

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Број 32/2012

Година IX

ISSN: 1840-0272

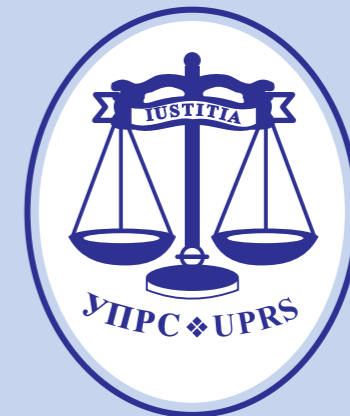
Година IX

Број 32/2012

ПРАВНА РИЈЕЧ

ПРАВНА РИЈЕЧ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ



БАЊА ЛУКА, 2012.



УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА
РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

ИЗДАВАЧ:
Удружење правника Републике Српске

ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ УРЕДНИК:
Академик проф. др Рајко Кузмановић

РЕДАКЦИЈА:
Академик проф. др Снежана Савић,
академик проф. др Рајко Кузмановић,
академик 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, 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, а крајем 2003. године, 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.

САДРЖАЈ

ГРАЂАНСКОПРАВНА КАТЕДРА11

Академик проф. др Слободан Перовић
УГОВОРНА ОДГОВОРНОСТ И МОРАЛНА ДУЖНОСТ13

Проф. др Душко Медић
АКЦЕСОРНОСТ ЗАЛОЖНОГ ПРАВА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ29

Доц. др Дарко Радић
РАЗВОЈ ГРАЂАНСКОГ ПРАВА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ47

Стварно право

Др сц. Петар Симонети
НЕКРЕТНИНЕ КАО ОБЈЕКТИ ПРАВА67

Проф. др Илија Бабић
ИМИСИЈЕ И НАКНАДА ШТЕТЕ.....93

Проф. др Мирослав Лазић
ИМИСИЈЕ И ГРАЂАНСКОПРАВНА ЗАШТИТА113

Проф. др Владо Белај
О ЗАЈЕДНИЧКОМ ВЛАСНИШТВУ131

Проф. др Драган Боланча
ЛУКЕ УНУТРАШЊИХ ВОДА У РЕПУБЛИЦИ ХРВАТСКОЈ.....147

Доц. др Нина Планојевић
НАЧЕЛА КАТАСТРА НЕПОКРЕТНОСТИ У СРБИЈИ
И РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ165

Облигационо право

Проф. др Здравко Петровић
ПРАВО ПРАВНИХ ЛИЦА НА НАКНАДУ НЕМАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ...181

Проф. др Владимир Чоловић
ПРИМЕНА ПРАВИЛА ИМОВИНСКИХ ОСИГУРАЊА
НА ОСИГУРАЊЕ ОД ПОСЛЕДИЦА НЕСРЕЋНОГ СЛУЧАЈА191

Доц. др сци Слободан Станишић ПРАВНИ ОДНОСИ У ОСИГУРАЊУ ОД ОДГОВОРНОСТИ С ОСВРТОМ НА ПРАВНУ ПРИРОДУ ГРАЂАНСКЕ ОДГОВОРНОСТИ ОСИГУРАВАЧА	209
Доц. др Владимир Вулетић КОНСЕНСУАЛНОСТ РИМСКОГ УГОВОРА О ПРОДАЈИ	227
Мр Белма Бајрић, мр Рамиза Хамулић ПРЕМИЈА ИЛИ ДОПРИНОС У ОСИГУРАЊУ	243
Мр Горан Бубић ОГРАНИЧЕЊА СЛОБОДЕ ИЗРАЖАВАЊА И ЗАШТИТА ОД КЛЕВЕТЕ	255
Мирјана Богуновић ПОДИЈЕЉЕНА ОДГОВОРНОСТ ИЗМЕЂУ ШТЕТНИКА И ОШТЕЋЕНОГ У ОКВИРУ АКВИЛИЈЕВОГ ЗАКОНА	271
Дуња Попивода КВАЗИ-УГОВОР О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ	283
Срђан Радуловић ШТА ЈЕ ТО ШТО ЗАСТАРЕВА (ПРЕДМЕТ ЗАСТАРЕЛОСТИ)	297
Мирко Воштанић ПРЕДВИДЉИВОСТ ШТЕТЕ КАО УСЛОВ УГОВОРНЕ ОДГОВОРНОСТИ ДУЖНИКА	311
Миралем Поробић КУПОПРОДАЈА НА ОСНОВУ „УГОВОРА НА ДАЉИНУ“ СА АСПЕКТА ЕЛЕКТРОНСКОГ ПОСЛОВАЊА	323
Породично право	
Проф. др Станка Стјепановић: СТЕПЕНИ СРОДСТВА КАО ГАРАНЦИЈА ТРАЈНОСТИ БРАКА	341
Грађанско процесно право	
Проф. др Гордана Станковић ПРИВАТИЗАЦИЈА СУДСКЕ ФУНКЦИЈЕ У ПОСТУПКУ ИЗВРШЕЊА	355

Проф. др Ранка Рачић ИЗВРШИЛАЦ ПО УГОВОРУ	367
Проф. др Душица Палачковић ПАРНИЧНИ ПОСТУПАК У СПОРОВИМА ЗА ЗАШТИТУ КОЛЕКТИВНИХ ПРАВА И ИНТЕРЕСА	385
Проф. др Небојша Шаркић, доц. др Милан Почуча ПРИКАЗ ОДРЕДБИ ЗАКОНА О ИЗВРШЕЊУ СРБИЈЕ У СПОРОВИМА ИЗ ПОРОДИЧНОПРАВНИХ ОДНОСА	401
Др Милена Трговчевић Прокић ЈАВНОБЕЛЕЖНИЧКА КОМОРА	425
ПРИВРЕДНОПРАВНА ОБЛАСТ	437
Академик проф. др Мирко Васиљевић КРИТИЧКИ ПОГЛЕД НА ЗАКОН О ПРИВРЕДНИМ ДРУШТВИМА СРБИЈЕ (2011)	439
Академик проф. др Јакша Барбић ПРИЛАГОДБА ХРВАТСКОГ ПРАВА ЕУРОПСКОЈ ПРАВНОЈ СТЕЧЕВИНИ И ПРАВНИЧКА СТРУКА	451
Проф. др Марко Рајчевић ПРАВНИ СТАТУС МАЊИНСКИХ АКЦИОНАРА	471
Др Драгиша Б. Слијепчевић ПРАВНА ДЕЈСТВА ПЛАНА РЕОРГАНИЗАЦИЈЕ НА ТРЕЋА ЛИЦА ...	485
Проф. др Михаило Велимировић ОПШТИ ПОГЛЕД НА ЗАКОНЕ О СТЕЧАЈУ	499
Проф. др Дијана Марковић Бајаловић ПОВЕЗАНА ДРУШТВА У ПРАВУ ПРИВРЕДНИХ ДРУШТАВА И ПРАВУ КОНКУРЕНЦИЈЕ	513
Проф. др Данче Манолева-Митровска, мр Владимир Митревски ОДОБРАВАЊЕ ПЛАНА РЕОРГАНИЗАЦИЈЕ СТЕЧАЈНОГ ДУЖНИКА У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ МАКЕДОНИЈЕ	533

