.

Novim članom 1a određeno je da se administrativno upravljanje sprovodi nad bankom koja je dobila **saglasnost** Narodne banke Srbije na odluku skupštine **banke o prestanku rada banke** i nad bankom kojoj je **oduzeta dozvola za rad**, a istovremeno se Agencija za osiguranje depozita **imenuje za administratora banke**.

Za razliku od ranijeg rešenja prema kome je nakon oduzimanja dozvole za rad obavezno pokretan postupak stečaja ili likvidacije nad bankom, izmenama i dopunama predviđeno je administrativno upravljanje bankom koje sprovodi Agencija za osiguranje depozita, u periodu od oduzimanja dozvole za rad do otvaranja postupka stečaja, odnosno likvidacije nad bankom. Ključni cilj ovog upravljanja je da se Agenciji ostavi određeno vreme, kako bi mogla adekvatno da proceni celokupno finansijsko stanje u banci kojoj je oduzeta dozvola za rad i odluči o najboljem načinu zaštite imovine te banke i interesa deponenata čiji su depoziti osigurani, odnosno spreči nastupanje štetnih posledica koje bi mogle ugroziti finansijsku stabilnost.

Postupak administrativnog upravljanja sprovodi se u dva slučaja: nad bankom kojoj je Narodna banka Srbije oduzela dozvolu za rad, kao i nad bankom koja je dobila saglasnost Narodne banke Srbije na odluku skupštine banke o prestanku rada. Ovaj postupak sprovodi Agencija za osiguranje depozita, koju je Narodna banka Srbije imenovala za administratora u rešenju o oduzimanju dozvole za rad³, odnosno u rešenju o davanju saglasnosti na odluku skupštine banke o prestanku rada.⁴

2. Postupak administrativnog upravljanja bankom

Novim Poglavljem IA i novim čl. 3a, 3b, 3v, 3g i 3d, Zakona o stečaju i likvidaciji banaka i društava za osiguranje, bliže se uređuje postupak administrativnog upravljanja bankom.

Članom 3a **ograničen je rok** u kome može trajati administrativno upravljanje bankom, odnosno za obavljanje funkcije administrativnog upravljanja od strane Agencije, i on iznosi **najduže 25 dana** od dana donošenja rešenja Narodne banke Srbije o oduzimanju dozvole za rad banci, odnosno rešenja kojim se daje saglasnost na odluku skupštine banke o prestanku rada banke. Predviđeno je da Agencija

² "Službeni glasnik RS", br. 61/2005, 116/2008, 91/2010.

³ U članu 130. Zakona o bankama propisano je da danom donošenja rešenja o oduzimanju banci dozvole za rad, Narodna banka Srbije blokira sve račune banke i tim rešenjem istovremeno izriče **meru zabrane raspolaganja imovinom** banke do upisa Agencije kao administratora u registar privrednih subjekata (stav 3), s tim što se u rešenju o oduzimanju dozvole za rad banke, Narodna banka Srbije **imenuje** Agenciju kao **administratora** (stav 4).

⁴ U članu 131. stav 5. Zakona o bankama propisano je da se rešenjem o davanju saglasnosti **imenuje Agencija za administratora** u skladu sa zakonom kojim se uređuje stečaj i likvidacija banaka

obavlja funkciju administratora banke sa svim ovlašćenjima upravnog i izvršnog odbora i skupštine banke utvrđenih zakonom. Dakle, na Agenciju prelaze zakonska ovlašćenja organa banke.

2.1. Zabrana izvršenja i prekid sudskih i upravnih postupaka

U toku administrativnog upravljanja bankom, imovina banke **ne može biti predmet izvršenja**, a prekidaju se svi sudski i upravni postupci protiv banke.⁵ Ova pravna posledica administrativnog upravljanja bankom slična je **moratorijumu** kao jednoj od mera obezbeđenja u prethodnom stečajnom postupku iz čl. 62. i 63. Zakona o stečaju, kao i zabrani izvršenja i namirenja koja je posledica otvaranja stečajnog postupka (član 93. st. 1. i 2. Zakona o stečaju). Reč o dejstvu otvaranja stečajnog postupka na potraživanja subjekta stečajnog postupka, s tim što se u stečaju zabrana izvršenja i namirenja ne primenjuje na izlučne i razlučne poverioce.⁶ Cilj navedene odredbe je omogućavanje nesmetanog obavljanja svih aktivnosti neophodnih za ostvarenje cilja administrativnog upravljanja. Međutim, s obzirom na njenu sadržinu postavlja se pitanje da li se zabrana izvršenja i prekid sudskog postupka odnosi i na izlučne, odnosno svojinske–reivindikacione tužbe protiv banke u toku administrativnog upravljanja. Smatramo da su takve tužbe i izvršenje dozvoljeni, jer tuđe stvari ne predstavljaju imovinu banke, a samo je za imovinu banke predviđeno da ne može biti predmet izvršenja.

Prema tome, sprovođenje administrativnog upravljanja nad bankom ima dejstva i na samu obligaciju, koja se u pravnoj teoriji definiše kao pravni odnos između dve određene strane na osnovu koga je jedna strana (poverilac, *creditor*) ovlašćena da zahteva od druge strane (dužnik, *debitor*) određeno davanje, činjenje ili uzdržavanje od nečega što bi inače imala prava da učini, a druga strana je dužna da to ispunji. Posmatrano sa stanovišta poverioca, obligacija predstavlja potraživanje, dok sa stanovišta dužnika, ona znači dug.⁷

2.2. Razlog za otkaz ugovora o radu

Na radne odnose zaposlenih shodno se primenjuju odredbe zakona koje regulišu stečaj privrednih društava. To znači da bi sprovođenje postupka administrativnog upravljanja bankom predstavljalo razlog za otkaz ugovora o radu koji je banka zaključila sa zaposlenima (otkazni razlog) u smislu Zakona stečaju.

Naime, Zakonom o stečaju, (član 77. stav 1.) preuzeta je odredba iz Zakona o stečajnom postupku, kojom je izmenjen položaj zaposlenih, na taj način što otvaranjem stečajnog postupka ne dolazi do automatskog prestanka radnog odnosa *ex lege*⁸,

⁵ Član 3a stav 3. Zakona o stečaju i likvidaciji banaka i društava za osiguranje

⁶ Vasiljević M., Poslovno pravo, Savremena administracija d.d., Beograd, 1997. godina, str. 334. i 335.

⁷ Perović S., Obligaciono pravo, NIU "Službeni list SFRJ" Beograd, 1986. godina, strana 7.

⁸ Dukić – Mijatović M., Vodič kroz stečajni postupak, izdanje autora, Novi Sad, 2010. godina, str. 132 – 135.

kao što je to bilo propisano Zakonom o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji, već je otvaranje stečajnog postupka samo razlog za otkaz ugovora o radu koji je stečajni dužnik zaključio sa zaposlenima.

2.3. Pravno sledbeništvo banke za posebne namene i banke preuzimaoca

Takođe je predviđeno da Agencija u ovom periodu može zaključiti ugovor sa bankom koja **kupuje i preuzima celokupnu** ili deo **imovine i obaveza banke** pod administrativnim upravljanjem ili može **osnovati banku za posebne namene** u skladu sa ovim zakonom i preneti celokupnu ili deo imovine i obaveza banke kojoj je oduzeta dozvola za rad, na banku za posebne namene, s tim što se ova druga mogućnost (prenos imovine i obaveza na banku za posebne namene) **ne primenjuje** na banku pod administrativnim upravljanjem koja je dobila **saglasnost** Narodne banke Srbije na odluku skupštine banke o prestanku rada banke, dakle kad je u pitanju **dobrovoljni prestanak rada banke** u postupku likvidacije po odredbama člana 131. Zakona o bankama.⁹

Ovi novi pravni instituti u teoriji se kvalifikuju kao **restrukturiranje**.¹⁰ Dakle, upotrebljen je termin koji se koristi i u Zakonu o privatizaciji. Uvođenje mogućnosti restrukturiranja banke, kojoj je oduzeta dozvola za rad, predstavlja značajno poboljšanje, s obzirom da je i posle novela Zakona o stečaju i likvidaciji banaka i društava za osiguranje, ostala zabrana reorganizacije. Naime, kada je u pitanju stečaj banaka i društava za osiguranje, zakonom nije dozvoljena reorganizacija, već bankrotstvo predstavlja jedini mogući pravac odvijanja stečajnog postupka.¹¹

Kupovina i preuzimanje celokupne ili dela imovine i obaveza banke pod administrativnim upravljanjem, po svojim pravnim dejstvima, slična je statusnoj promeni spajanja uz pripajanje iz člana 381. stav 2. Zakona o privrednim društvima¹², odnosno spajanju iz člana 133. Zakona o bankama, jer banka preuzimalac (kupac imovine) postaje **pravni sledbenik** svih prava i obaveza banke pod administrativnim upravljanjem.

S druge strane, osnivanje banke za posebne namene, na koju se u postupku administrativnog upravljanja prenosi celokupna ili deo imovine i obaveza banke ko-

⁹ Službeni glasnik RS”, br. 107/2005, 91/2010.

¹⁰ Knežević M., Stečaj banaka – Novi pravni instituti i rešenja, Pravni život br. 11/2010, str. 553. i 556.

¹¹ Član 19. Zakona o stečaju i likvidaciji banaka i društava za osiguranje propisuje da se na stečajni postupak banaka i društava za osiguranje, ako ovim zakonom nije drukčije određeno, primenjuju odredbe zakona kojim se uređuje stečaj privrednih društava, **izuzev** odredaba o prethodnom stečajnom postupku, skupštini poverilaca, nacionalnim standardima koje propisuje ministarstvo nadležno za poslove privrede, Agenciji za licenciranje stečajnih upravnika i **reorganizaciji**; Videti: Jovanović – Zattila M. i V. Čolović V., Stečajno pravo, Dosije, Beograd, 2007, strana 197; Slijepčević D. i Spasić S., Komentar Zakona o stečajnom postupku, Ces Mecon, Beograd, 2006, strana 497; Velimirović M., Reforma stečajnog zakonodavstva, zbornik radova “Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva”, Savez udruženja pravnika Srbije i Republike Srpske, Budva, 2008, str. 218.

¹² “Službeni glasnik RS”, br. 125/2004.

joj je oduzeta dozvola za rad, ima sličnosti sa statusnom promenom spajanja uz osnivanje, iz člana 381. stav 3. Zakona o privrednim društvima.

Dakle, kada se preuzima celokupna imovina i obaveze, u oba slučaja reč je o univerzalnoj sukcesiji, jer i banka za posebne namene i banka preuzimalac postaju pravni sledbenici svih prava i obaveza banke pod administrativnim upravljanjem. Ako se preuzima samo deo imovine, tada se preuzima i srazmeran deo obaveza, što bi se takođe moglo okvalifikovati kao univerzalna sukcesija.

Da su instituti prenosa imovine i obaveza banke pod administrativnim upravljanjem, slični statusnoj promeni pripajanja, ukazuje i odredba iz člana 134. stav 2. Zakona o bankama, u kojoj je propisano da se na zahtev za davanje saglasnosti za preuzimanje prava i obaveza banke u postupku administrativnog upravljanja, odnosno banke za posebne namene, **shodno primenjuju** odredbe člana 133. ovog zakona, dakle odredbe koje regulišu proceduru i pravne posledice **pripajanja banke**, a koje, između ostalog predviđaju da je banka kojoj se pripaja druga banka dužna da svoj osnivački akt izmeni tako da navede da je ona **pravni sledbenik** svih prava i obaveza banke koja joj se pripaja (stav 2. tačka 2).

3. Prenos imovine i obaveza banke pod administrativnim upravljanjem (purchase and assumption)

Prenos imovine i obaveza banke (eng. *purchase and assumption*) pod administrativnim upravljanjem uređen je novim čl. 3b i 3v.

Članom 3b Zakona o stečaju i likvidaciji banaka i društava za osiguranje definisan način je prenosa imovine i obaveza na drugu banku (banka preuzimalac) ili banku za posebne namene i obaveza Agencije da u taj prenos uključi **sve depozite** deponenata **do visine osiguranog iznosa** (50.000 evra u dinarskoj protivvrednosti) utvrđenog Zakonom o osiguranju depozita.¹³

Skupština banke preuzimaoca odlučuje o preuzimanju prava i obaveza banke u postupku administrativnog upravljanja.¹⁴ Banka preuzimalac zaključuje kupoprodajni ugovor sa Agencijom za osiguranje depozita, što znači da je u pitanju **saglasnost volja** između banke preuzimaoca i Agencije. Međutim, za punovažnost toga ugovora, odnosno preuzimana prava i obaveza, potrebna je **saglasnost** Narodne banke Srbije.¹⁵ Na zahtev za davanje saglasnosti za preuzimanje prava i obaveza banke u postupku administrativnog upravljanja shodno se primenjuju odredbe Zakona o bankama koje regulišu pravne posledice pripajanja banke, od kojih je najbitnija da je banka kojoj se pripaja druga banka dužna da svoj osnivački akt izmeni tako da navede da je ona pravni sledbenik svih prava i obaveza banke koja joj se pripaja.¹⁶

Prenos imovine i obaveza **na banku za posebne namene ne primenjuje se**

¹³ "Službeni glasnik RS", br. 61/2005, 116/2008, 91/2010.

¹⁴ Član 66. tačka 8) Zakona o bankama.

¹⁵ Član 134. stav 1. Zakona o bankama.

¹⁶ Član 134. stav 2. Zakona o bankama upućuje na shodnu primenu člana 133. istog zakona.

na banku pod administrativnim upravljanjem koja je dobila **saglasnost** Narodne banke Srbije na odluku skupštine banke o prestanku rada banke, dakle kad je u pitanju **dobrovoljni prestanak rada banke** u postupku likvidacije, ali je moguće izvršiti **prodaju** i preuzimanje celokupne ili dela imovine i obaveza banke pod administrativnim upravljanjem drugoj, “redovnoj” banci (koju zakon naziva “banka preuzimalac”), i to na osnovu kupoprodajnog ugovora koji Agencija za osiguranje depozita zaključuje sa bankom preuzimaocem. Međutim, ako Narodna banka Srbije **ne dâ saglasnost** na odluku skupštine banke o prestanku rada banke, iz razloga što banka **nije dostavila** neopozivu i plativu na prvi poziv **bankarsku garanciju**, izdatu od strane prvoklasne banke u iznosu kojim se garantuje pokriće svih obaveza u korist Agencije, ili drugu dokumentaciju potrebnu za razmatranje zahteva potrebnu za razmatranje zahteva za davanje saglasnosti na odluku o prestanku rada banke, istovremeno će **oduzeti dozvolu za rad** banci i imenovati Agenciju za osiguranje depozita za administratora¹⁷, pa je u tom slučaju moguć prenos imovine i obaveza i **na banku za posebne namene**, a ne samo na banku preuzimaoca na osnovu kupoprodajnog ugovora.

Prilikom prenosa imovine i obaveza banke na banku preuzimaoca ili banku za posebne namene, Agencija je dužna da obezbedi **jednak tretman** poverilaca banke pod administrativnim upravljanjem, **u skladu sa isplatnim redovima** u stečajnom postupku utvrđenim ovim zakonom. Postoji mišljenje da se praktičan domašaj navedene odredbe sastoji u tome da ako se na banku sticaoca prenosi u celini obaveza banke pod administrativnim upravljanjem prema jednom poveriocu iz određenog isplatnog reda, Agencija ima obavezu da u celini izvrši prenos svih ostalih obaveza prema svim poveriocima koji pripadaju tom isplatnom redu (npr. vrši se prenos svih depozita velikih pravnih lica).¹⁸

Postupak kupovine i preuzimanja celokupne ili dela imovine i obaveza banke, vrši se **bez pristanka akcionara**, deponenata i drugih poverilaca, odnosno dužnika banke pod administrativnim upravljanjem. U pravnoj teoriji ističe se da navedena odredba, prema kojoj se dug preuzima bez pristanka poverilaca, predstavlja **odstupanje** od opšteg pravila iz Zakona o obligacionim odnosima, prema kome se dug **ne može preuzeti bez pristanka poverilaca**.¹⁹ Naime, odredbom iz člana 446. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima, propisano je da se preuzimanje duga vrši se ugovorom između dužnika i preuzimaoca, na koje je pristao poverilac.

Izvršen prenos **ne** podleže plaćanju poreskih obaveza (npr. PDV, porez na prenos apsolutnih prava ili porez na kapitalnu dobit), kao ni provizija nadležnim organima. Navedenom odredbom pruža se podsticaj i smanjuju troškovi transakcije.

Propisan je rok i način obaveštavanja deponenata banke, kao i ostalih poverilaca i dužnika banke čija se potraživanja, odnosno obaveze prenose na drugu banku.

¹⁷ Član 131. stav 6. Zakona o bankama.

¹⁸ Komentar najnovijih izmena i dopuna Zakona o stečaju i likvidaciji banaka i društava za osiguranje – „Službeni glasnik RS“, br. 91/2010 – Paragraf Lex, pravna baza, v.12.2.

¹⁹ Knežević M., navedeno delo, str. 557.

O izvršenom prenosu imovine i obaveza banke, Agencija obaveštava deponente banke pod administrativnim upravljanjem putem sredstava javnog informisanja, a ostale poverioce i dužnike obaveštava pojedinačno u pisanoj formi u roku od tri dana od dana izvršenog prenosa.