Проф. Љубиша Дабић КОНЦЕСИЈЕ КАО ПОСЕБНА ФОРМА ЈАВНО-ПРИВАТНОГ ПАРТНЕРСТВА547
Проф. др Милена Јовановић Zattila ПОНАШАЊЕ ПРИВРЕДНИХ СУБЈЕКТА У УСЛОВИМА НЕЛОЈАЛНЕ КОНКУРЕНЦИЈЕ573
Проф. др Драгана Кнежић-Поповић ПРИВРЕДНА ДРУШТВА СЛОБОДНИХ ПРОФЕСИЈА589
Проф. др Мирослав Врховшек, доц. др Владимир Козар НАКНАДА ШТЕТЕ ЗБОГ НЕОВЛАШЋЕНОГ ОТУЂЕЊА СТВАРИ НА КОЈОЈ ПОСТОЈИ ИЗЛУЧНО ПРАВО603
Доц. др Владимир Козар МОРАТОРИЈУМ И ЗАШТИТА ПОВЕРИЛАЦА У ФИНАНСИЈСКОМ РЕСТРУКТУРИРАЊУ619
Др Мирјана Кнежевић УСКЛАЂИВАЊЕ КОДЕКСА КОРПОРАТИВНОГ УПРАВЉАЊА СА ЗАКОНОМ О ПРИВРЕДНИМ ДРУШТВИМА ИЗ 2011. ГОДИНЕ637
Ирена Мојовић УЛОГА НОТАРА У ПОСТУПКУ РЕГИСТРАЦИЈЕ ПОСЛОВНИХ СУБЈЕКТА647
Недељко Милијевић СТЕЧАЈНИ УПРАВНИК, ЦЕНТРАЛНИ ОРГАН СТЕЧАЈНОГ ПОСТУПКА667
Доц. др Мијат Јоцовић ПОЈАМ И ОБЛИЦИ ПРАВНОГ РЕГУЛИСАЊА ИНСТИТУТА ИНСАЈДЕРСКЕ ТРГОВИНЕ У УПОРЕДНОМ ПРАВУ679
Проф. др Маријана Дукић Мијаговић, дипл. пр. мастер Предраг Мирковић УЛОГА И ЗНАЧАЈ МУНИЦИПАЛНИХ ОБВЕЗНИЦА КАО НАЧИН ФИНАНСИРАЊА ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ693
Проф. др Мирослав Витез ГЛОСА О ИНВЕСТИЦИОНОЈ ЈЕДИНИЦИ ОТВОРЕНОГ ИНВЕСТИЦИОНОГ ФОНДА709

Mr Весна Б. Аћић, Владимир Кременовић, дипл. правник УСАГЛАШАВАЊЕ НОРМАТИВНОГ ОКВИРА ПРАВА НА ЗДРАВУ ЖИВОТНУ СРЕДИНУ У ЕНЕРГЕТИЦИ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ СА ПРАВОМ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ	725
Др Мирослав Милосављевић, мр Јелена Милосављевић ДАМПИНГ И АНТИДАМПИНШКЕ МЕРЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ И БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ	741
Mr Слободан Илијић ОБАВЕЗНО ОСИГУРАЊЕ СТЕЧАЈНИХ УПРАВНИКА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ	757

ГРАЂАНСКОПРАВНА ОБЛАСТ

UGOVORNA ODGOVORNOST I MORALNA DUŽNOST

Slobodan Perović*

Svaki punovažan ugovor pretpostavlja saglasnost volja, koja je sa pravnog stanovišta podobna da stvori određena dejstva. Susretom dve komplementarne i pravno relevantne volje, nastaju prava i obaveze za lica koja tu volju izjavljuju. U ugovornom pravu sloboda volje postoji, ali ne u smislu neke bezgranične autonomije (indeterminizam) niti u smislu svodenja ugovornika na bezvoljne subjekte, već u smislu jednog principa koji trpi brojna ograničenja. To je posledica duboke potrebe zajednice da, s jedne strane, dopusti i omogući slobodno ispoljavanje individualne volje, ali, s druge strane, da vodi računa o opštim normama zajednice koje se ne smeju prepustiti pojedinačnoj proizvoljnosti.¹

Neispunjenje ili neuredno ispunjenje ugovornih obaveza povlači za sobom i odgovarajuću pravnu sankciju koja se uglavnom svodi na naknadu štete ili povraćaj u pređašnje stanje. Međutim, povreda ugovorne obaveze može se posmatrati i sa

* **Prof. dr Slobodan Perović, predsednik Saveza Udruženja pravnika Srbije i Republike Srpske.**

¹ Simon: L'ordre public en droit privé, Rennes, 1941; Malaurie: L'ordre public et le contrat, Reims, 1953; Claps-Lienhart: L'ordre Public, Lyon, 1934, Marmion: Etudes sur les lois d'Ordre Public en droit civil interne, Paris 1924; Oprea: Essai sur la notion de bonnes moeurs dans les obligations en droit civil allemand, Paris, 1935; Saiget: Le contrat immoral, Paris, 1939; Pascanu: La notion d'Ordre Public par rapport aux transmutations du droit civil Paris, 1937; Tchavdaroff: De la notion des Bonnes moeurs, Toulouse, 1927; Savey-Casard: Le refus d'action pour cause d'indignité, Lyon, 1930; Dorat des Monts: La cause immorale, Paris, 1956; Bertrand: La notion d'ordre public en matiere de nullités, Lille, 1939; Bonnecase: La notion juridique de bonnes moeurs, Etudes de droit civil à la mémoire de H. Capitant, Paris, str. 91; Morandière: L'ordre public en droit privé interne, Etudes de droit civil à la mémoire de H. Capitant, Paris, str. 38 i; Kayser: Les nullités d'ordre public. Revue trimestrielle de droit civil, 1933, str. 1115; Cohendy: Des intérêts de la distinction entre l'inexistence et la nullité d'ordre public, Revue trimestrielle de droit civil, 1914, str. 33; Darbellay: Théorie générale de l'illicite, Fribourg, 1955; Guiraud: La police et d'ordre public, Bordeaux, 1938; Bernard: La notion d'ordre public en droit administratif, Paris, 1962; Stojanović: Sloboda ugovaranja i javni poredak, Arhiv, 1968, br. 3, str. 385; Rastovčan: Moral, dobri običaji i zloporaba prava u građanskom zakoniku, Zagreb, 1927; Loza: Ugovori protivni moralu – posledice njihovog zaključenja i izvršenja, Narodna uprava, Sarajevo, 1960, br. 7–8, str. 338; Bukljaš: Ugovori protivni pravu i moralu, Naša zakonitost, Zagreb, 1957, br. 3–4, str. 104; Živanović: Osnovni problemi etike (filozofije moralne), Beograd, 1935; Perić: Uticaj sudije na javni moral, Privatno pravo, Skupljene rasprave iz građanskog prava Ž. Perića Beograd, 1912, str. 261; Marković: Poštenje i moral u pravu, Arhiv, 1922, str. 332.

stanovišta moralnog poretka odgovarajuće zajednice, jer neispunjenje date reči u smislu zaključenog ugovora, pored pravnih sankcija, može proizvoditi i odgovarajuće posledice na planu moralnih imperativa određenog prostora i vremena.²

Kada jedna moralna norma doživi transformaciju u smislu pravne norme, onda ona deluje kao pravna norma sa svim njenim elementima, a posebno elementom pravne sankcije. U praktičnoj primeni prava često se tada zanemaruje njen moralni izvor, što ne znači da je time učinjen prekid kontinuiteta između pravne i moralne norme.

S druge strane, pravne norme često, kao načelo ili kao konkretno pravilo upućuju na primenu moralnih normi, u kom slučaju naročito u sudskom postupku dobijaju snagu pravne norme. Tako npr. jedan obligacioni ugovor, pod pretnjom ništavosti, ne sme biti u suprotnosti sa dobrim običajima i moralom određenog društva.³

U svakom slučaju, kada je reč o ugovornoj odgovornosti i moralnoj dužnosti, treba istaći njihovu komplementarnost i viši stepen jedinstva u praktičnoj primeni ugovornih odnosa.⁴

² O odnosu prava i morala postoji bogata literatura; v. naročito: Ripert: *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1927; Lévy-Bruhl: *La morale et la science des moeurs*, Paris, 1937; Delos: *Le problème des rapports du droit et de la morale*, Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1933, N. 1-2, p. 84-111; Cardani: *Droit et moral*, tome I, II, III, Paris, 1950; Darbellay: *La règle juridique. Son fondement moral et social*, Paris, 1945; Salsmans: *Droit et moral*, Bruges, 1924; Mestre: *Morale et obligation civile*, Revue trimestrielle de droit civil, 1925, 51; Savatier: *Des effets de la sanction du devoir moral*, Poitiers, 1916; Saiget: *Le contrat immoral*, Paris, 1939; Derat des Monts; *La cause immorale*, Paris, 1956; Aillet: *Morale théorique et science des moeurs*, Archives de Philosophie du droit et de Sociologie, 1937, No 3-4, p. 26-57; Bonnecase: *La notion juridique de bronnes moeurs*, Etudes de droit civil a la mémoire de Henri Capitant, Paris, p. 91; Grospron: *L'exécution des conventions immorales*, Beauvais, 1938; Rastovčan; *Moral, dobri običaji i zloparaba prava u građanskom zakoniku* (Studija iz komparativnog civilnog prava), Zagreb, 1927; Bukljaš: *Ugovori protivni pravu i moralu*. Naša zakonitost, Zagreb, 1957, br. 3-4, str. 104; Lozaš: *Ugovori protivni moralu - posledice njihovog zaključenja i izvršenja*; Narodna uprava, Sarajevo, 1960, br. 7-8, str. 338; Gams: *Povraćaj u pređašnje stanje kod nemoralnih pravnih poslova*, Anali, 1958, br. 2, str. 206; Perić Ž.: *O školama u pravu*, Arhiv, 1921, br. 4, str. 241; Taranovski: *Enciklopedija prava*, Beograd, 1923; Marković: *Poštenje i moral u pravu*, Arhiv, 1922, str. 332; Vekio: *Pravo, pravda i država*, Beograd, 1940; Živanović: *Osnovni problemi etike*, Beograd, 1935; Pavićević: *Osnovi etike*, Beograd, 1967; Paund: *Jurisprudencija*, knj. 1, Beograd-Podgorica, 2000; D'Antrev: *Prirodno pravo*, pogl. V, *Pravo i moral*, Podgorica 2001.

³ Zakon o obligacionim odnosima predviđa da su strane u obligacionim odnosima slobodne, u granicama prinudnih propisa, javnog poretka i dobrih običaja, da svoje odnose uredе po svojoj volji (čl. 10).

⁴ Ova komplementarnost izražena je i u književnosti, npr. u Geteovom *Faustu* u kome Faust želi da položi dokaze svoje moralne ličnosti, jer održati reč i ispuniti obećanje, pitanje je časti i dužnosti savesti. Na njegovo pitanje: Zar nije dosta što će reč koju sam dao svih dana mojih biti gospodar? njegov stalni pratilac, zao duh Mefistofel, takvim obećanjem nije zadovoljan. On traži sigurnija sredstva obezbeđenja: Dovoljan je i ovaj listić prvi potpisat ćeš se kapljicom krvi. Zaludna su bila dalja uveravanja moralnog Fausta: Ne boj se, neću kršiti ugovor, jer moje snage težnja je najveća upravo ono što obećah. Satana je ostao pri svojoj kapljici krvi kao zalozni da će ugovor biti ispunjen. Ovaj fragment Geteovog Fausta, kao da simbolizuje večito pitanje, šta stoji u osnovi obećanja da će se ugovorna obaveza izvršiti. Da li se svest o obaveznosti ispunjenja ugovora zasniva na moralnosti ili na legalnosti ili možda na njihovoj kumulaciji. Cela istorija prava i morala je tu da nam posvedoči da se svaki susret dve volje u smislu obligacionog ugovora uvek kretao prostorima ta dva sveta.

Viši stepen jedinstva moralnih i pravnih normi vodi ostvarenju zajedničkih vrednosti kao što su savesnost i poštenje (bona fides, honestum), pristojnost (decorum), pravičnost (iustum) naročito u smislu primene principa jednakog postupanja sa jednakim stvarima. Sve ove moralno-pravne kategorije izražene kao načela ili kao konkretna pravila, prožimaju odgovarajuće discipline određenog pravnog sistema do te mere, da ih je nemoguće razdvojiti, a da se ne naruši njihova neophodna ravnoteža.

Iz ovoga proizlazi da svako htenje ugovorne volje, da bi došlo do stepena moranja, potrebno je da ga prati neka moć prinude. Ta prinuda može biti heteronomna, spoljašnja (ad alterum) i propisana snagom pravne norme, a može biti i autonomna, unutrašnja (ab agendi) i ubeđujuća u smislu osude sredine ili griže savesti.⁵

Prema tome, volja ugovornika, bez moći prinude, pravne ili moralne i ne može da stvori ugovornu obavezu. Ona može samo da zasnuje jednu situaciju, da stvori jedan fakt u spoljnom svetu, koji *ipso facto*, za sobom povlači pravnu ili moralnu sankciju za slučaj neispunjenja datog obećanja. Dakle, izvan moralne i pravne prinude, ne postoji drugi osnov obećanja obaveznosti da zadatu reč treba održati.⁶ Kada su te dve moći prinude podudarne i izražene pravnom dogmatikom, onda je to znak visokog stepena primerenosti pravne norme moralnom faktoru. Tada prinudna pravna norma istovremeno izražva i moralni imperativ te dolazi do njihovog integriteta. U toj hipotezi, svest o tome da ugovor treba ispuniti zasniva se na pravnoj normi kao "etičkom maksimumu", te se dalje ponašanje stranaka upravlja i procenjuje po tom sjedinjenom dvojstvu prinude.⁷

Međutim, kada se pravna norma udalji od moralnog života i svojom osiromašenom sankcijom stane u zaštitu ispunjenja ugovora, onda se u svesti ugovornika otvara konflikt između pravnog i moralnog, što može dovesti do zaobilazanja prava i izbegavanja da se data reč održi. Ukoliko u takvoj pravnoj normi postoji još "minimum morala", njena funkcija još ne mora biti eliminisana sa pozornice prava. Međutim, ako je raskorak između pravne i moralne norme takav da dovodi do "pobune fakta protiv prava", tada dolazi do krize prava i pravnog poretka koja može imati različita ishodišta.⁸

Kao što se vidi, poštovanje date reči u jednom ugovoru, a to znači njegovo izvršenje ili neizvršenje, u velikom stepenu zavisi od usklađenosti pravnog i moralnog poretka. Kada se ta usklađenost kreće u granicama društvene tolerancije, onda je to prvi znak pravnog sistema koji je u mogućnosti da obezbedi vladavinu načela legitimiteta i legaliteta, a odatle nije teško pronaći put koji vodi pravnoj državi.⁹

⁵ Opširnije, Saiget, *Le contrat immoral*, Paris, 1939, str. 82; Radbruh, *Filozofija prava*, Beograd, 1980, str. 60.

⁶ Živanović, *Osnovni problemi etike*, Beograd, 1935; Marković, *Poštenje i moral u pravu*, Arhiv, 1922, str. 322; Cardahi, *Droit et moral*, t. I, Paris, 1950.

⁷ "Etički maksimum" (Gustav Šmoler), "Etički minimum" (Georg Jelinek), vid.: Radbruh, nav. delo, str. 60.

⁸ G. Morin, *La révolte des faits contre le code*, Paris, 1920.

⁹ Ako se za krizu pravnog sistema može reći da ona postoji, u slučaju kada egzistencija pravnog sistema zapadne u stanje odlučujućeg trenutka transformacije, i to usled takvih nedostataka u kvalitetu

Za naše pitanje od značaja je primetiti, da takvo ustrojstvo prava pretpostavlja široku primenu načela pravne sigurnosti koje se ne ostvaruje samo poštovanjem relativno stabilnih opštih pravnih načela, nego i poštovanjem relativne trajnosti svih drugih propisa koji su u funkciji osnovnih smernica jednog društvenog organizma.

Kada se načelo opšte pravne sigurnosti, kao atribut legitimnog i legalnog pravnog sistema, primeni na ugovorno pravo onda se dolazi do principa “pacta sunt servanda” po kome su ugovorne strane dužne da izvrše svoju obavezu i odgovorne su za njeno ispunjenje. Iz ovoga proizlazi, da pitanje izvršenja odnosno neizvršenja ugovora u jednom pravnom sistemu nije slučajna pojava, već da je ono uslovljeno stabilnošću pravne i moralne konstitucije određene zajednice. Ako je taj poredak istorijski određen, izgrađen i stabilan, ako su njegove norme zasnovane na potrebnom stepenu legitimiteta i ako se one primenjuju po principu legaliteta, onda se i izvršenje ugovora odvija na siguran način po unapred predviđenim pravilima.

Drugim rečima, u jednoj stabilnoj pravnoj državi, stabilan je i ugovor i njegovo izvršenje. Socijalna, ekonomska i pravna sigurnost, svojstvena pravnoj državi, predstavlja širi kontekst društvenih uslova u kojima princip “pacta sunt servanda” dobija svoje pravo mesto i puno značenje.

Naprotiv, u uslovima krize prava i morala, nestabilnih ekonomskih odnosa i socijalne i pravne nesigurnosti koja se konstatuje opštim mišljenjem, ugovor i njegovo izvršenje ne može biti sigurno.