Članom 3v predviđeno je da tokom administrativnog upravljanja bankom, Agencija za osiguranje depozita može obezbediti **finansijsku podršku** banci koja kupuje i preuzima celokupnu ili deo imovine i obaveza te banke, odnosno banci za posebne namene. Finansijska podrška se može obezbediti samo kada iznos takve podrške predstavlja rezultat testa **najmanjih troškova**, koji je utvrdila Agencija, u skladu sa Zakonom o Agenciji za osiguranje depozita.²⁰

4. Osnivanje banke za posebne namene (bridge bank)

Banka za posebne namene (**eng. bridge bank**) je banka koja se na zahtev Agencije za osiguranje depozita **osniva na određeno vreme**, radi prenosa celokupne ili dela imovine i obaveza banke kojoj je Narodna banka Srbije oduzela dozvolu za rad. Osnivač banke za posebne namene je Agencija.²¹ Na banku za posebne namene ne primenjuju se odredbe Zakona o bankama koje se odnose na davanje preliminar-nog odobrenja za osnivanje banke, dozvolu za rad, osnivačku skupštinu i registraciju banke, kao i odredbe o uvođenju prinudne uprave i izricanju novčane kazne.²²

Izuzetno od opšteg pravila iz člana 12. stava 3. Zakona o bankama, prema kome novčani deo osnivačkog kapitala banke ne može biti manji od 10.000.000 evra u dinarskoj protivvrednosti, novčani deo osnivačkog kapitala **banke za posebne namene** ne može biti manji od **5.000.000 evra** u dinarskoj protivvrednosti, prema zvaničnom srednjem kursu na dan uplate. Dakle, novčani deo osnivačkog kapitala banke za posebne namene **niži** je za **50%** od kapitala “redovne” banke.

Dozvolu za rad banke za posebne namene daje Narodna banka Srbije na zahtev Agencije, o čemu zakoni sadrže posebna pravila. Rešenje o izdavanju dozvole za rad sadrži i rok na koji se banka osniva, mogućnost za produženje tog roka, kao i mogućnost da prodajom akcija banke za posebne namene ta banka nastavi da posluje kao banka u skladu sa Zakonom o bankama.²³

Članom 3g Zakona o stečaju i likvidaciji banaka i društava za osiguranje predviđeno je da se banka za posebne namene osniva sredstvima Agencije za osiguranje depozita na period koji nije duži od **dve godine** od dana izdavanja dozvole za rad toj banci od strane Narodne banke Srbije. Ostavljena je mogućnost Agenciji da podnese zahtev za **produženja** ovog perioda, za najviše dve godine. Dakle, trajanje banke za posebne namene, kao pravnog lica, ograničeno je na rok od dve godine, koji može biti produžen za još najviše dve godine.

²⁰ “Službeni glasnik RS”, br. 61/2005, 116/2008, 91/2010.

²¹ Član 2. stav 2. Zakona o bankama.

²² Član 3a Zakona o bankama.

²³ Član 18a 4. Zakona o bankama.

Članove izvršnog i upravnog odbora imenuje Agencija za osiguranje depozita, a Narodna banka Srbije daje saglasnost za njihovo imenovanje.

Banka za posebne namene u svom poslovnom imenu ima reči „**nova**” i „**ban-ka**”, što znači da su navedene reči **obavezni elementi firme** takve banke. Na osnivanje banke za posebne namene ne primenjuju se odredbe Zakona o tržištu hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata²⁴, odnosno nadležni organi su dužni da za osnivanje banke za posebne namene, po zahtevu Agencije, donesu akta i sprovedu radnje predviđene zakonom u roku od dva radna dana od dana podnošenja tog zahteva (npr. kod odlučivanja o izdavanju i upisu akcija).

5. Okončanje rada banke za posebne namene

Postoje dva načina na koji se uspešno može okončati rad banke za posebne namene: **prenosom njene imovine i obaveza** na drugu banku ili prerastanjem u “redovnu” banku nakon **prodaje njenih akcija**.

5.1. Prenos imovine i obaveza na drugu banku

Članom 3d regulisano je da Agencija za osiguranje depozita u toku poslovanja banke za posebne namene može zaključiti **kupoprodajni ugovor** sa bankom koja kupuje i **preuzima celokupnu ili deo imovine i obaveza** banke za posebne namene, pri čemu se može obezbediti **finansijska podrška** toj banci u skladu sa Zakonom o Agenciji za osiguranje depozita²⁵, a nakon sprovedenog prenosa imovine i obaveza, Agencija podnosi predlog Narodnoj banci Srbije za **oduzimanje dozvole** za rad banke za posebne namene. Na ovaj način, banka za posebne namene može da poslužiti kao privremeno rešenje, dok se njena imovina i obaveze ne prenesu na drugu zainteresovanu banku.²⁶

Skupština banke preuzimaoca odlučuje o preuzimanju prava i obaveza banke za posebne namene.²⁷ Banka preuzimalac, dakle, zaključuje kupoprodajni ugovor sa Agencijom za osiguranje depozita, što znači da je u pitanju **saglasnost volja** između banke preuzimaoca i Agencije. Međutim, za punovažnost toga ugovora, odnosno preuzimanja prava i obaveza, potrebna je **saglasnost** Narodne banke Srbije.²⁸ Na zahtev za davanje saglasnosti za preuzimanje prava i obaveza banke za posebne namene, shodno se primenjuju odredbe Zakona o bankama koje regulišu pravne posledice pripajanja banke, od kojih je najbitnija da je banka kojoj se pripaja druga banka dužna da svoj osnivački akt izmeni tako da navede da je ona **pravni sledbenik**

²⁴ “Službeni glasnik RS”, br. 47/2006.

²⁵ “Službeni glasnik RS”, br. 61/2005, 116/2008, 91/2010.

²⁶ Knežević M., navedeno delo, str. 558.

²⁷ Član 66. tačka 8) Zakona o bankama.

²⁸ Član 134. stav 1. Zakona o bankama.

svih prava i obaveza banke koja joj se pripaja.²⁹

Ukoliko Agencija izvrši prenos imovine i obaveza banke koja je pod administrativnim upravljanjem na drugu banku, finansijska podrška koju bi Agencija obezbedila banci na koju se prenose imovina i obaveze, ne može preći ukupan iznos koji bi Agencija isplatila na ime osiguranih depozita. Agencija je dužna da u prodaju i preuzimanje celokupne ili dela imovine i obaveza banke uključi sve depozite depenentata do visine osiguranog iznosa utvrđenog zakonom kojim se uređuje osiguranje depozita.

5.2. Prodaja svih akcija banke za posebne namene i nastavak poslovanja

Takođe, Agencija može da **proda sve akcije** banke za posebne namene licu koje je dužno da obezbedi **prethodnu saglasnost** Narodne banke Srbije na sticanje vlasništva u banci u skladu sa Zakonom o bankama³⁰, a nakon upisa kupca u Centralni registar, depo i kliring hartija od vrednosti, kao vlasnika akcija banke za posebne namene, banka za posebne namene **nastavlja da posluje kao banka** u skladu sa Zakonom o bankama, dakle kao “redovna” banka. Ovo rešenje u pravnoj teoriji je ocenjeno kao **celishodnije**, imajući u vidu privremenost banke za posebne namene. Dakle, vrši se **otuđenje akcija** te banke licima zainteresovanim za njeno preregistrovanje u banku koja bi u redovnom postupku osnivanja dobila dozvolu za rad od Narodne banke Srbije.³¹

Smatramo da bi u u tom slučaju postojala obaveza banke da poveća novčani deo osnivačkog kapitala sa 5.000.000 evra (što je minimum za osnivanje banke za posebne namene) na 10.000.000 evra u dinarskoj protivvrednosti, što predstavlja minimum za “redovne” banke.³² Isto se odnosi i na obavezu održavanja minimalnog iznosa kapitala.³³

Sredstva ostvarena prodajom akcija banke za posebne namene uplaćuju se na račun Agencije. Mogućnost da Agencija za osiguranje depozita proda sve akcije banke za posebne namene trećem licu - kupcu, nakon čega kupac postaje vlasnik akcija banke za posebne namene (dakle vlasnik banke), koja nastavlja da posluje kao banka u skladu sa Zakonom o bankama, ali sa novim vlasnikom (kupcem akcija), u suštini najbližnja je institutu prodaje stečajnog dužnika kao pravnog lica iz čl. 135. i 136. Zakona o stečaju, koji je izričito zabranjen u stečajnom postupku nad bankom i društvom za osiguranje odredbom člana 12. Zakona o stečaju i likvidaciji banaka i

²⁹ Član 134. stav 2. Zakona o bankama upućuje na shodnu primenu člana 133. istog zakona.

³⁰ “Službeni glasnik RS”, br. 107/2005, 91/2010.

³¹ Knežević M., navedeno delo, str. 558.

³² Član 12. stava 3. Zakona o bankama.

³³ Član 22. Zakona o bankama pravi razliku između minimalnog iznosa kapitala koji je banka dužna da obezbedi u svom poslovanju, propisujući iznos od 10.000.000 evra za “redovne” banke i 5.000.000 evra za banku za posebne namene.

društava za osiguranje.³⁴ Bitna razlika je u odgovornosti za obaveze – banka koja je nastavila da posluje posle prodaje akcija banke za posebne namene, odgovara za sve preuzete obaveze prema poveriocima, jer su prethodno na banku za posebne namene, pored imovine, prenete i obaveze banke kojoj je oduzeta dozvola za rad, dok posle prodaje stečajnog dužnika kao pravnog lica, za potraživanja prema stečajnom dužniku koja su nastala do obustave stečajnog postupka, ni stečajni dužnik ni njegov kupac ne odgovaraju poveriocima, a novac dobijen prodajom stečajnog dužnika, kao i imovina stečajnog dužnika koja nije bila predmet procene, ulazi u stečajnu masu u odnosu na koju se stečajni postupak nastavlja namirenjem stečajnih poverilaca (član 136. st. 1, 3, i 7. Zakona o stečaju).

5.3. Prodaja imovine i potraživanja banke u stečaju drugoj banci po ranijim propisima i recepcija sudske prakse

U sudskoj praksi, nastaloj u primeni ranijih stečajnih zakona, koji nisu izričito zabranjivali prodaju stečajnog dužnika kao pravnog lica u stečajnom ili likvidacionom postupku nad bankom, zauzet je stav o mogućnosti prodaje celokupne imovine i potraživanja banke u stečaju drugoj banci.

U interesu što bržeg sprovođenja postupka likvidacije banaka, odnosno u zaštiti interesa njenih poverilaca, stečajni postupak, odnosno postupak likvidacije banke, može se okončati eventualno **prodajom kompletne imovine banke** (nepokretne, pokretne, akcija i udela - na osnovu procene vrednosti) **i svih njenih potraživanja** (prema stanju u poslovnim knjigama) nekoj drugoj banci koja bi, zauzvrat, preuzela sve utvrđene obaveze banke u likvidaciji prema poveriocima (po rešenju suda sa ročišta za utvrđivanje prijavljenih potraživanja i uz saglasnost tih poverilaca) uz eventualno plaćanje razlike akcionarima banke u likvidaciji srazmerno njihovom učešću u kapitalu (ukoliko su preuzete obaveze manje od procenjene vrednosti ukupne imovine i potraživanja). Ugovorom koji bi bio zaključen između banke u likvidaciji i druge banke, uz saglasnost akcionara banke u likvidaciji ili stečaju i stečajnog veća, bilo bi predviđeno i jemstvo u smislu člana 159. Zakona o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji.³⁵

Predloženi mehanizam prodaje celokupne imovine banke i svih njenih potraživanja nekoj drugoj banci koja bi, zauzvrat, preuzela sve utvrđene obaveze banke u likvidaciji ili stečaju prema poveriocima, uz saglasnost poverilaca, može se primeniti i sada, u vreme važenja novih stečajnih zakona, dakle u postupcima koji se vode po Zakonu o stečaju i likvidaciji banaka i društava za osiguranje, u kome se shodno primenjuju i odredbe Zakona o stečaju, što znači da izloženi stav sudske prakse nije izgubio aktuelnost, dok je nesporno postojanje zakonske zabrane prodaje stečajnog

³⁴ Kozar V., Petrović Z., Počuča M., Zastupanje pravnih lica u sudskim postupcima (privredno procesno pravo), „Poslovni biro“, Beograd, 2010. godina, strana 126.

³⁵ Pravni stav - odgovor utvrđen na sednici Odeljenja za privredne sporove Višeg trgovinskog suda od 27. septembra 2004. godine.

dužnika kao pravnog lica u stečajnom postupku nad bankom ili društvom za osiguranje.³⁶

Istovremeno, ovaj mehanizam **sličan** je institutu preuzimanja imovine i obaveza banke za posebne namene iz člana 3d Zakona o stečaju i likvidaciji banaka i društava za osiguranje, pa se može reći da je zakonskim novelama iz 2010. godine, u suštini izvršena **receptija** stavova zauzetim u sudskoj praksi.

Zaključak

Najznačajniju novinu iz Zakona o izmenama i dopunama Zakona o stečaju i likvidaciji banaka i društava za osiguranje, predstavlja uvođenje postupka administrativnog upravljanja u banci, kojoj je oduzeta dozvola za rad.

Takođe, značajne su nove odredbe kojima je ureden **prenos imovine i obaveza banke** (purchase and assumption) u toku postupka administrativnog upravljanja, kao i **poslovanje i prestanak rada banke za posebne namene** (bridge bank).

Zatim, uvedeni su novi i redefinisani postojeći isplatni redovi u slučaju stečaja banke.

Bitnu novinu predstavlja **ukidanje dobrovoljne likvidacije banke** kao van-sudskog postupka, odnosno predviđanje drugačijeg načina prestanka rada banke na osnovu odluke skupštine banke. Drugim rečima, novelama je **izbrisana razlika** između dobrovoljne i prinudne likvidacije banke, tako da postoji samo jedan - **jedinstven postupak likvidacije banke**, bez obzira na razloge prestanka, tj. bez obzira da li je banci oduzeta dozvola za rad ili je, pak, skupština banke donela odluku o dobrovoljnom prestanku rada banke.

Novele predstavljaju poboljšanje u odnosu na dosadašnja zakonska rešenja, jer uvode mehanizme zaštite finansijskog sistema u celini, uz odgovarajuću zaštitu pojedinačnih interesa deponenata.

³⁶ Kozar V., Petrović Z., Počuča M., navedeno delo, str. 95 i 96.

Vladimir Kozar, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law, Bussiness Academy Novi Sad,
Special Adviser, NLB Banka AD, Belgrade

TRANSFER OF ASSETS AND LIABILITIES OF THE BANK IN THE PROCESS OF ADMINISTRATIVE MANAGEMENT

Summary

The most important novelty in the Law Amending the Law on Bankruptcy and Liquidation of Banks and Insurance Companies, is the introduction of the procedure of administrative management in the bank, which is revoked.

Also significant are the new provisions governing the transfer of assets and liabilities (purchase and assumption) during the procedure of administrative management, and business and the termination of the bank for special purposes (bridge bank).

Then, they introduced a new and refined the existing order of payment in case of ankrruptcy of the bank.

An important innovation is the abolition of voluntary liquidation as extra-judicial proceedings. A different way of termination of the bank is set based on the decisions of the meeting of the bank. In other words, by introducing novelties was removed the difference between voluntary liquidation and compulsory liquidation, so that there is only one - a unique procedure of liquidation of the bank, regardless of the reasons for termination, ie. whether the bank revoked or, in turn, the bank's assembly passed a resolution on the voluntary dissolution of the bank.

Legal novels represent an improvement on the legal solutions, because introducing mechanisms to protect the financial system as a whole, with appropriate protection of individual interests of depositors.

Key words: *bankruptcy, liquidation, administrative management, transfer of assets and liabilities; purchase and assumption; bank for special purposes; bridge bank*

REORGANIZACIJA PRIVREDNOG DRUŠTVA U FUNKCIJI DRUŠTVENO ODGOVORNOG POSLOVANJA U BiH S POSEBNIM OSVRTOM NA POLOŽAJ STEČAJNIH POVJERILACA

Mr sc. Mirela Čokić*

Apstrakt: Novi institut reorganizacije insolventnog privrednog društva u BiH stečajnom zakonodavstvu, ponudio je izvjestan broj mjera/modaliteta, odnosno mogućnosti za pokušaj sanacije i dalji nastavak poslovanja privrednog društva. U naše zakonodavstvo je uveden prema zahtjevima Evropske unije (dalje: EU) o standardizaciji i harmonizaciji propisa BiH sa propisima EU (kao što su npr. direktive, smjernice i etc.). Pri tome je jedan od osnovnih ciljeva jedinstvenost, odnosno harmonizacija propisa kada je ova oblast u pitanju.

Reorganizaciju stečajnog dužnika nije moguće provesti, ukoliko ne postoji realna mogućnost za njegov finansijski, odnosno ekonomski „oporavak“. Upravo zbog toga je njegov put za uspješnu realizaciju veoma otežan. Svi učesnici postupka bi trebali biti skloni i raditi na tome da iskoriste ono što im nudi reorganizacija. To je, prije svega, stečajni plan, a koji predstavlja odgovarajući instrumentarij za sanaciju insolventnog privrednog društva. Na ovaj način bi i stečajni povjerioci mogli ostvariti vlastita potraživanja, usljed čega bi mogao biti ostvaren i osnovni cilj reorganizacije, a to je nastavak poslovanja insolventnog privrednog društva putem sanacije.

Ključne riječi: reorganizacija, privredno društvo, stečaj, stečajni povjericilac, BiH.

Uvod

Insolventnost i prijeteća insolventnost, prema entitetskim propisima (Zakon o stečajnom postupku Federacije BiH – dalje: ZOSP FBiH¹ i Zakon o stečajnom postupku Republike Srpske dalje: ZOSP RS²), predstavljaju dva osnovna razloga

* Mr sc. Мирела Чокић, виши асистент, Правни факултет Универзитета у Тузли.

¹ **Zakon o stečajnom postupku**, “Službene novine FBiH”, br.: 29/03, 32/04, i 42/06., čl. 6., st. 1. i 4.