Ukoliko su, dakle, pravne i moralne sankcije koje obezbeđuju ispunjenje ugovora zahvaćene opštom krizom društvenih institucija, ugovor tada ostaje bez prinudne moći, prepušten proizvoljnosti stranaka. U stalnoj nesigurnosti i opštem neredu ne može biti reda i sigurnosti u izvršenju ugovora kao individualnog akta. Tako, jedna izrazita monetarna nestabilnost mora se odraziti i na izvršenje ugovora. U takvoj situaciji više ne pomaže ni klauzula *rebus sic stantibus*, ni druga pravna sredstva koja imaju za cilj da zaštite princip ekvivalentne razmene. Ugovorom tada vlada stihija i potpuna proizvoljnost koja eliminiše ugovorni akt sa pozornice prava.

Sve to govori u prilog sledeće konstatacije: princip “pacta sunt servanda” ima svoje mesto i značenje samo u pravnoj, a ne i u kriznoj ili antipravnoj državi. Kad ovaj princip u ugovornom pravu izostane, njegovo mesto preuzima Mefistofel sa svojom “kapljicom krvi” kao sredstvom ličnog obezbeđenja.

S obzirom da se moralni poredak na polju ugovornog prava ispoljava kroz šire celine u vidu odgovarajućih opštih dispozicija, ovde će se pitanje ugovorne i moralne dužnosti izložiti kroz analizu sledećih načela: pravičnost kao konkretizo-

i kvantitetu prava, koji su doveli do neprimene ili neobjektivne primene prava, ugrožavajući ustavnost i zakonitost do te mere, da je, po opštem mišljenju, pravna nesigurnost postala društveni fakt, tada se za pravnu državu može reći da ona postoji kada u svom pravnom sistemu obezbedi valdavinu načela legitimiteta i legaliteta i to u tolikoj meri da se primena ovih načela kreće u granicama društvene tolerancije. Zaključak je očigledan da te dve društvene pojave ne mogu istovremeno postojati u licu jedne državno-pravne tvorevine. Kriza pravnog sistema je antipod pravnoj državi. Sve ono što čini elemente krize pravnog sistema upravo je u obrnutoj srazmeri prema svojstvima pravne države (S. Perović, Pravna država i kriza pravnog sistema, u knjizi Pravna država, Beograd, 1991, str. 77-112).

vana komutativna i distributivna pravda; načelo savesnosti i poštenja; dobri običaji kao genusni pojam za ustaljena pravila ponašanja u raznim oblastima organizovanog društvenog života. Sve to, razume se, podrazumeva ne samo komparativni i istorijski aspekt, već i stanovište pravne i moralne doktrine kao i zakonodavna rešenja, a posebno sa stanovišta našeg Zakona o obligacionim odnosima.

Kada je reč o primeni pravičnosti kao konkretizovane pravde, potrebno je upoznati se sa antičkom grčkom filozofijom koja predstavlja postojbinu učenja o opštem pojmu pravde kao potpune "stožerne vrline" koju čine komutativna i distributivna pravda. Za Aristotela, pravedno se uvek nalazi u nekoj proporciji, a proporcija znači jednakost odnosa. Sa tog stanovišta, pravičnost može biti ili komutativna ili distributivna – *iustitia commutativa* i *iustitia distributiva*¹⁰.

Kada se pravičnost postiže apsolutnom sredinom putem aritmetičke proporcije, kada se, dakle, od štetnika oduzima upravo onoliko koliko iznosi šteta i ta vrednost prenosi na oštećenog, onda je to *komutativna pravda*. Međutim, kada se pravičnost postiže putem geometrijske proporcije koja uzima u obzir prirodu i osobenost ličnosti, kada se, dakle, članovima zajednice uvažava njihova vrednost, zasluga ili neka druga individualnost, onda je to *distributivna pravda*.¹¹

Komutativna pravda zasnovana je na etičkom principu jednakog postupanja sa jednakim stvarima odnosno nejednakog postupanja sa nejednakim stvarima, srazmerno njihovoj nejednakosti. Postupajući po zakonu formalne logike, sve što je u skladu sa ovim principom predstavlja pravdu i sve što odstupa od njega kvalifikuje se kao nepravda. To znači da jednako postupanje sa nejednakim stvarima, kao i nejednako postupanje sa jednakim stvarima, predstavlja nepravdu. U postupku primene pravnih pravila, to znači, da na jednake slučajeve treba primeniti isto pravilo, a na nejednake, drugo pravilo koje je primereno tim nejednakostima¹².

¹⁰ Aristotel, *Nikomahova etika* (prevela sa starogrčkog R. Šalabalić), Beograd, 1970, knjiga V, str. 111 i sl.

¹¹ Aristotel, navedeno delo, str. 117, 120. U redu ovih ideja, pravednost je savršena i potpuna vrlina, pre svega, zato što podrazumeva poštovanje zakona i postupanje prema drugima (bližnjima) kao sebi jednakim. Ona je, dakle, vrlina kao moralna odredba koja u sebi sadrži sve druge vrline. Drugim rečima, pravednost nije nikako samo neki deo vrline, već ona predstavlja integritet vrline, kao što i njoj suprotna nepravda nije deo poroka nego "potpun porok". Ovako shvaćen opšti pojam pravde, Aristotel je "nasledio" od svog učitelja Platona, koji je pravednost ubrajao u četiri "stožerne vrline". Ipak, u Aristotelovom učenju opšte pravde, prepoznaje se i jedna sasvim praktična i životna dimenzija ovoga pojma, a to je, što se pravda kao potpuna vrlina ne shvata apstraktno, već uvek kao odnos prema drugom, kao vrlina koja predstavlja i dobro drugih (objektivno dobro), jer je neposredno upravljena na drugom – Aristotel, *ibidem*.

¹² Aristotel, navedeno delo, str. 120. Aristotelove kategorije komutativne i distributivne pravde nadživele su 23 stoleća i uvek ostale aktuelne i nezaobilazne prilikom proučavanja pojma pravde i pravičnosti. Pomenućemo samo neke studije koje su nam prostorno i vremenski bliže. Tako, Božidar S. Marković, *Pravičnost kao misao i kao pravno iskustvo*, Arhiv za pravne i društvene nauke, septembar 1937, str. 219–229. Isti autor je nastavio svoje studije o pravu i pravičnosti: *Pravičnost kao izvor prava*, Arhiv, januar 1939, str. 20; *Pravičnost i pravni poredak*, Arhiv, januar–februar, 1938, str. 106; *Suđenje po pravičnosti*, Jugoslovenska advokatura, maj–avgust, 1969, str. 89; *Suđenje po pravičnosti u opštem*

Ovako koncipirana pravda, izražava se aritmetičkom proporcijom i svaka strana u određenom pravnom odnosu dobija podjednako, ostvarujući jednakost onoga što daje sa onim što prima. U stvari, suština je u ekvivalentnosti prestacija, ono što će se u rimskoj kompilaciji izraziti formulom “do ut des”¹³.

Ovako shvaćena pravda, primenjena na ugovor, znači sledeće: kod svih dvostranih ugovora, obaveze stranaka postavljene su u odnos jednakosti. Sa stanovišta komutativne pravde, među strankama, vrši se tada određena korektura, zbog čega se komutativna pravda, naziva još i korektivnom ili izjednačujućom pravdom¹⁴.

Međutim, ono što je kod ove vrste pravde naročito značajno, to je, da ona ne uzima u obzir individualna svojstva aktera konkretnog odnosa, bez obzira da li je u pitanju dobrovoljni odnos (ugovor) ili nedobrovoljni (delikt). Bitno je da se ovde pravda postiže izjednačavanjem ili vaspostavljanjem.¹⁵

i arbitražnom pravu, Pravni život, br. 2 za 1986, str. 135. Nadalje, kada je reč o studijama pravde i pravičnosti na našem jeziku, posebno se ukazuje na studiju Jelene Danilović: Pravičnost kao merilo pri sudskom odlučivanju prema Zakonu o obligacionim odnosima, Pravni život, br. 10–12 za 1988, str. 1349, kao i na njenu studiju: Pravičnost kao pokazatelj pri određivanju i odmeravanju obligacionih odnosa, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 4 za 1970. Od stranih autora, v. Perelman Ch.: Droit, morale et philosophie, Paris, 1968 (pet predavanja o pravdi), izdanje Nolita iz 1983; Sauer W.: Die Gerechtigkeit, Berlin, 1959; Del Vecchio G.: Philosophie du droit, Paris, 1953; De Page H.: A propos du gouvernement des juges, L'équité en face du droit, Bruxelles–Paris, 1931; Rümelin M.: Die Gerechtigkeit, Tübingen, 1920; Senn H.: De la justice et du droit, Paris 1927.

¹³ Tako, prema Horvatu, Justinijanova kompilacija deli raznolike kontrakte, prema prirodi činidbe i protivčinidbe, na četiri skupine: a) do ut des, b) do ut facias, c) facio ut des, i d) facio ut facias (Horvat M.: Rimsko pravo, Zagreb 1958, str. 332 i sl.; prema Stojčeviću, veliki broj bezimernih kontrakta, svrstala je Bejrutska škola (prvi put u jednom papirusu kraja V i početkom VI v.n.e, v. Collinet, Historie de l'école de Beyrouth, str. 284) u četiri kategorije: slučajevi u kojima su obe strane obavezne na uzajamna davanja (do ut des), slučajevi u kojima jedna stranka daje nešto da bi joj druga stranka nešto učinila (do ut facias), slučajevi u kojima jedna stranka čini nešto drugoj s tim da joj ona nešto dâ (facio ut des), slučajevi u kojima se obaveze obe stranke sastoje u činjenju (facio ut facias). Opširnije, v. Stojčević D.: Rimsko obligaciono pravo, Beograd 1960, str. 100.

¹⁴ “Pravedno se postiže izjednačavanjem. Ono dolazi do izražaja u poslovnim odnosima, dobrovoljnim i nedobrovoljnim. Pravedno u tom smislu ima sasvim različit karakter od pravednog u distributivnom smislu. Distributivno pravedno, naime, pri dodeljivanju opštih dobara, sastoji se uvek u postupku saobrazno geometrijskoj proporciji. Međutim, pravedno koje se javlja u poslovnim odnosima znači doduše neku jednakost, a nepravedno povredu jednakosti, ali ne u smislu one vrste proporcije koja se naziva geometrijskom, nego u smislu aritmetičke proporcije” (Aristotel, navedeno delo, str. 120).

¹⁵ U stvari, prema Aristotelu, izjednačavanjem ili vaspostavljanjem postiže se sredina, a prema njegovoj osnovnoj ideji, sredina je sinonim za pravdu. Otuda, “ako je jednako sredina, onda će pravedno biti ta sredina; najmanji broj članova u kome se jednako može javiti jeste dva. Pravedno, dakle, mora nužno biti sredina i jednakost u odnosu na neku stvar ili lice, i ukoliko je sredina, mora da bude sredina između nečega (naime, između previše i premalo); ukoliko je pak jednakost, mora biti jednako bar za dve stvari; a ukoliko je pravedno, mora biti jednako, to jest pravedno bar za dva lica. Prema tome, pravedno mora nužno da obuhvati najmanje četiri člana – i to dva lica za koja se dešava to pravedno i dve stvari u kojima se ogleda i ispoljava pravedno. Princip jednakosti je, međutim, isti kako za lica tako i za stvari. Kako se, naime, odnose međusobne stvari na kojima se ispoljava jednakost, tako se odnose i lica. Ako nisu jednaki – ne dobijaju jednako. Svađe i međusobna optuživanja nastaju uglavnom ili onda kada oni koji su jednaki ne dobijaju jednako ili kad oni koji nisu jednaki dobijaju i uživaju jednako” (Aristotel, navedeno delo, str. 118).

Zato sudija, prema rečima Aristotela, nastoji da takvu nepravednost koja se ogrešuje o jednakosti izjednači.¹⁶ Pri tome, tu je “sasvim sporedno, da li je čestit čovek rđavog ili rđav čestitog ošteti, jer ovde zakon pazi samo na razliku u pričinjenoj šteti, a lica posmatra kao jednaka – važno je samo da se utvrdi da jedan nepravdu trpi, a drugi je nanosi, da je jedan ošteti, a drugi je na šteti”.¹⁷

Što se tiče samih izraza “dobitak” i “gubitak” Aristotel ih, kod izlaganja komutativne pravde, upotrebljava u sasvim uopštenom smislu, tako da oni nisu uvek i adekvatni, npr. u slučaju štete usled telesne povrede ili gubitka života.¹⁸ Međutim, kada je reč o nekom odnosu štete koji može da se “podvrgne merenju”, onda se vrednost jedne strane javlja kao gubitak, a druge kao dobitak. Pravedno je ono što čini sredinu između dobitka i gubitka.¹⁹

I zato, prema Aristotelu, kada dođe do spora, ljudi pribegavaju sudiji koji ponovo uspostavlja jednakost, tražeći po aritmetičkoj proporciji, sredinu između “prevelikog i premalog”.

Stoga, *ići sudiji znači ići pravdi*, jer sudija želi da bude oličenje pravednosti. Zato ljudi traže nepristrasnog sudiju, tj. onog koji se drži sredine i mnogi ga zato nazivaju posrednikom, u ubeđenju da će postići ono što je pravedno ako budu pogodili ono što je srednje. Pravedno je, dakle, sredina, iako je to u drugom smislu i sudija.²⁰

Ideju komutativne pravde, Aristotel vidi i u poslovnim odnosima koji počivaju na slobodnoj volji. I ovde, on pravednost vidi u sredini između dobitka i gubitka,

¹⁶ Tako, on će reći: “Ako su jednome zadate rane, a drugi ih je zadao, ako je jedan ubio, a drugi podlegao smrti, onda je između onoga ko je podneo delo i onoga ko ga je izvršio, nastao odnos nejednake podele, i sudija pokušava da pomoću kazne uspostavi jednakost na taj način što onoj strani koja ima višak dobitka, taj višak oduzima” (Aristotel, navedeno delo, str. 1200).

¹⁷ Aristotel, *ibidem*.

¹⁸ “Ove izraze dobitak i gubitak upotrebljavamo uopšte kad govorimo o ovoj temi, mada ima slučajeva kada ti izrazi ne odgovaraju, na primer upotrebiti izraz dobitak kad je reč o onome ko udara nekoga ili gubitak o onome ko podnosi udarce. Ali, kad se ono što neko doživi podvrgne merenju, onda se jednako uzima kao gubitak, a drugo kao dobitak. Isto je tako i (ovde) između suviše i premalo jednako ono što je srednje. Dobitak i gubitak su, međusobno, suprotni – prvi kao suviše, drugi kao premalo, to jest više dobra a manje zla je dobitak, a tome suprotno gubitak: između njih kao sredina je jednako, odnosno ono što mi označavamo kao pravedno, vaspostavljajuće (korektivno) pravedno je, prema tome, sredina između dobitka i gubitka” (Aristotel, navedeno delo, str. 121).

¹⁹ Prema Aristotelu, izrazi dobitak i gubitak (šteta) potiču iz dobrovoljne razmene dobara. Dobitkom se naziva priraštaj dobru koje neko poseduje. Pretrpeti gubitak znači imati manje nego što se pre toga imalo. Do toga dolazi prilikom kupovine i prodaje i uopšte u svim poslovnim odnosima koje zakon dozvoljava. U svim onim slučajevima gde niko nije dobio ni manje ni više nego tačno koliko zaslužuje, kaže se da je svako dobio svoje i da niko nije ni na dobitku ni na šteti. Pravedno u poslovnim odnosima koji počivaju na slobodnoj volji jeste, prema tome, sredina između dobitka i gubitka, a ta se sredina sastoji u tome da se posle ima isto koliko se imalo i pre (*ibidem*).

²⁰ “Sudija ponovo uspostavlja jednakost kao kad bi od većeg dela duži presečene na nejednake delove oduzeo onoliko za koliko je taj deo veći od polovine i dodao ga manjem delu. Ali, ako se jedna celina deli između dvojice, onda se za svakog od njih kaže da je dobio svoj deo, ali ako je dobio tačno polovinu. Jednako je, dakle, po aritmetičkoj proporciji, sredina između prevelikog i premalog” (Aristotel, *ibidem*).

a ta se sredina sastoji u tome “da se posle ima isto koliko se imalo i pre”, jer vraćanje srazmerno primljenom, “uslov je održanja državne zajednice”.²¹ Razume se, ovde se misli na ekvivalentne odnose koji nastaju dobrovoljnim aktima koji u suštini poživaju na razmeni, i s toga, prema ideji komutativne pravde primenjene na odnose razmene, sve stvari koje podležu razmeni treba da budu na neki način i zajednički merljive, i upravo zbog toga je i nastao novac kao sveopšti ekvivalent, kao neka vrsta posrednika kojima se “sve meri, pa i suviše, pa i premalo”.²²

Kao što je već istaknuto, Aristotelova filozofija, pored komutativne, poznaje i distributivnu pravdu, kao posebnu vrstu pravde.