² **Zakon o stečajnom postupku**, “Službeni glasnik Republike Srpske”, br.: 67/02, i 77/02, 38/03, 96/03, 78/07 i 26/10. čl. 6., st. 1. i 4.

koja nužno dovode do pokretanja i otvaranja stečajnog postupka u privrednom društvu. Međutim, i pored stečaja moguće je izvršiti pokušaj sanacije uz primjenu novog instituta reorganizacije. Reorganizacija privrednog društva bi zasigurno bila najpovoljnije rješenje (ukoliko za to postoji odgovarajuća ekonomska osnova), kako za učesnike postupka, tako i za dato privredno društvo.³

Trebamo posebno istaći, da se stečajni postupak prevashodno pokreće, otvara i provodi s ciljem namirenja potraživanja stečajnih povjerilaca po isplatnim redovima. Pored osnovnog cilja, postoji i sekundarni cilj stečaja, a to je eliminisanje insolventnog privrednog društva s tržišta, jer jedno „bolesno“ privredno društvo može učiniti više štete nego koristi za privredni sistem jedne države uopšte. Sa pokretanjem, odnosno otvaranjem stečajnog postupka, uz primjenu instituta reorganizacije moguća je sanacija privrednog društva, ukoliko postoje realne materijalne pretpostavke, ali i dobro osmišljen stečajni plan.

Od trenutka pokretanja stečajnog postupka, pa sve do njegovog zaključenja, tj. do završnog ročišta, moguće je u bilo kojoj fazi postupka podnijeti stečajni plan (ZOSP FBiH/ZOSP RS, član 143, stav 1.). Pravo na podnošenje stečajnog plana ima stečajni dužnik i stečajni upravnik. S tim da, s prijedlogom za otvaranje stečajnog postupka, plan može podnijeti isključivo stečajni dužnik, a nakon toga i stečajni upravnik i stečajni dužnik. U tom smislu, stečajni plan se sastoji od dva osnovna segmenta, pripremnih osnova i osnova za provođenje tog plana. Takođe, sadrži i određene mjere koje je neophodno sprovesti kako bi se izvršila uspješna reorganizacija stečajnog dužnika. Međutim, za to je potrebno i postojanje određenih materijalnih osnova (ekonomskih parametara), jer bez, npr. prodaje dijela imovine, nije moguće osigurati finansijska sredstva kako bi došlo do daljeg rada i poslovanja datog privrednog društva. Ovo nije jedina mjera, odnosno modalitet/oblik reorganizacije, koju propisuju ZOSP FBiH i ZOSP RS, stoga će o njima i njihovom pokušaj reorganizacije, odnosno sanacije, biti više riječi u poglavlju koje tretira ostale oblike reorganizacije sadržane u stečajnom planu.

1. Institut reorganizacije i stečajni plan

Ukoliko želimo saznati genezu nastanka i razvoja instituta reorganizacije možemo konstatovati, da potiče iz anglosaksonskog prava⁴ i da ustvari predstavlja

³ U cilju reorganizacije ili tačnije sanacije i ozdravljenja privrednog društva u nekim zemljama koje su zahvaćene tranzicijom, kao što su npr. Moldavija, Ukrajina, Albanija, BiH, i sl., Svjetska banka je formirala *Enterprise Restructuring and Support Centre* koji je zadužen za reorganizaciju navedenih. U tom smislu, i na tim osnovama je već nešto uradila Moldavija, dok je u BiH ova ideja Svjetske banke ostala u potpunosti nezapažena (sve je ostalo samo na ideji). **Hodžić, K., Sukob rada i kapitala u uslovima posljedica globalne krize u Bosni i Hercegovini**, Međunarodni Forum Bosna, Sarajevo, 2009, str. 224.

⁴ **V. šire: Issac, M., Corporate reorganizations combined with American bankruptcy**, University, California Press, 1998, www.scribd.com/tag/bankruptcy od /25.02.2011./.

svojevrstnu kombinaciju ugovornog i kompanijskog prava.⁵ Za naša legislativna rješenja velikog značaja i doprinosa je dao posebni okvir njemačkog insolventnog prava, tačnije koncepcije njemačkog Insolventnog zakonika, i to verzija iz 2001. godine.⁶ Naime, novi postupak stečaja kao i institut reorganizacije je u pravo Evropske unije (dalje: EU) uveden s novom Uredbom EU br. 1346/2000. od 29. maja 2000 godine. S tim u vezi, nije nam namjera da hvalimo zakonodavca, ali je većim dijelom legislativni okvir BiH (pri tome misleći i na ZOSP FBiH i na ZOSP RS) harmoniziran sa pravom i pravnim standardima zemalja EU. Dok je u jednom dijelu ipak divergentan, a tiče se položaja stečajnih povjerilaca pri reorganizaciji stečajnog dužnika.⁷ Računajući na tu činjenicu, detaljnije analize i opservacije ćemo iznijeti u dijelu ovoga rada koji tretira položaj stečajnih povjerilaca u postupku stečaja, odnosno reorganizacije.

Postupak stečaja, uz primjenu instituta reorganizacije, omogućava uvođenje stečajnog plana koji predstavlja osnov za sanaciju, tj. ozdravljenje insolventnog privrednog društva. U svakom slučaju, da bi se uspješno provela reorganizacija, nužno je postojanje stečajnog plana.⁸ Zbog toga je, na neki način, neophodno definisati stečajni plan. Najjednostavnije rečeno, „Stečajni plan je akt, sporazum, koji su saglasnošću donijeli (zaključili) stečajni dužnik i kvalifikovana većina njegovih povjerilaca o modalitetima reorganizacije dužnika, a koji potvrđuje nadležni sud sa snagom izvršnog naslova za sve nepriviligovane povjerioce.“⁹

Stečajni plan pruža, osnovu za uvođenje različitih mjera¹⁰/modaliteta¹¹, kako to entitetski zakoni propisuju, a koji predstavlja temelj za uspješnu reorganizaciju privrednog društva. Naime, predviđeno je oko trinaest mogućnosti, gdje svaka na

⁵ *Vasiljević, M., Skica za filozofiju stečajnog prava*, Spomenica akademika Rajka Kuzmanovića, Banja Luka, 2006, str. 127.

⁶ *Trivun, V., Harmonizacija pravnog sistema Bosne i Hercegovine sa posebnim osvrtom na stečajno zakonodavstvo*, Simpozij u Igalu – Doprinos reformi privrednog prava u državama jugoistočne Evrope, GTZ, Igalu, 2004, str. 136.

⁷ *Salma, M., Postupak povodom prava insolventne EU – u svetlu regulativa našeg stečajnog prava u domenu reorganizacije insolventnog dužnika*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu (Serbia), br. 1-2, Novi Sad, 2008, str. 499.

⁸ Bez obzira što su u praksi poznate diferentne vrste stečajnog plana, svi oni služe za mogući pokušaj „ozdravljenja“ i nastavka poslovanja insolventnog privrednog društva.

⁹ *Velimirović, M., Sadržaj i dejstvo stečajnog plana*, Pravni život, Udruženje pravnika Srbije, br. 11/03, Beograd, 2003, str. 30.

¹⁰ „Mjere reorganizacije stečajnog dužnika“ ili „Modaliteti reorganizacije“ ili „Oblici reorganizacije“ su različiti načini da se dođe do sanacije insolventnog privrednog društva. Da bi se to postiglo neophodna je kombinovati više takvih „mjera“. Možemo konstatovati da termin „mjere“ i nije baš adekvatan naziv, jer asocira na *ius cogens* norme koje se ne mogu mijenjati i moraju se kao takve primjenjivati. Stoga smo mišljenja da je termin „modaliteti“ adekvatniji, kao i termin „oblici reorganizacije“, a o čemu posebno značajno stanovište/zapaženje iznosi profesor Vladimir Čolović u članku „Oblici reorganizacije stečajnog dužnika u stečajnom zakonodavstvu Republike Srbije“, „Pravni život“ – časopis za pravnu teoriju i praksu, br. 7-8, 2006, str. 21.

¹¹ Član 142, st. 2, ZOSP FBiH i ZOSP RS.

svoj način može pogodovati stanju, odnosno situaciji datog insolventnog društva, kako bi se izvršila uspješna sanacija istog. Mjere, odnosno različiti modaliteti reorganizacije, imaju organizacionu, personalnu i finansijsku, te pravnu prirodu, a uz njihovu primjenu znatno se mijenja položaj stečajnog dužnika, kao i ostalih učesnika u postupku reorganizacije.¹²

Kako bi se izvršila reorganizacija, postojanje materijalnog osnova je *conditio sine qua non*. Dakle, imovina je osnov za sanaciju privrednog društva, uz izradu, predlaganje i prihvatanje stečajnog plana.¹³ Sa mikroekonomskog stanovišta, „[...] pod sanacijom se podrazumijevaju finansijske i tehničko-organizacione mjere, koje su podesne da doprinesu ozdravljenju preduzeća koje se nalazi pred otvaranjem stečajnog postupka, sa ciljem da se ono ponovo učini likvidnim i rentabilnim.“¹⁴ Sa ekonomskog aspekta, sanacija se može posmatrati¹⁵:

- U širem smislu, to je ekonomska sanacija, a
- U užem smislu, to je finansijska sanacija.¹⁶

Sanacija u širem smislu, odnosno ekonomska sanacija, predstavlja ono što mnogi nazivaju ponovnim uspostavljanjem proizvodne aktivnosti privrednog društva. Dok je sanacija u užem smislu, finansijska sanacija, koja ima za cilj uspostavljanje nove proizvodne strukture kapitala, posebno uz eliminisanje gubitka iz bilansa.¹⁷

Da bi se provela uspješna reorganizacija, ona je rezultat postojanja materijalnog osnova kao i dobro smišljenog i predloženog stečajnog plana. Također, i ukupni ambijent privređivanja može predstavljati jedan od značajnijih faktora koji mogu uticati na mogućnost uspješne provedbe reorganizacije privrednog društva. U BiH nije po tom pitanju situacija ni malo optimistična, jer privredna društva posluju u dosta nesigurnim ekonomskim uslovima, a što nikako ne ide u prilog uspješne reorganizacije insolventnog privrednog društva.

Uglavnom, neophodno je na vrijeme otvoriti stečajni postupak u određenom

¹² **Rajčević, M., Opcije stečajnog plana**, Zakonodavstvo i praksa, Zbornik radova sa regionalne konferencije o stečaju, Banja Luka 14. i 15. februar 2008, GTZ GmbH, Otvoreni regionalni fond za jugoistočnu Evropu, 2008, str. 168.

¹³ U hrvatskom zakonodavstvu se za ovaj institut koristi termin preustroj, no, bez obzira na terminološki naziv, on predstavlja isto, odnosno reorganizaciju insolventnog privrednog društva. (Naša napomena)

¹⁴ **Džafić, Z., Pravna i ekonomska prevencija stečaja**, Mikroekonomsko stanovište o sanaciji privrednog društva, Porezni savjetnik, Mjesečni stručni časopis, Revicon, juli/avgust, 2003, str. 72. (dalje: **Džafić, Z., Pravna i ekonomska prevencija stečaja**).

¹⁵ **V. šire: Delaney, K. J., Strategic Bankruptcy**, Uopšteno ekonomsko stanovište o sanaciji privrednog društva, Reprint, University, California Press, 1998, www.scribd.com/tag/bankruptcy (pristup 28.02.2011.).

¹⁶ **Velimirović, M., Poslovno pravo (Preduzeća – ugovori – bankarski poslovi – hartije od vrijednosti)**, Podgorica, 2000, str. 163.

¹⁷ **Džafić, Z.**, nav. djelo, str. 72.

privrednom društvu, kako bi se izvršila pravna i ekonomska prevencija istog.¹⁸ Odnosno, ovdje je cilj naglasiti, da se s protekom dužeg vremena, odnosno odgađanjem otvaranja stečaja, samo smanjuje materijalna osnova privrednog društva, a što je ponajviše nepovoljno za stečajne povjerioce koji iz te imovine vrše namirenje vlastitih potraživanja.¹⁹ U tom slučaju, vrijedila bi sentenca iz građanskog procesnog prava, koja glasi: „Bolje tanko poravnanje nego debela parnica“. U prevedenom smislu, u stečajnom pravu, to bi značilo, bolje otvoriti stečaj odmah, kako bi se namirila potraživanja povjerilaca ili izvršila reorganizacija, nego stečaj otvoriti prekasno kad ništa od navedenog nije moguće provesti. Nažalost, takva situacija je redovno prisutna u bosanskohercegovačkom privrednom sistemu.

2. Sadržaj stečajnog plana

Stečajni plan u postupku stečaja predstavlja jedinstveni instrumentarij za moguću sanaciju privrednog društva, koji, između ostalog, sadrži određene dijelove. Pomenuti dijelovi su: pripremne osnove i osnova za provođenje stečajnog plana, a što je normirano odredbom člana 144. ZOSP FBiH/ZOSP RS.²⁰ Međutim, nije nužno podnijeti samo stečajni plan, nego uz njega ide i druga dokumentacija, pregled vrijednosti imovine (nekretnine, pokretnine kako u svojoj zemlji, tako i u inostranstvu), kao i obaveze koje bi trebalo ispuniti ako se plan prihvati.²¹ Zatim je neophodno prikazati očekivane rashode i prihode za period u kojem bi se povjerioci trebali namiriti, te kojim se redoslijedom prihoda i izdataka garantuje sposobnost za plaćanje u datom vremenskom periodu. Uz stečajni plan se, kada je utvrđeno da dužnik pojedinac „nastavlja voditi preduzeće“, prilaže i izjava stečajnog dužnika, da će se rukovoditi stečajnim planom pri vođenju „preduzeća“. Ako pak, stečajni dužnik, egzistira, odnosno posluje kao komanditno društvo ili društvo sa neograničenom solidarnom odgovornošću (javno trgovačko društvo), onda stečajnom planu treba priložiti izjavu lično odgovornih članova društva, i to svakog od njih ponaosob, a što je normirano odredbom člana 155, st. 1, ZOSP FBiH/RS.

Ako je stečajni dužnik pojedinac, a stečajni plan predvidi da neki od povjerilaca dobije odgovarajući udio ili da stekne određena prava u djelatnost dužnika pojedinca, u tom slučaju, stečajnom planu je neophodno priložiti i saglasnost svakog od njih²², a ako je neko treći preuzeo obavezu prema povjeriocima na sebe, a plan bude odobren, biće potrebna i izjava tog lica.²³

¹⁸ V. dalje: *Džafić, Z., nav. djelo*, str. 64 – 76.

¹⁹ V. dalje: *Smlatić, Š., Posljedice zakašnjelog stečaja preduzeća*, Novi ekonomist, broj 2, Univerzitet u Istočnom Sarajevu, Bijeljina, 2007, str. 109–112.

²⁰ Član 144, st. 1, ZOSP FBiH/ZOSP RS: „Stečajni plan se sastoji od pripremne osnove i osnove za provođenje. [...]“

²¹ *Ibidem*, čl. 154.

²² *Ibidem*, čl. 155, st. 2.

²³ *Ibidem*, st. 3.

Ukoliko su stečajnim planom predviđene i statusne promjene oblika privrednog društva, (sanacione mjere privrednog društva) bilo bi neophodno uz stečajni plan priložiti i izjave pravnih lica, koja namjeravaju učestvovati u tim statusnim promjenama.²⁴ Bez obzira o kojoj statusnoj promjeni (spajanja ili pripajanja²⁵) da se radi, privredna društva su obavezna o tome da se izjasne.

Iz navedenog se može zaključiti, da je određene priloge neophodno podnijeti uz stečajni plan, i da uglavnom zavise od situacije u kojoj se nalazi dato privredno društvo/stečajni dužnik, odnosno dužnik pojedinac.

3. Moguće mjere stečajnog plana

Osim toga što se stečajni plan sastoji iz pripremnih osnova i osnova za provođenje, nužno je i postojanje različitih mjera koje služe za reorganizaciju privrednog društva. Zbog toga je ostavljena mogućnost da se predvide i neke nove sanacione mjere (nove zakonske odredbe) koje bi doprinijele uspješnoj reorganizaciji, pored ovih koje su taksativno pobrojane, odnosno navedene u članu 142, st. 2, ZOSP FBiH i ZOSP RS-a, a koje ćemo pokušati pojasniti na sljedeći način, i to:

- „Ostaviti stečajnom dužniku svu ili dio njegove imovine radi nastavljanja poslovanja stečajnog dužnika.“²⁶ Ova mogućnost postoji kada se s sigurnošću može računati na jedan dio ili veći dio proizvodnih poslovnih kapaciteta insolventnog privrednog društva, koji može poslužiti za nastavak poslovanja privrednog društva. Odnosno, da se s sigurnošću može ustvrditi da taj dio može koristiti za dalju proizvodnju, a možda i plasiranje proizvoda na tržištu. Ovakva mogućnost je veoma rijetka, a posebno u uslovima privređivanja u kojima se nalazi BiH.

- „Prenijeti dio ili svu imovinu stečajnog dužnika na jedno ili više već postojećih lica ili lica koja će tek biti osnovana.“²⁷ Tačnije, u proces reorganizacije se involvira novoosnovano privredno društvo koje će pomoći insolventnom privrednom društvu, a sve u cilju sanacije i reorganizacije navedenog.²⁸

²⁴ *Ibidem*, st. 4.

²⁵ Prema ranije važećem Zakonu o stečajnom postupku R. Srbije (čl. 128, tačka 19.) kao i važećem Zakonu o stečaju R. Srbije (čl. 157., tačka 15. „statusne promene“), te ZOSP-u FBiH/RS (čl. 142. tačka 3.) normirana je kao posebna mjera/oblik reorganizacije spajanje ili pripajanje stečajnog dužnika sa drugim pravnim licem ili licima. Usljed čega se može pripisati zamjerka i jednom i drugom pravnom sistemu što nije definisan, odnosno tačno određen trenutak spajanja i pripajanja u cilju što brže i bolje sanacije datog privrednog društva. **V. šire o oblicima reorganizacije: Čolović, V., Oblici reorganizacije stečajnog dužnika u stečajnom zakonodavstvu Republike Srbije**, Pravni život (časopis za pravnu teoriju i praksu), br. 7–8, Beograd, 2006, str. 19 – 35.

²⁶ Član 142, st. 2. tač. 1, ZOSP FBiH/ZOSP RS.

²⁷ *Ibidem*, tač. 2.

²⁸ **Garašić, J., Sadržaj stečajnog plana**, preuzeto iz: Barbić, J., Dika, M., et. al. *Novosti u stečajnom pravu*, Organizator Zagreb, Zagreb, 2001, str. 234.