Za razliku od komutativne, *distributivna pravda* se ostvaruje u odnosima između zajednice i pojedinaca, prema kojoj svako dobija onoliko koliko mu pripada prema njegovim individualnim zaslugama i doprinosa društvu. To je pravda koja se primenjuje u oceni postupka nekog lica sa stanovišta ustaljenih principa određene zajednice kojoj pripada to lice, a sve prema njegovim zaslugama i njegovom položaju. Suština ove pravde je u deljenju po načinu geometrijske proporcije: prema zajedničkom dobru, svako dobija srazmerno svojim zaslugama, zaslužniji više od onoga koji je manje zaslužan.²³

Ideja distributivne pravde, prema kojoj, svakome treba dati onoliko koliko mu pripada, našla je mesta i u izvorima rimskog prava Ulpianovog doba. Inspirisani ovom filozofijom, pravda je u Digestama, definisana kao neprekidno i trajno nastojanje da se svakome dâ ono što mu po pravu pripada,²⁴ a odredba “*suum cuique tribuere*” predstavlja jednu od tri zapovesti rimskog prava.²⁵

Međutim, da bi dobili odgovor na pitanje koliko kome pripada, potrebno je obratiti se drugim granama znanja i prakse, koja su izvan normi pozitivnog prava, jer je pravda opšta vrednost i jedan od “najsajajnijih pojmova našeg duhovnog univerzuma”.²⁶

²¹ Aristotel, navedeno delo, str. 123.

²² Aristotel, navedeno delo, str. 124 i sl.

²³ Distributivnu pravdu Aristotel vidi kao odnos pojedinca prema zajednici u kome se individualna svojstva uzimaju u obzir, tako da onaj ko je zaslužniji više dobija jer su njegove zasluge veće. Tako, “jedan oblik pravednosti u užem smislu (to jest kao dâla), a isto tako i pravednoga, jeste onaj koji dolazi do izražaja prilikom dodeljivanja počasti, novca i drugih dobara na koje pripadnici jedne države opravdano polažu pravo (jer pri tom se može dogoditi da jedan dobije isto koliko i drugi ili da dobije nejednako), a drugi je onaj koji se ogleda u poravnanjima kod različitih privatnih i poslovnih odnosa među ljudima”. Za distributivnu pravdu karakteristična je geometrijska proporcija, jer “proporcionalno je srednje, a pravedno je proporcionalno. Matematičari to nazivaju geometrijskom proporcijom, jer u geometrijskoj proporciji se jedna (celina) prema dugoj (celini) odnosi kao jedan član odnosa prema drugom članu odnosa” (Aristotel, navedeno delo, str. 119).

²⁴ Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi (Ulpianus – D. 1, 1, 10, pr.).

²⁵ Honestae vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere – iuris praecepta sunt (Ulpianus – D. 1, 1, 10, 1). Pošteno živeti, drugoga ne vredati, svakome priznati ono što mu pripada, to su osnovne zapovesti prava.

²⁶ Perelman H.: Pravo, moral i filozofija, Beograd 1983, str. 4.

To znači, da kategorija distributivne pravde nije nepromenljiva i jednom za svagda data, već ona samo “direktivno ukazuje na put kojim treba ići da bi se postigla, dok ostavlja suštinsko pitanje, tj. koje pravo kome pripada”.²⁷

I tako dolazimo do suštine pitanja: distributivna pravda je zavisna od prostora i vremena, jer svaka pravno organizovana zajednica ima svoje kriterijume o tome, koji atributi čine ovu individualnu vrednost, koja zaslužuje da joj pripadne odgovarajući društveni i pravni tretman.

To je pitanje opsega i karaktera ustaljenog *javnog poretka* određene zajednice,²⁸ pitanje filozofske i političke konstitucije, ekonomske i moralne emancipacije. Jednom rečju, to je pitanje stepena kulture i prosvećenosti jednog naroda.

U sledstvu ovih konstatacija, čini se, da se može reći, da distributivna pravda unosi u opšti pojam pravde određeni stepen relativnosti, što znači da pravda neminovno poseduje prostorno vremensku dimenziju. Pre svega, ovo se odnosi na konvencionalne kategorije i norme pozitivnog prava, kao heteronomnog prava, ali ne i na univerzalno i prirodno pravo, kao večno i autonomno pravo,²⁹ koje je imalo

²⁷ Marković B.: Sudenje po pravičnosti u opštem i u arbitražnom pravu, Pravni život, br. 2, 1986, str. 143. Prema ovom autoru, “distributivna, tj. naša ljudska pravda, sastoji se naime u društvenoj oceni vrednosti pojedinih ličnosti, ljudskih postupaka i stvari. Svako društvo i država određuje u datom trenutku, prema svojim merilima, koliko ko ili šta društveno vredi, a time i koje mu pripada. Ta društvena i državna merila vrednosti su međutim veoma složena, ona su i metafizička i materijalna, kao što su naučna saznanja i verovanja ljudi, njihove društvene i političke ideologije, religija, ekonomija, materijalni uslovi života. Pojmovi pravde i pravičnosti nisu stoga problem samo pozitivnog prava i opšte teorije prava, nego prethodno zadiru u filozofiju prava i u opštu filozofiju, u metafiziku, logiku, etiku, nauku, u ekonomiju, u pravnu i opštu sociologiju, sa svim njihovim aspektima. A i ta merila su, budući ljudska, istovremeno i potpuno slobodna, relativna, promenljiva i prostorno i vremenski, usled čega je i sadržina pravde i pravičnosti bitno relativna i nestalna kategorija, koja, dakle, nema u sebi ničega ni večitog ni apsolutnog” (str. 143 i sl.).

²⁸ Simon: L'ordre public en droit privé, Rennes, 1941; Malaurie: L'ordre public et le contract, Reims, 1953; Claps-Lienhart: L'ordre Public, Lyon, 1934; Marmion: Etudes sur les lois d'Ordre Public et droit civil interne, Paris, 1924; Oprea: Essai sur la notion des bonnes moeurs dans les obligations en droit civil allemand, Paris, 1935; Saiget: Le contrat immoral, Paris, 1939; Pascanu: La notion d'Ordre Public par rapport aux transformations du droit civil, Paris, 1937; Tchavdaroff: De la notion des bonnes moeurs, Toulouse, 1927; Savey-Casard: Le refus d'action pour case d'indignité, Lyon, 1930; Dorat des Monts: La cause immorale, Paris, 1956; Bertrand: La notion d'ordre public en matière de nullités, Lille, 1939; Kayser: Les nullités d'ordre public, Revue trimestrielle de droit civil, 1933, str. 1115; Stojanović: Sloboda ugovaranja i javni poredak, Arhiv, 1968, br. 3, str. 385; Živanović: Osnovni problemi etike (filozofije moralne), Beograd, 1935; Perić: Uticaj sudije na javni moral, Privatno pravo, Skupljene rasprave iz građanskog prava Ž. Perića, Beograd, 1912, str. 261; Marković: Poštenje i moral u pravu, Arhiv, 1922, str. 332; Perović S.: Zabranjeni ugovori, Beograd, 1975, str. 99–165.

²⁹ Živanović T.: Sistem sintetičke pravne filozofije, Beograd, 1959, str. 523 i sl. Prema ovom autoru: “stanje u pozitivnom pravu pokretalo je uvek pravnu misao na traženje nekog univerzalnog, večnog i prirodom danog prava kao ideala pravde (l'idéal de justice), kao autonomnog prava prema heterogenom. Takvo pravo, otkriveno u toku istorije od raznih pravnih pisaca i filozofa nazvano je prirodnim pravom (ius naturale, le droit naturel, das Naturrecht) prema državnom voljom danom, nacionalnom, neuniverzalnom, promenljivom pravu, tj. prema pozitivnom pravu (ius positium, le droit positif, positives Recht)”. U tom smislu, S. Perović, Prirodno pravo i sud, izd. Pravni fakultet u Beogradu i Udruženje pravnika Srbije, Beograd 1996.

snažnu prošlost³⁰ i koje ima određujuću sadašnjost.³¹

Kao što se vidi, komutativna i distributivna pravda, svaka za sebe, čini zaseban filozofski pojam i posebnu logičku celinu. Međutim, kada se ove zasebnosti stave u funkciju prakse i konkretnog pravnog života, čini se, da one moraju biti komplementarne i delovati u nekom obliku filozofsko praktične simbioze. Ceo pravnički svet je tu, da nam potvrdi ovu konstataciju.