• „Stečajni dužnik pripojiti drugom licu ili spojiti sa jednim ili više lica.“²⁹ Prethodno smo konstatovali da je u ovakvim situacijama neophodna prethodna izjava pravnih lica uz stečajni plan, a koji namjeravaju izvršiti statusne promjene (bilo da je riječ o spajanju, pripajanju privrednog društva), s ciljem sanacije, odnosno reorganizacije insolventnog privrednog društva. Također se i u ovaj proces sanacije uključuje novi subjekt, tačnije i kod spajanja i kod pripajanja pojavljuje se treće lice – novo privredno društvo (nezavisno da li je glavno/vladajuće ili supsidijarno/zavisno).³⁰

• „Prodati svu ili dio imovine stečajnog dužnika, sa ili bez razlučnih prava.“³¹ Dakle, može se prodati cijela/dio imovine za koji se smatra da je moguće unovčiti u fazi unovčenja imovine stečajnog dužnika.³²

• „Raspodijeliti svu ili dio imovine stečajnog dužnika između povjerilaca.“³³ U ovom slučaju se preskače faza unovčavanja, već se ide na raspodjelu imovine stečajnim povjeriocima, i to ukoliko su oni saglasni s tim. Dakle, mogla bi se podijeliti imovina u naturalnom smislu, i to alati, mašine, strojevi, etc.

• „Izvršiti pretvaranje potraživanja u uloge.“³⁴ O ovom koraku, povjerioci samostalno odlučuju, dakle opet je kao i u prethodnom slučaju, neophodna i presudna samo njihova volja. Sa ovakvim načinom, odnosno mjerom, moguće je postići to da povjerioci preuzmu imovinu stečajnog dužnika, jer im se na ovaj način daje mogućnost da izvrše konverziju svojih potraživanja, pretvarajući ih u uloge. Koliko će biti povoljnija/nepovoljnija ova situacija za stečajne povjerioce, to isključivo zavisi od stanja u kojem se nalazi privredno društvo u stečaju.

• „Odrediti način namirenja stečajnih povjerilaca.“³⁵ Ovakva mjera daje mogućnost manipulacije, iako, s druge strane, daje mogućnost za srazmjerno

²⁹ Član 142, st. 2, tač. 3, ZOSP FBiH/ZOSP RS.

³⁰ U primjeru iz sudske prakse, reorganizacija „Frizer“ d.d., Sarajevo, sanacija uključuje i statusne promjene oblika privrednog društva. U osnovi za provođenje plana je predviđeno i traženje strateškog partnera za ulaganje u društvo, do 31.12.2007. godine, u čemu se uspjelo. Dotadašnji v.d. direktor M.N. i predsjednica odbora povjerilaca, imenovani su za odgovorne osobe, koje će koordinirati sve poslove preregistracije privrednog društva „Frizer“ d.d. Sarajevo u „Frizer“ d.o.o. Nakon likvidacije imovine i namirenja grupe povjerilaca višeg isplatnog reda, navedeno privredno društvo se organiziralo i smanjilo broj zaposlenih radnika i kapacitete, te troškove poslovanja, i na taj način stvorilo je preduvjete za profitabilno poslovanje i pronalazak strateškog partnera. - Stečajni plan, Osnova za provođenje privrednog društva „Frizer“ d.o.o., Sarajevo, od 03.11.2006, str. 11.

³¹ Član 142, st. 2, tač. 4, ZOSP FBiH/ZOSP RS.

³² U datom primjeru „Frizer“ d.d., Sarajevo, u osnovama za provođenje stečajnog plana, preduzeta je mjera unovčenja imovine navedenog privrednog društva. U tom smislu, planirano je i tačno utvrđeno rokom unovčenje imovine, odnosno do 31.03.2007. godine, dok je namirenje povjerilaca planirano ostvariti do 30.04.2007, a što je i realizirano. Stečajni plan po prijedlogu stečajnog upravnika M.B., od 03.11.2006, a po predmetu postupao stečajni sudija Hakija Zajmović, str. 1- 17. (Stečajni plan)

³³ Član 142, st. 2, tač. 5, ZOSP FBiH/ZOSP RS.

³⁴ *Ibidem*, tač. 6.

³⁵ *Ibidem*, tač. 7.

namirenje potraživanja stečajnih povjerilaca. U stečajnom postupku se inače namirenje povjerilaca vrši prema isplatnim redovima, ali ako to ne bi bilo povoljno, onda se, sudeći prema ovoj odredbi, može predvidjeti i drugačija solucija. Prema tome, moguće je i srazmjerno namirenje potraživanja stečajnih povjerilaca, o čemu treba voditi posebno računa u stečajnom planu.

- „Namiriti ili izmijeniti razlučna prava.“³⁶ Ovom mjerom se sprečava prodaja predmeta, odnosno imovine na kojoj razlučni povjerioci imaju pravo posebnog namirenja. Ovo se može riješiti stečajnim planom, samo u slučaju da na to pristanu razlučni povjerioci.

- „Smanjiti ili odgoditi isplate obaveza stečajnog dužnika.“³⁷ Ovu mjeru mnogi predstavljaju kao mjeru prinudnog poravnanja.³⁸ Prinudnim poravnanjem se, naime, stečajni povjerioci poravnavaju sa stečajnim dužnikom u pogledu svojih potraživanja, a da pri tome to poravnanje dejstvuje i prema onim povjeriocima koji u tome nisu ni učestvovali.

- „Obaveze stečajnog dužnika pretvoriti u kredit.“³⁹ U ovom slučaju ostaje upitno ispunjenje obaveza stečajnog dužnika, kada se njegova obaveza pretvara u kredit. Ovdje nije jasno ko bi mogao garantirati za tu isplatu potraživanja stečajnom povjeriocu. Ova mjera na najbolji način osigurava potraživanja stečajnih povjerilaca, s tim što samo ostaje upitno treće lice ili neko od učesnika postupka, ko će biti taj koji će garantirati za tu isplatu stečajnim povjeriocima.

- „Preuzeti jemstvo ili dati drugo osiguranje za ispunjenje obaveza stečajnog dužnika.“⁴⁰ Preuzimanje jemstva se vrši nad izvršenjem stečajnog plana uopšte. Jemstvo je veoma značajno i predviđeno je u glavnom dijelu stečajnog plana, odnosno u osnovama za provođenje. Rješenje o potvrdi plana u ovom slučaju predstavlja izvršnu ispravu za lice koje je preuzelo jemstvo, dok od trenutka pravosnažnosti ono djeluje prema svim učesnicima postupka (ZOSP FBiH/RS, član 179, stav 1.).

- „Regulisati odgovornost stečajnog dužnika nakon završetka stečajnog postupka.“⁴¹ S obzirom da se ovom mjerom/modalitetom reguliše odgovornost stečajnog dužnika, jasno je da se to odnosi na oslobađanje njegove odgovornosti. Odgovornost stečajnog dužnika nakon provedenog stečajnog postupka je moguće jedino provesti do kraja, ukoliko bi se to kombiniralo s nekom drugom mjerom koja uključuje sanaciju.

³⁶ *Ibidem*, tač. 8.

³⁷ *Ibidem*, tač. 9.

³⁸ *Čolović, V., i Miljević, N., Stečajni postupak*, (teoretska razmatranja, zakonski propisi, sudska praksa i obrasci za praktičnu primjenu), Udruženje pravnika Republike Srpske, „Glas srpski – Grafika“, Banja Luka, 2004, str. 114.

³⁹ Član 142, st. 2, tač. 10, ZOSP FBiH/ZOSP RS.

⁴⁰ *Ibidem*, tač. 11.

⁴¹ *Ibidem*, tač. 12.

• „Izdati nove dionice i sl.“⁴² Vršiti se emisija novih dionica, kada se poveća kapital privrednog društva/stečajnog dužnika, s tim da se ovdje mora definisati položaj svih dioničara, odnosno akcionara, kao i položaj stečajnog dužnika naspram akcionara. Do realizacije ove mjere će doći samo ukoliko je to u interesu stečajnih povjerilaca.

Prema entitetskim propisima, odnosno, prema ZOSP FBiH i ZOSP RS, nije utvrđen fiksni broj mjera/modaliteta za moguću reorganizaciju, nego je data mogućnost učesnicima da predlože i druge mjere, te na taj način upotpune legislativu BiH u oblasti stečaja. Navedeno smatramo pozitivnim, jer se na taj način ostavlja mogućnost da se u svakom (*ad hoc*) slučaju, iznađu neke druge, efikasnije, nove mjere koje bi mogle poslužiti uspješnoj sanaciji privrednog društva. Tako Stečajni zakon Republike Hrvatske⁴³ (dalje: SZ RH) daje skoro istovjetna normativna rješenja u pogledu mjera reorganizacije/stečajnog plana⁴⁴, s tim što RH zakonodavstvo u ovom slučaju taksativno ne navodi jedino mjere, pretvaranja tražbina u uloge i izdavanja novih akcija, a što za razliku od navedenog zakonskog teksta, čini ZOSP FBiH/RS, u odredbi čl. 142, st. 2.

4. Položaj i prava stečajnih povjerilaca predviđeni stečajnim planom

Prema BiH pravu, potraživanja povjerilaca u klasičnom stečajnom postupku, kao i u postupku reorganizacije, bivaju ostvarena srazmjerno po posebnim isplatom redovima, jer se vrši njihova kategorizacija po grupama. Za razliku od našeg prava u zemljama EU, a prema Uredbi 1346/2000 EU o postupku reorganizacije, položaj svih povjerilaca je jednak, uzevši u obzir i naplatu potraživanja kao i položaj zaposlenih radnika. U tom pogledu, svrha Uredbe 1346/2000 je da su svi povjerioci ravnopravni i jednaki u naplati vlastitih potraživanja. S tim u vezi je i nova Smjernica EU po osnovu tretmana zaposlenika za koje se formira poseban fond za isplatu njihovih potraživanja po osnovu zarada - plata. Međutim, pravo BiH, kao i prava susjednih zemalja (zemalja regiona – Hrvatska, Srbija, Crna Gora i dr.) ne normiraju i ne tretiraju na poseban način naplatu potraživanja zaposlenika u postupku reorganizacije. Naime, nije predviđeno postojanje posebnog fonda za finansiranje potraživanja zaposlenika kao što je to slučaj u zemljama EU. Jedini način na koji zaposlenici mogu ostvariti prava (naplate potraživanja) su po osnovu pravila koja se primjenjuju na radno-pravni status zaposlenika, osim i ukoliko ZOSP-om nije drugačije određeno. Ujedno, i sam cilj reorganizacije stečajnog dužnika je s jedne strane sanacija i nastavak rada privrednog društva, a s druge naplata potraživanja svih povjerilaca, kao i zaposlenih radnika.⁴⁵

⁴² *Ibidem*, tač. 13.

⁴³ **Stečajni zakon**, „Narodne novine Republike Hrvatske“, br.: 44/96, 29/99, i 129/2000.

⁴⁴ Član 213, st. 2, SZ RH.

⁴⁵ Njemačko stečajno zakonodavstvo, za razliku od našeg prava, propisuje mogućnost primjene

Prema važećim propisima, a u okviru stečajnog plana, odnosno u njegovoj osnovi za provođenje, učesnici se pri utvrđivanju njihovih prava razvrstavaju u grupe.⁴⁶ Ovaj segment stečajnog plana, na jedan poseban i sistematičan način, uređuje prava povjerilaca koji se razvrstavaju u posebne grupe ili kategorije. Tom prilikom, posebno se mora voditi računa o razlozima i kriterijima koji su značajni za razvrstavanje povjerilaca po posebnim grupama. Ovi razlozi/kriteriji su normirani u članu 147, stav 1, ZOSP RS i ZOSP FBiH, uz navođenje sljedećih kategorija, i to:

- Povjerioci s pravom odvojenog namirenja, ako plan zadire i u njihova prava,
- Stečajni povjerioci koji nisu nižeg isplatnog reda⁴⁷, i
- Stečajni povjerioci pojedinih nižih isplatnih redova, ako njihova potraživanja ne prestaju prema članu 150, ZOSP-a FBiH/ZOSP RS.

Prva grupa povjerilaca, shodno članu 148, st. 1, ZOSP-a FBiH/RS, predstavlja grupaciju razlučnih povjerilaca koji imaju pravo na odvojeno namirenje. Njihova prava se regulišu/navode u stečajnom planu, u osnovama za provođenje. Ova grupacija će egzistirati, ali samo u slučaju da stečajni plan zadire u njihova prava - „U protivnom, zbog namirenja izvan stečaja, nema potrebe da ih se razvrstava u neku od skupina.“⁴⁸ Stečajni plan ne bi smio zadirati u prava razlučnih povjerilaca na namirenje iz predmeta na kojima postoji pravo na odvojeno namirenje, osim ukoliko nije tim stečajnim planom drugačije određeno.⁴⁹ Ipak, izuzete situacije, u kojima se ostvarenje osiguranog potraživanja razlučnih povjerilaca ne ostvaruje ili odgađa, smanjuje i sl., moraju se detaljno obrazložiti i opisati, pri čemu „[...]“ će se posebno navesti u kojem dijelu se njihova prava smanjuju, na koje vrijeme se odgađa njihovo namirenje, te koje još odredbe plana prema njima djeluju.⁴⁵⁰

Stečajni povjerioci koji nisu povjerioci nižeg isplatnog reda ostvaruju svoja prava slično kao i razlučni povjerioci. Tako, odredba ZOSP-a RS, u članu 149, utvrđuje da „[...]“ u osnovi za provođenje se navodi u kojem se dijelu njihova potraživanja smanjuju, na koje vrijeme se odgađa njihovo namirenje, kako se osiguravaju, te koje druge odredbe plana djeluju prema njima.⁴⁵¹

stečajnog i rehabilitacionog plana. Stečajni plan ima za cilj prioritetno pravo namirenja potraživanja povjerilaca, a potom i nastavak rada privrednog društva, dok rehabilitacioni plan daje mogućnost da stečajni dužnik nastavi s poslovanjem, a potom i prenese dio poslova na neko drugo privredno društvo, što ima za cilj uspješno namirenje potraživanja svih povjerilaca. **V. Šire – Fialski H., Insolvency Law in the Federal Republic of Germany**, 1994.

⁴⁶ Član 147, st. 1, ZOSP FBiH/ZOSP RS.

⁴⁷ Ova kategorija povjerilaca u stečajnom planu je normirana prema važećim propisima u ZOSP-u RS i na taj način čini razliku u odnosu na i član 147, st. 1, tačka 1. i 2, ZOSP FBiH-a.

⁴⁸ **Barbić, J., Buljan, V., et. al. Novo ovršno i stečajno pravo**, Organizator, Zagreb, 1996, str. 262.

⁴⁹ Ovo pravilo je jasno propisano i odredbom čl. 148, st. 1, ZOSP-a FBiH/ZOSP RS, utvrđujući, istovremeno izuzetak - „[...]“ ako tim planom nije izričito određeno.“

⁵⁰ Član 148., st. 2., ZOSP FBiH/ZOSP RS.

⁵¹ *Ibidem*, čl. 149.

Smatraće se da su sa prihvatanjem stečajnog plana potraživanja povjerilaca treće grupacije, odnosno povjerilaca nižih isplatnih redova, prestala, osim u slučaju da je stečajnim planom drugačije određeno.⁵² Ukoliko stečajni plan odstupa od navedenog pravila, onda će se u osnovi za provođenje stečajnog plana za svaku grupu povjerilaca nižih isplatnih redova obavezno navesti određeni podaci - prethodno eksplicirani analizom odredbe člana 149, ZOSP FBiH i člana 150, ZOSP-a RS.

No, bez obzira na grupaciju kojoj pripada određeni povjerilac, stečajnim planom se moraju osigurati ista prava za sve učesnike postupka.⁵³ Nejednako postupanje prema nekom od učesnika iste grupe, mora imati saglasnost od strane svih učesnika koji su time pogođeni, a uz stečajni plan se prilažu njihove izjave o datoj saglasnosti.⁵⁴ Bilo kakav dogovor između stečajnog dužnika, stečajnog upravnika, te drugih lica, sa određenim učesnikom u postupku je ništavan, ukoliko se njime, nekom od učesnika pri glasanju (ili inače u vezi sa stečajnim postupkom) daje jemstvo u pogledu povoljnosti koje stečajni plan ne predviđa.⁵⁵ Bez obzira na položaj, učesnika/povjerilaca, koji je utvrđen pravilima, takav položaj „[...] svakog subjekta postupka reorganizacije mora biti definisan osnovom za sprovođenje stečajnog plana, odnosno svaka eventualna izmjena položaja nekog od subjekata mora biti definisana u tom aktu.“⁵⁶

ZAKLJUČAK

U zaključnom djelu, može se konstatovati da je stečaj u svakom slučaju jedan od načina prestanka postojanja, kao i poslovanja insolventnog privrednog društva. Naime, da bi došlo do stečaja neophodno je ispuniti zakon utvrđene razloge (insolventnost i prijeteća/predstojeća insolventnost) kod privrednog društva.

Međutim, i pored postojanja razloga za pokretanje/otvaranje stečaja, ne mora nužno doći do prestanka postojanja/poslovanja privrednog društva. Tu je novi institut reorganizacije, čije se prednosti mogu iskoristiti samo i ukoliko se stečaj pokrene na vrijeme. Ipak, većina privrednika, pa i laika, u BiH misli da stečaj uvijek i izričito vodi prestanku postojanja privrednog društva (iako je to njegova primarna zadaća), ne znajući ili ne računajući na mogućnost reorganizacije/sanacije istog.

Neophodno je istaći da pokretanje stečajnog postupka na vrijeme, kao i postojanje odgovarajućih materijalnih (ekonomskih/finansijskih/imovinskih) osnova može dovesti do sanacije i nastavka poslovanja onog istog insolventnog privrednog društva. Samo uz precizan i dobar stečajni plan krajnji ishod je moguć u smislu nastavka privređivanja, odnosno ekonomsko-pravnog reetabliranja privrednog društva. Kako bi se osmislio i sačinio takav stečajni plan, nužno je učešće subjekata

⁵² *Ibidem*, čl. 150, st. 1.