Naime, prostorno vremenska ograničenost jedne pravne norme, kao i njena apstraktnost u smislu opštosti primene na neodređeni broj slučajeva, nalažu da se komutativna pravda, kao kruta i beskompromisna aritmetička proporcija, ne može uvek primeniti jednako na jednake slučajeve, jer treba prethodno oceniti koje su stvari jednake odnosno u kojoj su meri one nejednake.

Drugim rečima, primena načela komutativne pravde izaziva potrebu prethodne selekcije i kvalifikacije svakog pojedinog slučaja metodom komparacije i konstatacije jednakosti odnosno nejednakosti. Pri tome, idealna i minuciozna podudarnost dva slučaja, kao dva identiteta, prava su retkost. S druge strane, i pored moguće grube jednakosti dva slučaja, često će biti i takvih "sporednih" nejednakosti kojima se, takođe, pravno mora dati i odgovarajuća težina.

Da bi, dakle, primenili matematički princip jednakog postupanja sa jednakim stvarima, izgleda, da moramo pozvati u pomoć i distributivnu pravdu i njeno načelo uvažavanja individualnih svojstava, i tako, zajedničkim korakom doći do jednakosti odnosa u smislu proporcije kao znaka postignute pravičnosti. Radi se, dakle, o celini jedne kategorije u kojoj se prepoznaju njeni statični i dinamični sastavni delovi.

Komutativna pravda je formalna, ali je istovremeno i apsolutna, jer je izraz "gvozdene" čvrstine principa identiteta i kao takva, predstavlja statički deo u pojmu

³⁰ Strauss L.: *Prirodno pravo i istorija*, Sarajevo, 1971 (prevod sa engleskog M. Lučić), str. 10. U ovom delu, Strauss konstatuje da je "danas neophodnost prirodnog prava isto toliko očigledna koliko je bila i pre više vekova, pa čak i milenijuma. Ne priznavati prirodno pravo, isto je što i reći da je celokupno pravo pozitivno pravo, što bi značilo da je pravo samo ono što zakonodavci i sudovi raznih zemalja proglašavaju za pravo. Međutim, očigledno je da treba, a ponekad je i neophodno, spomenuti "nezakonite" zakone i "nezakonite" odluke. Time priznajemo da postoji izvestan uzor prema kome prosuđujemo šta je zakonito, a šta nije. To je uzor prema kome donosimo sud o prirodnom pravu. Taj uzor je nezavisan od pozitivnog prava i uzvišeniji od njega". U tom smislu, Cranston M.: U čemu se sastoje ljudska prava, objavljeno u knjizi *Prava čoveka – zbornik dokumenata o pravima čoveka*, Beograd, 1991, str. 29. U istoj knjizi v. Vasiljević V.: *Prava čoveka između politike i prava*, str. 5.

³¹ O prirodnom pravu opširnije: S. Perović, *Pravno filozofske rasprave*, Službeni list, Beograd 1995; *Ljudska prava - tekovina Škole prirodnog prava*, Udruženje pravnika Jugoslavije, Beograd 1998; *Ljudska prava i sudijska nezavisnost*, Pravni fakultet u Beogradu, 1998; *Kultura prirodnog prava*, *Pravni život*, 9/2000; *Neprolaznost Heksagona prirodnog prava*, *Pravni život* 9/2001; *Deklaracija Kopaoničke škole prirodnog prava*, 2002; *Prirodno pravo kao integritet pravde*, *Pravni život* 9/2003; *Kulturni identitet i prirodno pravo*, *Pravni život* 9/2004; *Prirodno pravo i univerzalne vrednosti*, *Pravni život* 9/2005; *Budućnost prirodnog prava*, *Pravni život* 9/2006; *Sloboda i prirodno pravo*, *Pravni život* 9/2007; *Prirodno pravo i miroljubive integracije*, *Pravni život* 9/2008; *Vremenske dimenzije pozitivnog i prirodnog prava*, *Pravni život* 9/2009; *Prostorne dimenzije pozitivnog i prirodnog prava*, *Pravni život* 9/2010; *Prirodno pravo i odgovornost*, *Pravni život*, br. 9/2011; *Prirodno pravo u filozofskom i normativnom spisu*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd 1–2/2006.

opšte pravde, kao potpune vrline i potpune jednakosti odnosa.

Distributivna pravda, naprotiv, nije apsolutna u heteronomnom sistemu pozitivnog prava, jer je izraz principa uvažavanja individualnog svojstva posmatranog optikom konkretne društvene ocene, i kao takva predstavlja promenljivi (dinamički) deo u pojmu iste opšte pravde.

Distributivna pravda unosi u polje ugovorne odgovornosti duh života i omogućuje da princip komutativne pravde bude primenjen onako kako to u uslovima društvenosti dolikuje dostojanstvu čoveka, a ne računskoj tehnici brojkama i njihovim proporcijama.

Celokupna prošlost građanskopravne i moralne odgovornosti upravo je izgrađena na takvom susretu ove dve pravde. I to, ne samo prošlost, već i odgovornost organizovana *de lege lata*. Razume se, da mesto susreta ove dve pravde na području privatnog prava, zavisi od prostorno vremenske dimenzije koja određuje i njihov međusobni odnos.

Bez obzira na šire ili uže polje primene komutativne pravde u istoriji ugovornih i deliktних obaveza, bitno je primetiti, da ona, kod prosvetčenih naroda, nije nikada bila shvaćena kao dogma sistema odmazde (sistem taliona), toliko karakteristična za period kulturnog detinjstva u razvoju moralne i pravne civilizacije. Ona je, razvojem i dejstvom ljudskog razuma, bivala sve bliža bogatstvu života, tako da se u savremenom pravu komutativna pravda primenjuje, ne samo po načinu matematičke radnje, već i po načinu pravno relevantnih osobenosti lica koja se javljaju u ulozi poverioca i dužnika.

To je upravo zasluga distributivne pravde, čini se, one i onakve, do koje se dolazi dubljim i ciljnim načinom interpretacije njenog pojma. Jer, ova je pravda "naša ljudska pravda",³² tj. ona se ostvaruje na podlozi razlika u individualnim svojstvima pojedinaca koji pripadaju određenoj zajednici, da bi upravo posredstvom zakona te zajednice bila omogućena adekvatnija primena komutativne pravde, a to znači, potpune pravde.

Kao jednakost odnosa, ona se, dakle, ostvaruje među pojedincima u okviru organizovane zajednice. U robinzonskoj pretpostavci, nema distributivne pravde, kao što, uostalom, nema ni komutativne.

Ovako određen smisao i domen primene komutativne i distributivne pravde, podjednako se odnosi, kako na ugovornu, tako i na deliktnu štetu. Ekvivalencija prestacija kod dvostranih ugovora, posledica je zahteva komutativne pravde. Povredom te ekvivalencije ulazi se u polje štete i u neophodnost njene naknade, kao što se i preduzetom deliktnom radnjom narušava do tada postojeća jednakost odnosa između oštećenog lica i štetnika, pa otuda, po principu komutativne pravde, i obaveza za uspostavljanjem pređašnjeg stanja.

Pravilo prema kome se ugovorne obaveze moraju izvršavati onako kako su susretom dveju volja bile predviđene, jedno je od osnovnih pravila u materiji obligacionih ugovora. Ono je, u vekovnoj evoluciji ugovornog prava, bilo izazvano naporom

³² Marković B.: navedeno delo, str. 143.

da se pravno zaštititi i omogućiti kauza ugovaranja. Prilikom zaključenja ugovora svaki ugovornik ima u vidu cilj koji ispunjenjem ugovora postiže.³³

Ukoliko ugovornik ne izvrši svoju obavezu u vreme, na mestu i na način kako je to saglasnom voljom ugovornika bilo predviđeno, on će, uopšte govoreći, snositi pravne posledice koje su zakonom ili samim ugovorom predviđene. U stvari, najvažnija pravna posledica jeste obaveza dužnika da naknadi štetu svome poveriocu koju mu je prouzročio povredom ugovorne obaveze.