⁵³ *Ibidem*, čl. 151, st. 1.

⁵⁴ *Ibidem*, st. 2.

⁵⁵ *Ibidem*, st. 3.

⁵⁶ Čolović, V., i Milijević, N., nav. djelo, str. 119.

postupka, i to posebno, stečajnog upravnika, stečajnih povjerilaca od kojih zavisi prihvatanje plana, kao i stečajnog suda od kojeg zavisi njegova potvrda. Možemo zaključiti i da su mjere reorganizacije presudne za dobro osmišljen stečajni plan, ili tačnije njihova kombinacija koja mora pogodovati realnom stanju u privrednom društvu, kako bi se izvršila uspješna sanacija. To ipak, ne znači da se na koncu neće provesti stečaj i da neće doći do prestanka postojanja privrednog društva, ukoliko ne budu ispunjena predviđena ekonomsko–finansijska očekivanja iz stečajnog plana.

S druge strane, kada je u pitanju položaj stečajnih povjerilaca, on nužno zavisi od vrste i kvaliteta stečajnog plana, s tim da stečajni povjerioci dijelom mogu uticati na njegovu izradu, kako smo to prethodno konstatovali. U svakom slučaju, stečajnim planom, povjerioci ne smiju biti dovedeni u nepovoljniji položaj u odnosu na druge učesnike u postupku. Ujedno bi se moglo zaključiti, da je status stečajnih povjerilaca uz realizaciju stečajnog plana poprilično osiguran, a sve to s ciljem da se postigne društveno odgovorno poslovanje u BiH privrednom sistemu.

LITERATURA

Knjige

1. **Barbić, J., Dika, M., et. al.,** *Novosti u stečajnom pravu*, Organizator Zagreb, Zagreb, 2001.
2. **Barbić, J., Buljan, V., et. al.** *Novo ovršno i stečajno pravo*, Organizator, Zagreb, 1996.
3. **Čolović, V., i Milijević, N.,** *Stečajni postupak*, (teoretska razmatranja, zakonski propisi, sudska praksa i obrasci za praktičnu primjenu), Udruženje pravnika Republike Srpske, „Glas srpski – Grafika“, Banja Luka, 2004.
4. **Delaney, K. J.,** *Strategic Bankruptcy*, Uopćeno ekonomsko stanovište o sanaciji privrednog društva, Reprint, University, California Press, 1998.
5. **Fialski H.,** *Insolvency Law in the Federal Republic of Germany*, 1994.
6. **Issac, M.,** *Corporate reorganizations combined with American bankruptcy*, University, California Press, 1998.
7. **Reorganizacija stečajnog dužnika (Modul 3.),** Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2007.
8. **Vasiljević, M.,** *Skica za filozofiju stečajnog prava*, Spomenica akademika Rajka Kuzmanovića, Banja Luka, 2006.
9. **Velimirović, M.,** *Poslovno pravo (Preduzeća – ugovori – bankarski poslovi – hartije od vrijednosti)*, Podgorica, 2000.
10. **Velimirović, M., Čolović, V.,** *Aktuelna pitanja stečajnog prava*, Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka, 2008.

Članci

1. **Džafić, Z.,** *Pravna i ekonomska prevencija stečaja*, Mikroekonomsko stanovište o sanaciji privrednog društva, Porezni savjetnik, Mjesečni stručni časopis, Revicon, juli/avgust, 2003.
2. **Čolović, V.,** *Oblici reorganizacije stečajnog dužnika u stečajnom zakonodavstvu Republike Srbije*, Pravni život (časopis za pravnu teoriju i praksu), br. 7. – 8., Beograd, 2006.
3. **Garašić, J.,** *Sadržaj stečajnog plana*, preuzeto iz: Barbić, J., Dika, M., et. al. *Novosti u stečajnom pravu*, Organizator Zagreb, Zagreb, 2001.
4. **Hodžić, K.,** *Sukob rada i kapitala u uslovima posljedica globalne krize u Bosni i Hercegovini*, Međunarodni Forum Bosna, Sarajevo, 2009.
5. **Rajčević, M.,** *Opcije stečajnog plana*, Zakonodavstvo i praksa, *Zbornik radova sa regionalne konferencije o stečaju, Banja Luka 14. i 15. februar 2008.*, GTZ GmbH, Otvoreni regionalni fond za jugoistočnu Evropu, 2008.
6. **Salma, M.,** *Postupak povodom prava insolventije EU – u svetlu regulativa*

našeg stečajnog prava u domenu reorganizacije insolventnog dužnika, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu (Serbia), br. 1-2., Novi Sad, 2008.

7. **Smlatić, Š., Posljedice zakašnjelog stečaja preduzeća**, Novi ekonomist, broj 2., Univerzitet u Istočnom Sarajevu, Bijeljina, 2007.

8. **Trivun, V., Harmonizacija pravnog sistema Bosne i Hercegovine sa posebnim osvrtom na stečajno zakonodavstvo**, Simpozij u Igalu – Doprinos reformi privrednog prava u državama jugoistočne Evrope, GTZ, Igalu, 2004.

9. **Velimirović, M., Sadržaj i dejstvo stečajnog plana**, Pravni život, Udruženje pravnika Srbije, br. 11/03, Beograd, 2003.

Internet stranice

www.scribd.com/tag/bankruptcy pristup /25.02.2011./

www.index.hr pristup /10.03.2011./

www.tszg.hr pristup 23. 03. 2011./

Legislativa

1. **Zakon o stečajnom postupku** “Službene novine FBiH”, br.: 29/03, 32/04, i 42/06.

2. **Zakon o stečajnom postupku** “Službeni glasnik Republike Srpske“, br.: 67/02, 77/02, 38/03, 96/03, 78/07 i 26/10.

3. **Zakon o stečajnom postupku Srbije**, „Službeni glasnik R Srbije“, br.: 84/04.

4. **Zakon o stečaju Srbije**, „Službeni glasnik Republike Srbije“, br.: 104/09.

5. **Stečajni zakon** “Narodne novine Republike Hrvatske“, br.: 44/96, 29/99 i 129/2000, 123/03, 82/06.

Sudska praksa

1. „Frizer“ d.o.o., Sarajevo.

2. Stečajni plan privrednog društva „Frizer“ d.d., Sarajevo.

Mirela Čokić, LL.M., Senior Assistant
Faculty of Law - University of Tuzla

Summary

In the concluding part, we can conclude that the bankruptcy is in any case one of the methods of termination, as well as business insolvency of the company. Namely, in order to avoid bankruptcy it is necessary to fulfill the statutory grounds (the insolvency and the threatening/imminent insolvency) at the company.

The existence of reasons for launching/opening of bankruptcy, does not necessarily mean the cessation of existence/operation of the company. There is a new institute of the reorganization, whose benefits may be used only if the bankruptcy starts on time. However, most businessmen and even lay people in B&H think that bankruptcy always and explicitly takes the cessation of existence of the company (though this is its primary mission), not knowing or not counting on the possibility of reorganization / rehabilitation of the same.

It must be noted that starting bankruptcy proceedings in time, as well as the existence of appropriate material (economic/financial/property) basis can lead to the restoration and continued operation of that same insolvent company. Only with accurate and a good bankruptcy plan the ultimate outcome is possible in terms of continuation of business and economic-legal reorganization of the company. To design and make such reorganization plan it is necessary to provide the participation of undertakings, in particular, the Trustee, the bankruptcy creditors who are the one who decides about plan acceptance and the bankruptcy court who is the one who decides about plan confirmation. We conclude that the extents of reorganization are critical for well-designed bankruptcy plan, or rather their combination that should favor the real situation in the company to carry out a successful rehabilitation. That does not mean that bankruptcy eventually will not be the termination, and that it will not come to the termination of the company if provided economic - financial expectations of the bankruptcy plan, are not fulfilled.

On the other hand, when it comes to the position of the bankruptcy creditors, it necessarily depends on the type and quality of the bankruptcy plan and the bankruptcy creditors who may influence its development, as we have previously stated. In any case, with bankruptcy plan, creditors must not be in a disadvantage compared to other participants in the process. Also, it could be concluded that the status of bankruptcy creditors with the implementation of the bankruptcy plan is quite assured, all with the aim of achieving CSR in B&H economic system.

САВРЕМЕНЕ ТЕНДЕНЦИЈЕ У СИСТЕМУ ПОРЕЗА НА ДОДАТУ ВРЕДНОСТ

Сузана Димић*

Увод

У оквиру изградње својих пореских система, државе на нашим просторима, доношењем својих закона о порезу на додату вредност, приступиле су увођењу система пореза на додату вредност¹, у складу са правним правилима Европске уније. Велики корак је учињен самим установљавањем тзв. европског модела ПДВ-а, чиме су се ове државе приближиле заједници европских земаља. У складу са опредељењем за улазак у чланство ЕУ, ове земље су преузеле обавезу да своје пореско право ускладе са пореским правом ове заједнице.

Издавање рачуна, као једна од најважнијих радњи у поступку утврђивања и наплате ПДВ-а, је формално-правне природе, јер само уколико рачун садржи обавезне елементе, производи одговарајуће правно дејство. Најновије тенденције, да се поједине радње у овом поступку могу обавити и електронским путем, постају актуелне и на нашим просторима. Како се документација налази у класичном физичком облику, јер мора да садржи законом прописане елементе, поставља се питање какво ће правно дејство имати електронски издати рачун.

Савремене тенденције у поступку поводом ПДВ-а

Примена савремених информационих и техничких достигнућа у обављању јавних услуга, неминовно се одразила и на поступак обрачунава и наплате ПДВ-а. Поједине радње у овом поступку могу се обавити електронским путем, те се у новије време користи термин: *електронско опорезивање (е-опорезивање)*. Услед све веће употребе компјутера и интернета, ова проблематика постаје све актуелнија и на нашим просторима. Од свих земаља

* Правни факултет Приштина, са привременим седиштем у Косовској Митровици.

¹ У даљем тексту: ПДВ.

насталих распадом СФРЈ, Словенија је земља која предњачи у примени ове технологије у домену опорезивања. Порески обвезници имају могућност да електронским путем израчунају и попуне пријаву за ПДВ, да се региструју у систем ПДВ-а и да врше проверу идентификационих бројева. Према резултатима истраживања Европске комисије из 2005. г., ова земља се налази изнад просека у ЕУ по софистицираности информационе технологије и доступности јавних услуга грађанима.²

Online опорезивање првенствено утиче на смањење трошкова опорезивања, како у погледу материјалних трошкова, тако и у погледу ангажовања запослених. Поред уштеде на страни пореске администрације, од електронског опорезивања користи имају и порески обвезници. Пре свега, доступност ових услуга у току 24 часа сваког дана омогућава уштеду времена, избегавање потребне папирологије штеди новац итд.³ Колико год имало предности, опорезивање електронским путем повлачи потешкоће. Увођење ове напредне технологије у опорезивање захтева одређена новчана средства за обезбеђивање технологије, као и одређено стручно усавршавање запослених у пореској администрацији. Запосленима у пореским администрацијама требало би обезбедити додатно образовање, не само за коришћење нове опреме, већ и примену новог начина рада. На страни корисника ових услуга – пореских обвезника, постоји проблем њихове довољне оспособљености за примену *online* услуга.⁴ Потреба за постојањем неког вида едукације нарочито је изражена код припадника старијих генерација, јер млађе генерације стичу изванредан степен образовања током школовања. Примена е-опорезивања у словеначком систему ПДВ-а показала је један технички проблем - дигиталну потврду идентитета пореског обвезника.⁵ Проналажење одговарајућег начина за дигиталну проверу идентитета, као и регистровање инсталиране дигиталне провере, представља изазов за стручњаке из ове области. Од решавања овог проблема у великој мери ће зависити успешност примене оваквог начина опорезивања.

Корак даље у модернизацији пореске администрације Србије, представља покретање акције да се уведе јединствени регистар пореских обвезника.⁶ Успостављање централизованог пореског књиговодства је веома значајно за ефикасан рад пореске администрације. Погодности ће бити и на страни грађана, јер ће успостављањем јединственог регистра добити своје идентификационе бројеве. На основу њих, у било које доба дана и ноћи, имаће увид у своје пореске рачуне и рокове доспећа својих пореских обавеза. На пољу утврђивања и наплате ПДВ-а, такође, дошло је до одређених новина у погле-

² Нав. према: Маја Klun, Mitja Dečman, **Elektroničke javne usluge: e-oporezivanje u Sloveniji**, *Financijska teorija i praksa* 30(3) (2006), стр. 237.

³ Вид.: *ibid.*, стр. 232.

⁴ Вид.: *ibid.*, стр. 233.

⁵ Детаљ. о томе: *ibid.*, стр. 240.

⁶ Нав. према: *Порезник*, 2009. г.

ду примене савремене технологије. У неколико градова Србије је омогућено подношење пореских пријава за ПДВ електронским путем. Прве електронске пријаве ПДВ-а су експерименталног карактера, али се предвиђа њихова широка примена у наредним годинама. У правцу решавања проблема дигиталне идентификације пореских обвезника, путем адекватног дигиталног електронског сертификата, акредитовано је квалификовано сертификационо тело које ће издавати електронске сертификате.⁷

Потреба измене “класичних” правних правила у поступку обрачуна и наплате ПДВ-а

Употреба савремених техничких достигнућа у поступку опорезивања поводом ПДВ-а, намеће питање примене „класичних“ процесноправних правила. Правним правилима су прописана овлашћења и дужности које имају порески органи када доносе управне акте и предузимају друге управне радње, као и права и дужности друге стране у том односу - пореског дужника. “Скуп оваквих овлашћења и дужности, који служе за решавање пореске управне ствари, чини порески управни однос.”⁸ Као најбитније радње обвезника ПДВ-а, појављују се, поред основне обавезе да плати порез, подношење пореске пријаве и издавање рачуна.⁹

Систем ПДВ-а почива на принципу самоопорезивања и принципу фактурисане реализације.¹⁰ Порески обвезник је дужан да сам обрачуна износ пореза који треба да плати за одговарајући порески период, тако што у пореској пријави обрачунава укупан износ ПДВ-а у том пореском периоду, на основу обављеног промета добара и услуга и умањује га за износ претходног пореза.¹¹ Обим и врсту обављеног промета добара и услуга, порески обвезник утврђује на основу фактуре, код које се појављује као продавац. Износ претходног пореза, за који умањује своју пореску обавезу, изказан је у фактурама његових снабдевача, односно лица која су му вршила испоруке. Ако је износ пореза који је исказан у фактурама излаза већи од износа садржаног у фактури улаза, порески обвезник ће бити дужан да плати порез на одговарајуће рачуне пореске управе.¹² Међутим, ако је износ претходног пореза већи од износа пореске обавезе, порески обвезник има две могућности: да се у пореској пријави изјасни за

⁷ Информација објављена: *Бета*, 7.3.2010. г.

⁸ Дејан Поповић, **Наука о порезима и пореско право**, Open Society Institute Constitutional and Legislative Policy Institute, Budapest, Савремена администрација, Београд, стр. 128.

⁹ Нав. према: Вождар Јелчић, Olivera Lončarić-Horvat, Jure Šimović i Hrvoje Arbutina, **Financijsko pravo i financijska znanost**, *op.cit.*, стр. 405.

¹⁰ Вид.: Божидар Раичевић, **Јавне финансије**, Економски факултет, Центар за издавачку делатност, Београд, 2005, стр. 224.

¹¹ Вид.: Чл. 49 Закона о порезу на додатну вредност Републике Србије (“Сл.гласник РС”, бр. 84/04, 86/04, 61/05 и 61/07; у даљем тексту: ЗПДВС).

¹² Вид.: Божидар Раичевић, **Јавне финансије**, *op.cit.*, стр. 224-225.

повраћај пореза или да му се та разлика признаје као порески кредит. То значи да ће пореска администрација раздуживати на терет тог пореског кредита сваку његову наредну пореску обавезу.¹³ Пореска пријава, по одредбама српског закона, подноси се у одређеном року по истеку пореског периода (временског периода у ком је остварио одређени промет добара и услуга).¹⁴ Он не подноси годишњу пореску пријаву, већ за сваки следећи порески период саставља нови обрачун.¹⁵ Облик и садржина пореске пријаве, као и начин исказивања података у њој, ближе су регулисани подзаконским актом.¹⁶ По својој правној природи, акти у поступку утврђивања пореза су декларативне природе, јер се њима (само) установљава постојање пореске обавезе.¹⁷ ПДВ код увоза добара обрачунава и наплаћује надлежан царински орган који спроводи царински поступак на основу расположиве документације.¹⁸

Пријава ПДВ-а електронским путем, која је све присутнија у савременим земљама, осим решавања проблема идентификације пореског обвезника, нема других посебних захтева. Међутим, на другу веома важну радњу пореског обвезника велики утицај има примена савремених информационих технологија. Као неминовност уочила се потреба модификовања правила везаних за издавање рачуна. У пореском поступку који настаје поводом ПДВ-а, по правилу, порески обвезник ће бити дужан да изда рачун. Ова радња је од изузетне важности за саме пореске обвезнике, јер је то документ у коме се утврђује висина пореске обавезе, а у исто време, то је документ који служи као доказ да је плаћен порез у претходној фази прометног циклуса и да обвезник има право на одбитак претходног пореза. Са друге стране, рачун је један од најбитнијих докумената за пореску администрацију.¹⁹ Функционисање система ПДВ-а почива на поступку самоутврђивања пореске обавезе од стране пореског обвезника, и зато је контрола од посебног значаја.²⁰ Приликом поступка

¹³ Вид.: Дејан Поповић, Стеван Алексић, **Коментар Закона о ПДВ**, *op.cit.*, стр. 342.

¹⁴ Порески обвезник је дужан да у року од 10 дана по истеку пореског периода поднесе пореску пријаву. Према одредбама ЗПДВС, порески период је двојак: *календарски месец* - за пореске обвезнике који су у претходних 12 месеци остварили укупан промет већи од 20.000.000 дин. или процењују да ће у наредних 12 месеци остварити тај износ, као и за обвезнике који први пут отпочињу са обављањем делатности; *календарско тромесечје* - за обвезнике преко тог износа.

¹⁵ Вид.: Дејан Поповић, Стеван Алексић, **Коментар Закона о порезу на додату вредност**, *op.cit.*, стр. 329.

¹⁶ Правилник о облику и садржини пријаве за евиденције обвезника ПДВ-а, поступку евидентирања и брисања из евиденције и о облику и садржини пореске пријаве ("Сл.гласник РС", бр. 94/04 у 108/05).

¹⁷ Нису конститутивног карактера, јер је пореска обавеза већ настала, у моменту када се остварио законски опис пореског чињеничног стања (Вид.: Дејан Поповић, **Коментар Закона о пореском поступку и пореској администрацији**, *op.cit.*, стр. 95).

¹⁸ Вид.: Чл. 58-59 ЗПДВС.

¹⁹ Вид.: Хасиба Хрустић, **Порез на додату вредност**, *Stylos*, стр. 164.

²⁰ Детаљ. о томе: *ibid.*, стр. 180.

контроле обрачуна и наплате ПДВ-а, пореска администрација, као основни документ, користи рачун. Издавање рачуна представља једну формално-правну радњу у пореском поступку, јер мора да испуни захтеве у погледу садржине. Само уколико рачун садржи обавезне елементе, производи одговарајуће правно дејство. Како се документација, која прати радњу издавања рачуна, налази у класичном физичком облику са одговарајућом садржином, правила о издавању рачуна су се суочила са изазовима које пред њих поставља савремени развој информационалних технологија.

Последњих година, настојања у окриљу ЕУ крећу се у правцу прилагођавања правних правила о издавању рачуна потребама електронског рачуна. Постојећа правила разликују два система рачуна: пуни рачун и поједностављени рачун, у зависности од тога између којих учесника у прометном циклусу се обавља испорука.²¹ Пуни ПДВ рачун је обавезан рачун за испоруке које се обављају између пореских субјеката унутар привредног подручја (*Business to Business* (B2B)). Углавном се ради о испорукама, код којих ће купац користити право на порески одбитак и садржина тог рачуна треба да обезбеди одређени степен правне сигурности да ће рачун бити признат унутар ЕУ.²² Управо зато пуни рачун мора да садржи обавезне елементе који су таксативно наведени у Директиви 2006/112²³. Поједностављени ПДВ рачун се издаје у случају испорука које се обављају крајњим потрошачима (*Business to Consumer* (B2C)). Пошто се ради о испорукама код којих се вероватно неће користити право на порески одбитак, државе чланице могу прописати да се у таквим случајевима захтева издавање поједностављеног рачуна.²⁴ Неки од обавезних подата се изостављају код таквог рачуна у случајевима када је износ рачуна занемарљив или ако пословна или административна пракса у тој привредној области или технички услови у којима се издају рачуни онемогућавају навођење свих података.²⁵ Као главни разлог изостављања обавезног рачуна у малопродаји, у пореској литератури заговара се потреба смањења административних трошкова. Обавеза издавања рачуна требало би да постоји само за трансакције између пореских обвезника, а не и при продаји производа крајњим потрошачима.²⁶ Мада законодавци прописују обавезне елементе које рачун треба да садржи (нпр. назив, адресу и ПИБ обвезника - издаваоца рачуна) и број примерка рачуна - најмање два примерка (један задржава издавалац ра-

²¹ Нав. према: Nikola Mijatović, **Najnovije izmjene Smjernica 2006/112/EU o PDV-u u dijelovima koji se odnose na izdavanje računa**, *Pravo i porezi*, br. 7-8/2009, Zagreb, стр. 82.

²² Детаљ. о томе: *ibid.*

²³ Вид.: article 226 (1)-(15) Council Directive 2006/112/EC of November 2006 on the common system of value added tax (*Official Journal of the European Union* 134/06).

²⁴ Детаљ. о томе: Nikola Mijatović, **Najnovije izmjene Smjernica 2006/112/EU o PDV-u u dijelovima koji se odnose na izdavanje računa**, *op.cit.*, стр. 82.

²⁵ Вид.: article 238 (1) Council Directive 2006/112/EC.

²⁶ Нав. према: Хасиба Хрустић, **Порез на додату вредност**, *op.cit.*, стр. 166.

чуна, а остали се дају примаоцу добара и услуга),²⁷ изостављање појединих података у рачуну присутно је и у српском систему ПДВ-а. Ако се рачун издаје лицу које није ПДВ обвезник, из рачуна се могу изоставити поједини подаци, који су законом прописани као обавезни елементи рачуна.²⁸ Лица која су уписана у одговарајући регистар за промет добара на мало, односно за пружање услуга физичким лицима, имају обавезу издавања фискалног исечка. Ова лица су дужна да купцу добра, односно кориснику услуге, одштапају и издају фискални исечак фискалне касе, преко које је евидентиран промет, за сваки појединачно остварени промет.²⁹ Међутим, тај фискални исечак се не сматра рачуном у смислу одредби којима се уређује обавеза издавања рачуна³⁰, те порески обвезник не може остварити право на одбитак претходног пореза на основу њега.³¹ На захтев купца добара, односно услуга, обвезник који евидентира промет добара и услуга преко фискалне касе дужан је да, уз фискални исечак, изда и рачун који садржи све податке које ПДВ обвезници наводе у својим рачунима.³² У неким случајевима промета у малопродаји, прописивање обавезе издавања рачуна би, поред повећања административних трошкова, изазвало и одређене проблеме техничке природе. Издавање рачуна са свим подацима који су обавезни, по схватањима која су заступљена у пореској литератури, изазвало би тешкоће и застоје у обављању промета, као на пример у локалима, ресторанима, киосцима, пумпама и сл.³³ Пратећи ту логику, српски систем ПДВ-а предвиђа случајеве у којима нема обавезе издавања рачуна. Мада је издавање рачуна најважнија радња пореског обвезника у поступку обрачуна и плаћања ПДВ-а, оба обавеза се не односи на: пољопривреднике који пољопривредне и шумске производе продају на пијацама и отвореним просторима, обвезнике који промет добара и услуга врше путем аутомата, обвезнике који врше продају дневних новина и периодичних гласила преко колпортера.³⁴

Да би се постигла уједначеност правила о електронском рачуну у оквирима ЕУ, стручна тела и органи раде на утврђивању савремених и јединствених правила, која би одговорила захтевима информационах технологија. Рачу-

²⁷ Вид.: чл. 42 ст. 1, ст. 3 и ст. 4 ЗПДВС.

²⁸ Вид.: чл. 3 Правилника о одређивању случајева у којима нема обавезе издавања рачуна и о рачунима код којих се могу изоставити поједини подаци («Сл.гласник РС», бр. 105/04).

²⁹ Чл. 3 ст. 1, чл. 18 ст. 1 Закона о фискалним касама («Сл.гласник РС», бр. 135/04).

³⁰ Вид.: чл. 5 ст. 1 Правилника о одређивању случајева у којима нема обавезе издавања рачуна и о рачунима код којих се могу изоставити поједини подаци.

³¹ Право на одбитак претходног пореза порески обвезник остварује само ако поседује рачун издат од стране другог обвезника у промету о износу претходног пореза (вид.: чл. 28 ст. 2 тач. 1) ЗПДВС).

³² Чл. 5 ст. 2 Правилника о одређивању случајева у којима нема обавезе издавања рачуна и о рачунима код којих се могу изоставити поједини подаци.

³³ Нав. према: Хасиба Хрустић, **Порез на додату вредност**, *op.cit.*, стр. 166-167.

³⁴ Вид.: чл. 2 Правилника о одређивању случајева у којима нема обавезе издавања рачуна и о рачунима код којих се могу изоставити поједини подаци.

ни који садрже прописане податке, могу се слати на папиру или стављати на располагање електронским путем, али је за то потребна сагласност лица коме се издаје рачун.³⁵ Према важећим правилима, државе-чланице признају правну важност овако издатих рачуна, само ако је загарантована веродостојност њиховог порекла и садржине. Веродостојност електронски издатих рачуна се обезбеђује коришћењем електронских потписа и електронском разменом података. Да би признале правну важност електронских рачуна, државе-чланице могу захтевати да се коришћење електронских потписа врши уз квалификовану потврду да су израђени уз помоћ направе за сигурну израду потписа. Поред тога, државе-чланице могу признавање ових рачуна условити и слањем пратећег документа у папирном облику који садржи потребне податке.³⁶ Важећа правила нису коначна решења, јер се очекује даља доградња постојећих правила о издавању рачуна. Уочена неуједначена пракса држава-чланица у коришћењу електронских рачуна би се морала отклонити увођењем савремених правила. Основни циљ који се жели постићи је увођење општих правила о рачуну која су нужна за не-сметано функционисање заједничког тржишта.³⁷ Требало би обезбедити једнак третман рачуна, без обзира да ли је издат у папирном или електронском рачуну. „Традиционална“ правна правила о издавању рачуна, која подразумевају да су обавезни подаци садржани на папиру, постају кочница за коришћење нових технологија. Уклањање правних препрека за ширу примену електронског рачуна позитивно ће утицати на смањење предузетничких трошкова и повећање продуктивности.³⁸ Подстицање примене електронских рачуна иде у правцу остваривања циљева истакнутих у Лисабонској Агенди.³⁹ Коришћење поједностављених и усклађених прописа о издавању рачуна доприноси борби пореских власти против пореских утаја. Мада одређени облици пореске утаје користе рачун као средство, у многим случајевима он се појављује и као главни документ у контроли пореске власти.⁴⁰ Увођење модерних и усклађених правила о електронском рачуну има практичну вредност за сва предузећа унутар Заједнице. Велика предузећа која послују у више држава морају да уважавају различите националне прописе о издавању рачуна. Стварање јединствених правила омогућава овим предузећима средишње управљање рачунима, уместо

³⁵ Вид.: article 232 Council Directive 2006/112/EC.

³⁶ Вид.: article 233 (1) a)-b), (2), (3) Council Directive 2006/112/EC.

³⁷ Нав. према: Nikola Mijatović, **Najnovije izmjene Smjernice 2006/112/EU o PDV-u u dijelovima koji se odnose na izdavanje računa**, *op.cit.*, стр. 83.

³⁸ Вид.: *ibid*, стр. 84.

³⁹ Договор постигнут на састанку Европског већа 2000. г. у Лисабону о заједничком стратешком циљу, познат као Лисабонска Агенда, ревидиран 2005. г., као један од циљева предвиђа осигурање знања и иновација за раст, подстицањем иновација и применом информационих технологија (вид. о томе детаљ.: Marina Kesner-Škreb, **Lisabonska strategija**, *Financijska teorija i praksa*, 31(4), 441-443, (2007), Zagreb.

⁴⁰ Вид.: Nikola Mijatović, **Najnovije izmjene Smjernice 2006/112/EU o PDV-u u dijelovima koji se odnose na izdavanje računa**, *op.cit.*, стр. 84.

издавање рачуна од стране више делова предузећа у више различитих држава-чланица.⁴¹ Примена поједностављеног поступка за издавање рачуна велики практични значај има за мала и средња предузећа. Смањењем административних трошкова, помаже се малим и средњим предузећима у њиховој економској активности.⁴² За постојећа правна правила о издавању рачуна, може се слободно рећи, представљају једну степену ка адекватнијим правним решењима у овом домену. Њихово даље усавршавање, у складу са применом нових технологија, се очекује у наредним годинама. Међутим, законодавства земаља насталих распадом СФРЈ, не садрже ни та правила, осим словеначког закона који прописује правила о електронском рачуну, по узору на правна правила ЕУ.⁴³ Класична правна правила, присутна у овим земљама, прописују издавање рачуна у писменом облику са потребном садржином и потребним бројем примерака.⁴⁴ Одредбе црногорског закона о ПДВ-у представљају изузетак, јер у одређеном обиму регулишу издавање електронског рачуна. За издавање рачун у нематеријалном облику, према овим одредбама, порески обвезник мора имати дозволу пореског органа за издавање таквог рачуна. Да би такав рачун имао правну важност рачуна издатог у писменом облику, поред тога, захтева се да и прималац тог рачуна има дозволу пореског органа.⁴⁵ То значи, да ће само у ситуацији када су испуњена оба услова, ПДВ обвезник имати право да захтева одбитак претходног пореза на основу рачуна издатог у електронском облику. Усклађивање правних правила о издавању електронског рачуна су од изузетне важности, како за државе-чланице ЕУ, тако и за све државе потенцијалне чланице. У циљу приступања чланству ове заједнице, може се очекивати да ће доћи до даљег усклађивања законских одредби о издавању рачуна у земљама на нашим просторима. Због све већег значаја електронске трговине и неминовне примене информационих технологија у поступку издавања рачуна, очекивања су да ће и измене постојећих законских решења ићи у том правцу.

⁴¹ Детаљ о томе: *ibid.*, стр. 93.

⁴² Вид.: *ibid.*, стр. 80.

⁴³ Вид.: чл. 84 (2)-(5) Zakon o davku na dodano vrednost Slovenije (*Uradni list RS*, št. 117/06).

⁴⁴ Вид.: чл. 75-76 Zakona o porezu na dodanu vrijednost Hrvatske ("*Narodne novine*", бр. 47/95, 106/96, 164/98, 105/99, 55/00, 73/00, 48/04, 90/05, 76/07 и 94/09; у даљем тексту: ZPDVN), чл. 55 Закон о порезу на додату вриједност Босне и Херцеговине ("*Сл. гласник БиХ*", бр. 9/05, 35/05 и 100/08; у даљем тексту: ЗПДВБХ), чл. 53 Закон за данокот на додаета вредност Македоније ("*Сл. весник на РМ*", бр. 44/00, 59/86/99, 11/00 и 8/01; у даљем тексту: ЗДДВМ).

⁴⁵ Вид.: чл. 31 ст. 6 Закон о порезу на додату вриједност Црне Горе ("*Сл. лист ЦГ*", бр. 65/02, 13/03, 59/04, 79/05 и 16/06; у даљем тексту: ЗПДВЦГ).

Закључак

Примена савремених информационих технологија у поступку утврђивања и наплате ПДВ-а довела је до тзв. електронског опорезивања (*e-опорезивања*). Одређене радње пореског обвезника могу се обавити електронским путем, те би свако даље техничко усавршавање информационог система доприносило ефикаснијој наплати ПДВ-а. Међутим, настаје проблем правне природе. Правна правила, која се традиционално примењују у погледу права и обавеза пореског обвезника, суочавају се са потребом прилагођавања техничким новотаријама. Велика пажња у окриљу ЕУ је посвећена промени правила о издавању рачуна. Потреба за уједначавањем и модернизовањем највише је присутна у погледу електронског рачуна. Настојања су да се изједначавањем правног третмана електронског рачуна са папирним рачуном, постигне увођење општих правила о рачуну, која су нужна за несметано функционисање заједничког тржишта. Постојећа правна правила о издавању рачуна у оквиру права ЕУ, за која се очекује даља доградња и модернизација, нису присутна у већини законодавстава земаља насталих распадом СФРЈ. Примена информационих технологија у пореском поступку, неминовно намеће потребу за укључивањем одредби о електронском рачуну и у законе ових земаља.

Suzana Dimić

Associate, Faculty of Law in Priština,
Temporary situated in Kosovska Mitrovica

CONTEMPORARY TRENDS IN THE VALUE ADDED TAX

Summary

Modern information technology has found its application in the process of calculation and collection of VAT. Legal rules that are traditionally used in this procedure are faced with the need to adapt to new trends. Particular attention in this regard to issue rules requiring care. This action, as one of the most important actions in determining the tax, produces the appropriate legal effect only if the account contains the required elements. As the documentation that accompanies this action, in the classical physical form, it must contain the statutory elements, the problem arises for accounts that have been issued electronically.

ОПОРЕЗИВАЊЕ ЕМИСИЈЕ УГЉЕН-ДИОКСИДА КАО ИНСТРУМЕНТ ЗАШТИТЕ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ¹

Цвјетана Цвјетковић*

Апстракт: Предмет анализе овог рада је порез на емисије угљен-диоксида као вид интернализације негативних климатских екстерналија. У раду је указано на најважније предности, недостатке и проблеме, који се јављају приликом имплементације овог пореског облика, а који се, преваходно, огледају у његовом регресивном учинку и угрожавању конкурентске позиције земље која га унилатерално уводи. У раду је начињен и кратак осврт на регулативу у појединим чланицама Уније, али и на покушај да се на нивоу Уније уведе јединствен порез на емисије угљен-диоксида.

Кључне речи: еколошки порези; порез на емисије угљен-диоксида; ефекат „стаклене баште“; преносиве дозволе.

І. Уводна разматрања

Право на здраву животну средину је, свакако, једно од основних људских права, чијој се заштити последњих деценија поклања све већа пажња. Употреба модерних технологија несумњиво је допринела општем напретку човечанства, али истовремено је довела и до све већег угрожавања животне средине. Загађивање животне средине је, свакако, један од најзначајних проблема модерног друштва. Сведоци смо различитих видова угрожавања животне средине. Загађивање ваздуха, воде и земљишта изазива драстичне последице, не само на локалном, већ и на глобалном нивоу. Традиционални инструменти заштите животне средине постају неадекватни и недовољни, те се излаз тражи у новом (мултидисциплинарном) приступу политици очувања животне средине, између осталог и у економским инструментима који се грубо деле на еколошке поре-

* Цвјетана Цвјетковић, асистент Правни факултет, Нови Сад.

¹ Рад је посвећен пројекту „Биомедицина, заштита животне средине и право“ (евиденциони број 179079), који се у целости финансира из средстава обезбеђених од стране Министарства просвете и науке.

ске инструменте у ширем смислу (накнаде) и еколошке пореске инструменте у ужем смислу (порези). Економски инструменти имају двојаку функцију. Њима се, с једне стране, обезбеђују значајна финансијска средства, а, с друге стране, обезбеђује подстрек приватном и пословном сектору да своје понашање, односно активности, ускладе са циљевима политике заштите животне средине.

Несумњиво је да су порези основни инструмент прикупљања новчаних средстава ради задовољења јавних потреба. Фискални циљ опорезивања, као примарни, никада није довођен у питање. Међутим, опорезивање може бити и моћно средство за остваривање других, нефискалних, циљева путем стимулација, односно дестимулација одређених активности, односно понашања. У условима све веће деградације животне средине и творци пореске политике морају се активно укључити у процес њене заштите.

Током шездесетих и седамдесетих година 20. века, појачана еколошка свест, у садејству са све израженијим еколошким проблемима, условила је појаву еколошких пореза.

У погледу дефинисања еколошких пореза, у финансијској литератури не постоји јединствено становиште. Једна од најшире коришћених је дефиниција која је дата за потребе Статистичке службе Европске уније (EUROSTAT), по којој је порез еколошки уколико је физичка јединица супстанце, односно материје, за коју је доказано да има негативан утицај на животну средину, узета као пореска основица.² С правом је указано да наведена дефиниција није прецизна и да може изазвати одређене недоумице, те су стога у оквиру EUROSTAT-а, доношењем Водича о еколошким порезима, учињени додатни напори да се отклоне наведени недостаци и у дефиницију укључи и утицај који еколошки порези имају на цене еколошки неподобних производа и активности.³ За квалификацију неког пореза као еколошког, није одлучујући нити његов назив, нити његова сврха, већ је акценат на *дејствима* датог пореза на животну средину, посредством њиховог утицаја на цене. Тако, на пример, порез на безоловни бензин, утврђен у апсолутном износу, има одређени утицај на животну средину и самим тим се може квалификовати као еколошки, без обзира на назив таквог пореза и без обзира на то да ли је основни циљ таквог пореза фискални или еколошки. Због аналитичких разлога, EUROSTAT, у претходно наведеном Водичу, групише еколошке порезе у четири категорије: порезе на енергенте, порезе у области саобраћаја, порезе на загађивање и порезе на природна богатства.⁴

² В. : http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Environmental_taxes, 29.6.2011.

³ В.: *Environmental taxes- A statistical guide*, EUROSTAT,2001, стр.9. Доступно на: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/environmental_accounts/documents/2.pdf,29.6.2011.

⁴ В.: *ibid.*, стр.9.

У порезе на енергенте спадају порези на енергенте који се користе како за мобилне, тако и немобилне активности. Најважнији енергенти који се користе за мобилне активности (саобраћај) су бензин и дизел, а за немобилне активности лож уље, природни гас, угаљ и струја. Порез на емисије угљен-диоксида, који је предмет анализе овог рада, спада, такође, у порезе на енергенте.

II. Оправданост увођења пореза на емисије угљен-диоксида

У циљу заштите животне средине, као један од главних задатака савремених држава, јавља се смањивање емисије угљен-диоксида. Наведена акција условљена је чињеницом да угљен-диоксид, не само да изазива штетне последице по здравље људи, већ доводи и до климатских промена. Процес индустријализације резултирао је повећаном количином угљен-диоксида у атмосфери, што условљава задржавање сунчеве топлоте и појачано загревање Земље, које доводи до топљења поларног леда, подизања нивоа мора, потапања приобалних подручја и сл.

Присталице увођења пореза на угљен-диоксида виде у овом пореском инструменту начин за интернализацију негативних климатских екстерналија⁵ и стављања под контролу глобалних климатских промена. Наиме, светску привреду последњих деценија карактерише све већа зависност од фосилних горива, чијим се сагоревањем ослобађа у атмосферу велика количина угљен-диоксида и других гасова који изазивају ефекат „стаклене баште“, под којим се подразумева вештачко загревање земљине површине.⁶

III. Основни елементи пореза на емисије угљен-диоксида

Када не би било административних трошкова и политичких тешкоћа, порезом на угљен-диоксид требало би опорезовати све активности које производе климатске екстерналије, попут активности у области пољопривреде и шумарства, а не само активности у којима долази до сагоревања фосилних горива. С обзиром на висок удео фосилних горива у укупној емисији, ширење пореске основице било би нерационално, имајући у виду високе административне трошкове.

Поставља се питање: шта би требало да буде основица пореза на угљен-диоксид? У складу са дефиницијом еколошких пореза, основица је, у сваком случају, специфична (квантитативна), с тим да неке земље као основицу узимају

⁵ Екстерналије представљају учинке, било позитивне, било негативне, који за једног субјекта произлазе из активности другог субјекта, а да при томе нису резултат деловања механизма екстерналија. Више о појму екстерналија видети: Г. Илић-Попов, *Еколошки порези*, Београд, 2000, стр. 28-30.

⁶ О овом ефекту више: М. Радовановић, М. Ацић, Д. Симић, В. Јовановић, С. Милинковић, *Угљендиоксид као кључни фактор ефекта стаклене баште* (у: *Монографија поводом меморијалног скупа турбомашине, грејање и климатизација*, Београд, 1992, стр. 291-301).

количину угљен-диоксида (изражену било у килограмима, било у тонама) која настаје приликом сагоревања горива, док друге као основицу узимају количину угљеника која је садржана у предмету опорезивања. Идеално би било када би се основица одређивала на темељу количине емитованог угљен-диоксида, али због тешкоћа везаних за одређивање извора емисије и њеног мерења, као основица се узима количина угљеника садржана у енергентима чијим сагоревањем настаје угљен-диоксид. „Избор између опорезивања штетне емисије и опорезивања сировина при чијем сагоревању долази до таквих емисија зависи од висине трошкова и физичких могућности да се контролишу дате емисије, као и од могућности да се успостави непосреднија веза између потрошње производа (фосилних горива) и обима настале штете. Пошто је релативно лако да се утврди таква веза, док је, међутим, веома скупо и тешко да се контролишу глобалне емисије, порез на производе који би био заснован на количини угљеника у одређеној врсти фосилних горива је прихватљивији економски инструмент, који може да обезбеди редукацију емисије штетних гасова.“⁷ Понекад је пракса да се порез на угљен диоксид темељи како на количини угљеника, тако и на количини енергије која се ослободи приликом сагоревања фосилних горива. Разлози за овакво поступање су тројаки. Наиме, на овај начин жели се подстаћи енергетска ефикасност и коришћење обновљивих извора енергије, али и интернализovati екстерналије које настају приликом производње нуклеарне енергије, које се не огледају у емисији угљен-диоксида, већ у бројним ризицима везаним за здравље људи, могућност настанка нуклеарне штете и сл. Увођење компоненте базиране на количини енергије оправдава се и настојањем да се заштити конкурентска позиција одређених земаља у којима се производња енергије не одвија у нуклеарним електранама.⁸

У вези са прецизирањем предмета опорезивања и обвезника, поставља се питање најадекватније фазе производно-прометног циклуса, у којој треба спровести опорезивање. Већина се слаже да опорезивање треба спровести било на почетку, било на крају производно-прометног циклуса. У том смислу прави се разлика између „примарног“ пореза који се плаћа у моменту када су фосилна горива ископана, извађена или увезена, и „финалног“, који се плаћа у моменту њихове продаје индустријском сектору, односно домаћинствима.⁹ „Примарни“ порез на емисије угљен-диоксида је једноставнији за примену, посматрано с аспекта пореске администрације, јер је број, како производа подвргнутих опорезивању, тако и број пореских обвезника, мањи што олакшава контролу и смањује административне трошкове, а уз то обезбеђује максималну „покривеност“, односно, широк предметни обухват. Недостатак „финалног“

⁷ Г. Илић-Попов, *Еколошки порези*, Београд, 2000, стр. 232.

⁸ В.: М. Pearson, S. Smith, *European Carbon Tax: An Assessment of the European Commission's Proposals*, London, 1993, стр.20-21. Доступно на: <http://discovery.ucl.ac.uk/17288/1/17288.pdf>, 6.7.2011.

⁹ В.: *ibid.*, стр. 27-28.

пореза на емисије угљен-диоксида огледа се и у немогућности опорезивања свих емисија испуштених у атмосферу током претварања основних горива у коначне производе. Тако, на пример, приликом претварања (дестилације) каменог угља у кокс ствара се одређена количина угљен-диоксида која је неопорезована, а сам кокс садржи знатно мање угљеника у односу на камени угаљ, те у буџет долази мање прихода. С друге стране, предност „финалног“ пореза је његова већа видљивост, што позитивно утиче на развој еколошке свести потрошача. Наведени проблем додатно компликује поступак утврђивања пореске стопе, уколико се усвоји варијанта „финалног“ пореза на угљен-диоксид.

Принципе за установљивање идеалне пореске стопе код емисионих пореза поставио је још Пигу. Наиме, на датом нивоу емисије, пореска стопа треба да изрази еколошке трошкове који су настали као последица загађивања. Међутим, у пракси, утврђивање висине пореске стопе сусреће се са бројним тешкоћама везаним за материјално процењивање негативног ефекта на животну средину, процењивање штете искључиво у националним границама имајући у виду глобални карактер климатских промена и сл. С обзиром да се стопа код пореза на угљен-диоксид утврђује у апсолутном износу према мерној јединици, јавља се опасност да, у условима инфлације, овај износ буде еродираан. Често се замера да су стопе код овог пореског облика постављене на сувише ниском нивоу, тако да не постоји подстицај да се редукује емисија угљен-диоксида. Овакво становиште занемарује потребу постепеног увођења свих еколошких пореза како би се омогућило и загађивачима и целокупној економији да се прилагоде новонасталој ситуацији.

Код пореза на емисије угљен-диоксида неопходно је разликовати пореског обвезника и пореског дестинатара, као и код свих других посредних пореза. Тако, у словеначком праву обвезник таксе на загађивање ваздуха емисијом угљен-диоксида је свако лице које производи или ставља у промет гориво чијим се сагоревањем ослобађа угљен-диоксид, с тим да се малопродајна цена повећава за износ пореза који плаћа купац горива.

Приликом увођења пореза на емисије угљен-диоксида поставља се питање односа са другим порезима не енергенте, односно да ли земље које већ имају порезе на енергенте са високим стопама, морају увести порез на емисије угљен-диоксида? Не постоји једнозначан одговор.

IV. Предности и недостаци пореза на емисије угљен-диоксида

Имплементација овог пореског облика у пракси се суочава са низом тешкоћа, које су углавном дистрибутивне природе, мада се не могу занемарити ни проблеми који настају на плану конкурентности.

Ефекти на расподелу дохотка

Често се замера порезима на енергенте, посебно порезу на угљен-диоксид, да имају регресиван учинак, односно да сразмерно више оптерећују

категорије становништва чији је доходак нижи. Према неким проценама, регресивни учинак пореза на угљен-диоксид несумњив је у развијеним земљама. Иако неке студије доказују супротно, у финансијској литератури присутан је поприлично широк консензус да је у земљама у развоју регресивност изражена у још већој мери.¹⁰

Иако се можемо сложити са констатацијом да овај порез има регресиван учинак, никако не треба губити из вида две чињенице. Као прво, регресивност је донекле ублажена чињеницом да се еколошке пореске реформе спроводе у контексту поштовања начела фискалне неутралности, које подразумева да након увођења нових пореза укупно пореско оптерећење треба да остане непромењено. Пракса показује да је у већини земаља у којима су уведени еколошки порези дошло до истовременог смањења стопа пореза на приходе од рада, односно доприноса за обавезно социјално осигурање. Као друго, користи од побољшања квалитета животне средине у већој мери ће бити доступне категоријама становништва чији је доходак нижи. Докази о експлицитној регресивности еколошких пореза су, осим оне која је својствена за све посредне порезе, донекле, оскудни.¹¹

У циљу ублажавања регресивног учинка могуће је предвидети три групе мера. Пре свега, могуће је снизити стопе пореза на производе масовне потрошње које превасходно користе категорије становништва са нижим дохотком (нпр. на огрев, инпуте који се користе у пољопривреди и сл.). Међутим, тиме се слаби жељени утицај на животну средину и стварају одређене административне тешкоће. У неким земљама, попут Швајцарске, даје се паушална рефундација која се утврђује на бази просечног плаћања по домаћинству. Тако се рефундира порез на испарљива органска једињења.¹² Коначно, могуће је, у циљу ублажавања регресивности, снизити и стопе других пореза. Међутим, према тврдњама неких аутора, овом мером се само појачава регресивни учинак. Наиме, најсиромашније категорије плаћају најниже износе пореза на доходак (стопе овог пореског облика се најчешће снижавају), тако да ће, у суштини, овом мером највећу корист остварити најбогатија домаћинства.¹³ Неки аутори тврде да је за сагледавање регресивног учинка пореза на угљен-диоксид потребно сагледати карактеристике целокупног пореског система. Наиме, ако

¹⁰ В.: F.Schroeder, *Carbon Taxes for Managing Climate Change*, G-24 Policy Brief, No 27, Washington, 2008, стр.2. Доступно на: <http://www.g24.org/PolicyBriefs/pbno27.pdf>, 1.7.2011.

¹¹ Тако, у Извештају шведске пореско-еколошке комисије, процењено је да удвостручавање стопе пореза на угљен-диоксид има одређене регресивне учинке. Наиме, после повећања стопа, да би одржале исти ниво потрошње, група са најнижим дохотком трошиће 1,24% више свог дохотка, а група са највишим дохотком свега 0,78%.

¹² У неким земљама порези на енергенте се делимично враћају домаћинствима и пословним субјектима који су извршили инвестиције које доприносе уштеди енергије, и то у форми субвенција.

¹³ В.: J.P. Barde, *Green Tax Reforms in OECD Countries: An Overview*, Santiago de Chile, 2004, стр. 9-11. Доступно на: http://www.eclac.org/dmaah/noticias/discursos/3/14283/03_en.pdf, 1.7.2011.

је порески систем прогресиван, регресиван учинак пореза на угљен-диоксид биће ублажен.¹⁴ Имајући у виду чињеницу да је у Србији ПДВ најиздашнији порески облик, евентуалним увођењем пореза на емисије угљен-диоксида, регресивност би још више била изражена.

Ефекти на конкурентност

Често се као кључни аргумент против увођења пореза на угљен-диоксид наводи то да овај порески облик може довести до угрожавања конкурентске позиције земље која га уводи. Посебно, енергетски интензивни сектори се противе његовом увођењу. У основи, неопходно је правити разлику између конкурентности на нивоу предузећа и конкурентности на макроекономском нивоу. Наиме, чак и предузећа која припадају истом сектору не морају истоветно реаговати на уведени порез. Тако, предузећа са модернијом опремом, која уз то имају лакши приступ „чистијим“ изворима енергије, лакше ће поднети терет увођења пореза. У случају конкурентности на макроекономском нивоу, ефекат који производи порез на угљен-диоксид није исти за све земље. Неки економисти тврде да најбољу меру конкурентности чини стопа остварене продуктивности. Стога треба утврдити да ли порез на угљен-диоксид смањује стопу продуктивности или не.¹⁵

Спроведена студија из 2003. године, у оквиру OECD-а, показује да би увођење пореза на угљен-диоксид у износу 25\$ по тони, у индустрији челика у свим чланицама OECD-а смањило производњу челика за 9%, а емисију угљен-диоксида за 19%, а ако би се приходи од овог пореза „вратили“ индустрији челика у виду субвенција, производња би опала за мање од 1%, а глобална емисија за око 3%.¹⁶

Поставља се питање: како ублажити негативне ефекте увођења пореза на угљен-диоксид на конкурентност? У том смислу, држави стоје на располагању неколико мера. Тако, могуће је да се пореским обвезницима врати, у целисти или делимично, износ плаћеног пореза у виду различитих субвенција у случају улагања средстава у активности истраживања и развоја „чистих“ технологија, односно у случају вршења инвестиција којима се постиже уштеда енергије. Негативни ефекти на конкурентност могу се ублажити и различитим пореским изузимањима која се предвиђају за одређене активности, секторе или производе или снижавањем пореских стопа.¹⁷ На пример, у Данској је, у прелазном перо-

¹⁴ В.: М. Waggoner, *Why and How to Tax Carbon*, Colorado Journal of International Environmental Law & Policy, Colorado, 2008-2009, Vol.20, стр. 562-596. Доступно на: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/uclalp11&div=6&id=&page=,3.7.2011>.

¹⁵ В.: Г. Илић-Попов, *Ibid.*, стр. 241.

¹⁶ В.: *Environmental Policy in the Steel Industry: Using Economic Instrument*, Unclassified Document, OECD, Paris, 2003, Доступно на: <http://www.oecd.org/env/taxes>, 1.7.2011.

¹⁷ С обзиром да се део планираних прихода губи предвиђањем наведених изузимања, често се повећавају стопе постојећих пореза, што може довести, како до дисторзија, тако и до законите и

ду, од 1993. до 1995. године, одобрена примена снижене стопе пореза на угљен-диоксид у индустријском сектору. У Великој Британији стопа пореза на струју је 20% нижа од уобичајене стопе за енергетски-интензивне компаније.¹⁸ Ако је порез на угљен-диоксид уведен унилатерално, домаћи произвођачи ће бити у лошијој позицији у односу на иностране произвођаче, који у својој матичној земљи нису подвргнути овом порезу, па ће аутоматски њихови производи на иностраном тржишту бити јефтинији. У таквим ситуацијама могуће је да се изврше прекогранична пореска прилагођавања (енг.: *border tax adjustment*), односно, да се и увезени производи подвргну истим порезима као и домаћи производи.¹⁹ То би значило да би се обрачун пореза на емисију угљен-диоксида извршио на сличан начин као и обрачун ПДВ-а и осталих посредних пореза, који се обрачунавају приликом увоза добара, с тим да би се тада прешло на *ad valorem* опорезивање.

Теоретски, овај порески облик карактерише једноставност, јер се плаћа у апсолутном износу према мерној јединици на главне, и уједно најзначајније, изворе емисије угљен-диоксида. Уз то, уколико је усвојена „примарна“ варијанта овог пореза и број пореских обвезника је мањи, што аутоматски олакшава поступак његовог утврђивања, наплате и контроле. За разлику од административних мера, њиме се обезбеђују и одређена новчана средства, као и извесност за пореске обвезнике у погледу трошкова који их очекују у случају емисије. Можда најважније обележје овог пореза јесте да се њиме обезбеђује реализација принципа „загађивач плаћа“, односно загађивачи бивају принуђени да сnose трошкове загађивања животне средине. У предности се убраја и то што овај порески облик подстиче активности истраживања и развоја, технолошке иновације и сл.

Када је реч о недостацима, као и сваки порез, тако и порез на емисије угљен-диоксида изазива отпор код пореских обвезника приликом његовог увођења. Осим тога, овај порез доводи у питање остваривање жељеног утицаја на животну средину, поготово ако је пореска стопа ниска. Како би се минимизовала нежељена дејства на конкурентску позицију једне земље, као и редистрибутивна дејства, предвиђена су одређена изузимања, чија је алокација по појединим привредним секторима подложна различитим политичким манипулацијама.

У факторе који могу допринети бољој имплементацији и мањем отпору пореских обвезника приликом плаћања пореза на емисије угљен-диоксида, спадају: поштовање начела афектације, постепено увођење и остваривање међународне сарадње у овом домену.

незаконите евазије.

¹⁸ Изузимањима се често приговара да слабе жељени утицај на животну средину у смислу смањивања емисија, да подстичу премештање у секторе у којима је предвиђена олакшица, да нарушавају алокативну неутралност и сл.

¹⁹ В.: J.P. Barde, *Ibid.*, стр. 9-11.

Често се у литератури истиче да афектација пореског прихода за одређени јавни расход чини подношење пореског терета прихватљивијим за пореског обвезника, наравно под претпоставком да је намена, ради које је порез уведен, са његовог становишта легитимна.²⁰ Тако, уколико су порески обвезници свесни да ће се се прикупљени приходи користити за еколошке сврхе или да ће им се део прихода „вратити“ виду субвенција и слично, плаћање пореза неће наилазити на превелики отпор.

Сем тога, успешној имплементацији допринеће и постепено увођење пореза на угљен-диоксид, тј. постепено повећање стопа, како би се пореским обвезницима дала могућност да се прилагоде новим фискалним захтевима, као и активно суделовање свих заинтересованих страна у поступку доношења закона којима се установљава овај порески облик.

За разлику од неких облика загађивања воде и земљишта, глобална природа проблема климатских промена захтева да приликом његовог решавања постоји међународна сарадња. Координисана акција може решити дилему да ли опорезивање спровести у земљи у којој долази до емисије или у земљи у којој се производ, који је настао као резултат емисије, троши.²¹ Уколико једна земља унилатерално примењује мере којима се постиже редукација емисије угљен-диоксида, утицај на заустављање климатских промена биће занемарљив, а трошкови значајни. Постизање међународног консензуса нарочито је важно приликом предвиђања изузимања у циљу ублажавања регресивних учинака и учинака на конкурентност. Свест о наведеној чињеници појачана је после неуспеха Самита у Копенхагену 2009. године.

V. Опорезивање емисије угљен-диоксида у Европској унији

Проблем прекомерне емисије гасова “стаклене баште” условио је, почетком 90-их година двадесетог века, акцију Европске комисије у погледу увођења пореза на емисије угљен-диоксида на нивоу Уније. Томе је допринела и чињеница да тадашње чланице (ЕУ-15), према Кјото протоколу, морају смањити емисију наведених гасова за 8 % до 2012. године, у односу на ниво емисије из 1990. године.²² У том смислу, 1992. године учињен је Предлог Директиве о порезу на емисије угљен-диоксида и енергију. Предлог је укључивао и опорезивање струје створене у нуклеарним и хидро-електранама, с тим да је пружена могућност да се одобре различите олакшице у сектору индустрије. Споразум није постигнут, посебно због жестоког противљења произвођача

²⁰ Д. Поповић, *Пореско право*, Београд, 2009, стр. 72.

²¹ У случају прихватања друге опције, могу се јавити проблеми у вези са одређивањем садржаја угљеника у увезеним производима због недоступности информација.

²² Увођење пореза на емисије угљен-диоксида спроводило се у оквиру тзв. еколошке пореске реформе (енг.: green tax reform) коју карактерише: смањење или елиминација еколошки штетних субвенција, реструктурирање постојећих пореза у складу са еколошки прихватљивим захтевима и увођење нових еколошких пореза.

енергената и сектора тешке индустрије, те је Савет одбио Предлог. Потом је Предлог, 1995. године, допуњен тако што је дата могућност да у прелазном периоду (до краја 1999. године) чланице слободно одлучују да ли ће увести порез на угљен-диоксид. Отпор увођењу пореза на угљен-диоксид произлази из различитих интереса чланица, различитог односа који имају према увођењу јединственог пореза, бојазни од угрожавања њихове конкурентске позиције, посебно када је реч о земљама чији енергетски и индустријски сектори почивају на фосилним горивима.

Када се посматра емисија гасова који изазивају ефекат „стаклене баште“ по државама чланицама, на основу података EUROSTAT-а, могу се уочити две групе земаља. У прву групу спадају земље попут Пољске, Румуније, Чешке, Бугарске у којима је удео у укупној емисији (посматрано на нивоу Уније) већи од њиховог удела у укупним приходима на нивоу Уније, док у другу групу земаља, у којима је присутна супротна тенденција, спадају, првенствено, Скандинавске земље. У ЕУ-25 емисија је у 2004. години смањена за око 1 тону по глави становника, у односу на стање из 1990. године. Када се разматра фискални значај еколошких пореза у целини може се констатовати њихов пад, посебно у односу на 1999. годину, када је њихов удео у БДП Уније био највиши. Према подацима из 2009. године, учешће еколошких пореза у БДП Уније износило је 2,4%, а учешће у укупним приходима Уније 6,3%. Међу њима, свакако су најиздашнији порези на енергенте, у које се сврстава и порез на емисије угљен-диоксида. На њих отпада око три четвртине прихода од свих еколошких пореза. Тако висок удео не мора бити индикатор приоритета који се придаје заштити животне средине, нарочито ако се има у виду чињеница да је код пореза на енергенте доминантан фискални циљ.²³ Временом, фискални и циљеви заштите животне средине могу постати конфликтни, односно како подстицајна улога ових пореза јача, емитери угљен-диоксида смањиваће емисије угљен-диоксида, а самим тим долази до ерозије пореске основице, која води постепеном паду пореских прихода. Неки аутори установили су да постоји веза између стопе приноса од еколошких пореза и нивоа развијености еколошке свести у државама чланицама.²⁴

Упркос проблемима у вези са хармонизацијом на нивоу Уније, неке чланице су увеле порез на емисије угљен-диоксида.²⁵

²³ В.: *Taxation Trends in The European Union-Date for the EU Member States, Iceland and Norway*, EUROSTAT, Luxembourg, 2011, стр.143-153. Доступно на: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-DU-11-001/EN/KS-DU-11-001-EN.PDF, 7.7.2011.

²⁴ В.: С. Szigeti, *Environmental Tax Revenue and the Environmental Consciousness in the European Union*, Доступно на: [http://ageconsearch.umn.edu/bitstream/54343/2/Szigeti_2005_12\(k\)_37_40.pdf](http://ageconsearch.umn.edu/bitstream/54343/2/Szigeti_2005_12(k)_37_40.pdf), 7.7.2011.

²⁵ Неки аутори, попут F. Mullera, у зависности од основа увођења и активног пореског субјекта, разликују глобални порез који скупља међународно тело, мултилатерално хармонизовани порез који убиру националне власти, с тим да је његово увођење предвиђено неким наднационалним прописом и унилатералне националне порезе које једнострано уводе и убирају националне

Финска је била прва земља која је у свој порески систем 1990. године увела порез на угљен-диоксид, који се базирао на садржају угљеника и енергије. У овој земљи посебно се, акцизама, опорезују фосилна горива која се користе за грејање и саобраћај, док су порезу на угљеник подвргнути: бензин, дизел, лож-уље, млазно гориво, угаљ и природни гас. Горива која се користе за комерцијални ваздушни или бродски саобраћај или у производњи струје, изузета су од опорезивања. Струја је опорезована, али по киловату, а не количини угљеника. Приход од овог пореског облика је приход централног буџета. Финска влада је обелоданила да је захваљујући порезу на угљеник, у периоду од 1990. До 1998. године, емисија угљен-диоксида смањена за око 7%.²⁶

Уједињено Краљевство је 2001. године увело намет на климатске промене (енг.: *Climate Change Levy*), и то на: струју, природни гас, течни нафтни гас и друге угљоводоничне гасове који се испоручују у течном стању за грејање и чврста горива. Опорезивање се спроводи једино ако се наведени енергенти испоручују индустријском, комерцијалном, пољопривредном, јавном сектору, као и сектору услуга како би се навели да послују са већом енергетском ефикасношћу и да смање емисију угљен-диоксида.

Шведска је увела порез на угљен-диоксид 1991. године, с тим да је већ 1992. године индустријском сектору одобрена примена снижене стопе (50%), на основу студије у којој је утврђено да је у Шведској пореско оптерећење овог сектора међу највећим, односно предвиђена су ослобођења за горива која се користе за производњу електричне енергије. Главни ефекат увођења пореза на угљен-диоксид састоји се у појачаном коришћењу биомасе у систему даљинског грејања, као и у индустрији.²⁷

Словенија је увела порез на емисију угљен-диоксида 1997. године, и то као саставни део акцизе на бензин, дизел и лож гориво. Висина овог пореза се одређује на бази количине угљен-диоксида. Просечна стопа овог пореза је око 15 Е по тони угљен-диоксида. Предвиђене су и редуције стопе у случају коришћења горива за одређене намене (нпр. за гориво које се користи у производњи топлотне енергије и сл.).²⁸

пореске власти.

²⁶ В.: J. Sumner, L. Bird, H. Smith, *Carbon Taxes: A Review of Experience and Policy Design Consideration*, Technical Report NREL/TP-6A2-47312, Colorado, 2009, стр.17. Доступно на: <http://www.nrel.gov/docs/fy10osti/47312.pdf>, 3.7.2011.

²⁷ В.: B. Johansson, *The Carbon Tax in Sweden (y: Innovation and the Environment)*, OECD, Paris, 2000, стр. 85-83. Доступно на: http://books.google.com/books?hl=sr&lr=&id=pNGPyWXEwKwC&oi=fnd&pg=PA85&dq=carbon+tax+in+sweden&ots=Qb7Q1EXh3X&sig=mUzXvXLO_DD42LP09wTPHwU1hwY#v=onepage&q=carbon%20tax%20in%20sweden&f=false, 3.7.2011.

²⁸ В.: R. Slabe-Erker, *Porez na ugljik kao mjera za smanjenje emisije ugljičnog dioksida*, Financijska teorija i praksa, Vol. 26, No 3, Zagreb 2002, стр. 631-635. Доступно на: <http://hrcak.srce.hr/5876>, 3.7.2011.

VI. Алтернатива порезу на емисије угљен-диоксида

Тешкоће око постизања консензуса држава чланица у погледу увођења јединственог пореза на емисије угљен-диоксида условиле су трагање за алтернативним решењима. Тако је на нивоу Уније 2005. године установљен ЕУ Систем трговања емисијама (енг.: *The European Union Emission Trading Scheme*, у даљем тексту: ETS), који представља камен темељац борбе против климатских промена и основни инструмент редукације емисије гасова који изазивају ефекат „стаклене баште“ како би се остварили циљеви формулисани у Кјото протоколу. Овај систем почива на принципу преносивих дозвола (енг.: *cap and trade principle*) који подразумева одређивање горњег лимита гасова који изазивају ефекат „стаклене баште“, који могу бити емитовани од стране фабрика, електрана и других објеката укључених у систем, с тим да дозволе за емисију могу бити предмет трговања уколико њихов ималац процени да ће његова емисија бити нижа од дозвољене. Укупна количина дозвола које се додељују држави чланица, одређује се у складу са њиховим националним планом, с тим да Европска комисија процењује да ли су при томе поштовани критеријуми установљени у Директиви о трговању емисијама (у даљем тексту: Директива).²⁹ Овај систем, нарочито, погодује фирмама које су енергетски ефикасне, јер „неискоришћене“ количине емисија ће продати на тржишту и на тај начин остварити профит. Директива у члану 10 предвиђа да ће се до 2008. године најмање 95% дозвола додељивати бесплатно, док је за наредних пет година установљена обавеза држава чланица да најмање 90% дозвола додељују бесплатно. Директива предвиђа обавезу за чланице у погледу омогућавања слободног преноса дозвола између субјеката у оквиру Уније.

VII. Закључна разматрања

Појачана забринутост за стање животне средине и недостаци административних инструмената условили су потрагу за новим и ефикасним механизмима њене заштите, па је током 60-их и 70-их година 20. века оживела Пигуова идеја о порезу на екстерналије. Проблем глобалног загревања ставио је до знања да је неопходно редуковати емисију гасова који изазивају ефекат „стаклене баште“, пре свега угљен диоксида, увођењем посебног пореза којим би се интернализовале негативне климатске екстерналије.

Иако би се увођењем пореза на емисије угљен-диоксида истовремено обезбедила, како новчана средства, која би дала могућност да се сниже стопе, превасходно, пореза који оптерећују приходе од рада, тако и заштита животне

²⁹ В.: Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 2003 establishing a scheme for greenhouse gas emission allowance trading within Community and amending Council Directive 96/61/EC, Official Journal of the European Union, L 275/32, Доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:275:0032:0032:EN:PDF>, 7.7.2011.

средине, државе се нерадо опредељују за његову имплементацију, руковођене страхом од губитка конкурентске позиције на светском тржишту, његових регресивних учинака, али и чињеницом да унилатерално увођење пореза на емисије угљен-диоксида не може решити проблем прекомерне емисије угљен-диоксида. Ово је разлог због којег се међународна сарадња јавља као неминовност, иако је за сада то нереално очекивати. Ако се посматра само подручје Европске уније и поред бројних покушаја да се уведе јединствени порез на емисије угљен-диоксида, споразум није постигнут, па је као начин стављања под контролу емисије угљен-диоксида установљен систем трговања емисијама који се базира на принципу преносивих дозвола.

Иако економски инструменти заштите животне средине показују одређене предности у односу на административне инструменте, они нису довољни. Неопходно је извршити суштинске промене у свим сферама друштвеног живота.

TAXATION OF CARBON DIOXIDE EMISSIONS AS AN INSTRUMENT OF ENVIRONMENTAL PROTECTION

Summary

Increased concern about the environment and shortcomings of administrative instruments caused the search for new and effective mechanisms for its protection, so during 60's and 70's of the 20th century revived the idea of Pigou's tax on externalities. The problem of global warming has put it clear that it is necessary to reduce emissions that cause the effect of "greenhouse gases", primarily carbon dioxide, introducing a special tax that would be internalized negative climate externalities. Although tax on carbon dioxide emissions, at the same time, ensure funds that give the opportunity to lower rates on labor income, and environmental protection, contemporary states refuse to opt for its implementation guided by fear of loss of competitive position in the global market, its regressive effects, and the fact that the unilateral introduction of this tax can not solve the problem of excessive emissions of carbon dioxide. This is why international cooperation is emerging as a necessity, although it is currently unrealistic. If we observe only the area of the European Union, despite numerous attempts to introduce a uniform tax on carbon dioxide emissions, no agreement was reached. As a way of putting under the control of emissions of carbon dioxide, in 2005 the European union established Emission Trading Scheme that is based on the principle of transferable permits.

Although economic instruments for environmental protection shows some advantages over administrative instruments, they are not sufficient. It is necessary to make substantial changes in all spheres of social life.

Key words: *environmental taxes; tax on carbon dioxide emissions; greenhouse effect; transferable permits.*

УПУТСТВО АУТОРИМА

Часопис «Правна ријеч» објављује оригиналне радове и друге прилоге из правне теорије и праксе, који својим садржајем одговарају основним тематским опредјељењима. Радови који су већ објављени у некој другој публикацији не могу бити прихваћени и објављени у овом часопису. Радови у часопису подлијежу рецензији. Радови се категоришу у сљедеће врсте: изворни научни чланци, стручни радови из свих области права, излагања са научних и стручних скупова, прикази, искуства из судске и управне праксе и преводи.

Радови и прилози треба да испуњавају сљедеће услове:

- радови треба да буду откуцани у фонту Times New Roman, величином од 11 pt, изабрано на икони за језике Serbian (cyrilic или latin) или Croatian, одштампани у једном примјерку и уз прилог одговарајуће дискете;
- аутори треба да куцају текст писмом којим желе да се рад објави;
- рукопис треба да буде коректан у погледу граматике и стила;
- радови се не враћају;
- структура рада треба да садржи: име и презиме аутора, звање, назив установе у којој ради, наслов рада, кратак апстракт (до петнаестак редова), кључне ријечи (до десет ријечи), излагање суштине рада и закључак (до једне странице). Извори (литература) се наводе у фуснотама;
- обим рукописа је ограничен до једног ауторског табака, односно 16 картица (картица – 30 редова, 65 словних знакова);
- часопис излази два пута годишње у два или више бројева.

Рукописи за објављивање могу се достављати поштом, електронском поштом или непосредно на адресу: Редакција часописа “Правна ријеч”, Булевар Степе Степановића 77, 78000 Бања Лука.

Удружење правника Републике Српске
Веселина Маслеше 28/1
78000 Бања Лука
Телефон/факс: 051/212-320
e-mail: info@ud-pr.org

Издавач:

Удружење правника Републике Српске

За издавача:

Академик проф. др Рајко Кузмановић

Лектор и коректор:

Мр. Игор Симановић

Припрема за штампу:

Нада Вуга

Драган Зељковић

Штампа:

ППГД “Комесграфика” Бања Лука

За штампарију:

Звонко Савић, дипл. правник

Тираж:

700 примјерака

Министарство просвјете и културе Републике Српске је својим Рјешењем број 6-01-4741/04 од 24.09. 2004. године утврдило да је часопис “Правна ријеч”, у издању Удружења правника Републике Српске, публикација из члана 33 став 1 тачка 9 Закона о акцизама и порезу на промет, те не подлијеже опорезивању.