Međutim, kako je već istaknuto, pojam odgovornosti u obligacionom pravu ne iscrpljuje se samo odgovornošću koja nastaje povredom ugovorne obaveze. Naprotiv, okviri ovoga pojma su širi i oni se odnose na sve izvore obligacija, a posebno na prouzrokovanje štete deliktnom radnjom.

Kada je reč o ugovornoj odgovornosti, potrebno je, još jedanput, istaći primenu principa komutativne pravde kod dvostranih ugovora. Ti ugovori počivaju na pravilu jednake vrednosti uzajamnih davanja i ono je zaštićeno brojnim sredstvima obligacionog prava, kao što su: zaštita u slučaju fizičkih i pravnih mana, prekomerno oštećenje i druge vrste lezije, klauzula *rebus sic stantibus*. S obzirom da su dvostrani ugovori glavni pravni akti prometa i da oni čine *sedes materiae* celog ugovornog prava, ideja komutativne pravde snažno je ušla u ugovorno polje.

Razume se, tu jednakost vrednosti međusobnih prestacija ne treba shvatiti u nekom idealno zamišljenom smislu, već u smislu imovinske ravnoteže koja proizilazi iz tržišne razmene materijalnih dobara i opštih zakona tržišta. To znači, da pravila kojima se štiti ovaj princip dejstvuje samo u slučaju znatnijeg odstupanja odnosno očigledne nesrazmere u međusobnim davanjima, čime se pravno reguliše jedna životna i ekonomska realnost.

U svakom slučaju komutativna pravda se ovde ispoljava kroz princip ekvivalencije dvostrano obaveznih ugovora. Međutim, i ovde se uzimaju u obzir određena svojstva aktera ugovornog odnosa (npr. pojam pravične naknade), pa se njihov pravni položaj, naročito kod naknade štete, stavlja u određenu zavisnost upravo od utvrđenja onih individualnih svojstava, koja su kao pravno relevantna svojstva određena pravilima date zajednice (npr. pitanje savesnosti, predvidljiva šteta, zakonska ograničenja naknade ugovorne štete). Na taj način se ugovorna odgovornost reguliše, ne samo sa stanovišta individualiteta, već i sa stanovišta zajednice, što znači da se u polje komutativne pravde unose i elementi distributivne pravde, čiji opseg zavisi od karaktera i domašaja ustanove javnog poretka konkretne pravno organizovane zajednice.

Kriterijum pravičnosti kao konkretizovane komutativne i distributivne pravde naš Zakon o obligacionim odnosima predviđa na više mesta.

³³ O kauzi ugovornih obaveza vid.: Domat J.: Les lois civiles dans leur ordre naturel, knj. I, gl. I, Des conventions en général, sect. I.: De la nature des conventions et des manières dont elles se forment; Chevrier G.: Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations, Paris, 1929, str. 246; Dabin J.: La Théorie de la cause, Etude d'histoire et de jurisprudence, Bruxelles, 1919, str. 3; Colin P.: Théorie de la cause de obligations conventionnelles, Paris, 1896, str. 9; Capitant H.: De la cause des obligations, Paris, 1923.

Što se tiče *pravičnosti*, kao elementa za odlučivanje, Zakon je predviđa na više mesta. Tako, tu je, pre svega, materija odgovornosti za prouzrokovanu štetu. Pod uticajem pravičnosti, a u korist oštećenog kao žrtve deliktne radnje, savremeno pravo je ovde modifikovalo mnoga klasična pravila. U tom smislu i Zakon predviđa odgovornost po osnovu pravičnosti. Naime, kod odgovornosti za drugog, Zakon predviđa da u slučaju štete koju je prouzrokovalo lice koje za nju nije odgovorno, a naknada se ne može dobiti od lica koje je bilo dužno da vodi nadzor nad njim, sud može, kad to pravičnost zahteva, a naročito s obzirom na materijalno stanje štetnika i oštećenika, osuditi štetnika da naknadi štetu, potpuno ili delimično. Isto tako, ako je štetu prouzrokovao maloletnik sposoban za rasuđivanje koji nije u stanju da je naknadi, sud može, kad to pravičnost zahteva, a naročito s obzirom na materijalno stanje roditelja i oštećenika, obavezati roditelje da naknade štetu, potpuno ili delimično, iako za nju nisu krivi.

Pravičnost, kao kriterijum za odlučivanje, Zakon predviđa i kod odgovornosti u slučaju udesa izazvanog motornim vozilima u pokretu. Ako je do udesa došlo isključivom krivicom jednog imaoaca, primenjuju se pravila odgovornosti po osnovu krivice, a ako postoji obostrana krivica, svaki imalac odgovara za ukupnu štetu koju su oni pretrpeli srazmerno stepenu svoje krivice. Međutim, ako nema krivice nijednog, imaoći odgovaraju na ravne delove, ako razlozi pravičnosti ne zahtevaju što drugo. To pravilo je, takođe, predviđeno i kod pitanja regresa isplatioaca kod odgovornosti više lica za istu štetu.

U materiji tumačenja ugovora Zakon, takođe, predviđa pravičnost kao mogući kriterijum presuđenja. Kada je reč o tumačenju ugovora, treba, pre svega, reći da Zakon polazi od subjektivno-objektivnog metoda tumačenja. Po njemu, pri tumačenju spornih odredaba ne treba se držati doslovnog značenja upotrebljenih izraza, već treba istraživati zajedničku nameru ugovarača i odredbu tako razumeti kako to odgovara načelima obligacionog prava utvrđenim ovim zakonom. Time je prihvaćeno jedno rešenje koje odgovara potrebama života i koje je u skladu sa stavom naše pravne teorije o ovom pitanju, kao i sa stanovištem naše sudske prakse. Naime, tumačiti ugovor, kao delo zajedničke volje stranaka, a ne voditi računa o toj volji, znači u stvari negirati ugovor kao individualni pravni akt. Međutim, zajednička volja stranaka ne može biti apsolutni kriterijum prilikom tumačenja ugovora. Volja stranaka je u savremenom ugovornom pravu ograničena kogentnim pravilima i prilikom tumačenja ugovora o tim granicama se mora voditi računa. Zbog toga, pri tumačenju ugovora potrebno je ispitati zajedničku volju stranaka u skladu sa određenim pravnim i moralnim imperativima. Rukovodeći se ovim osnovnim kriterijumom u domenu tumačenja ugovora, Zakon poznaje i neka dopunska pravila. Prema tim pravilima nejasne odredbe u ugovoru bez naknade treba tumačiti u smislu koji je manje težak za dužnika, a u teretnom ugovoru u smislu kojim se ostvaruje *pravičan* odnos uzajamnih davanja. Šta je pravičan odnos uzajamnih davanja sud će procenjivati sa gledišta opštih načela obligacionog prava utvrđenim ovim zakonom. Kao što se vidi, kriterijum pravičnosti i ovde ne znači nikakvu proizvoljnost, već se vezuje za izvesna opšta načela, među kojima je i načelo jednake vrednosti davanja.

Kriterijum pravičnosti Zakon pominje i kod mogućnosti raskidanja ili izmene ugovora zbog promenjenih okolnosti, ali i tu samo u simbiozi sa izvesnim objektivnim pokazateljima. Tako, ugovor se može raskinuti ili izmeniti iz ovog razloga, samo ako bi po opštem mišljenju bilo nepravično održati ga na snazi; on se neće raskinuti ako druga strana ponudi ili pristane da se odgovarajući uslovi ugovora pravično izmene; ako izrekne raskid ugovora, sud će na zahtev druge strane osuditi stranu koja ga je zahtevala da naknadi drugoj strani pravičan deo štete koju trpi zbog toga.

U nekim posebnim slučajevima Zakon utvrđuje visinu odgovarajuće naknade putem unošenja kriterijuma pravičnosti, predviđajući, na taj način, pojam tzv. pravične naknade. Ovaj pojam se naročito primenjuje u materiji naknade nematerijalne štete gde se predviđa da u slučaju smrti ili teškog invaliditeta nekog lica sud može dosuditi članovima njegove uže porodice pravičnu novčanu naknadu za njihove duševne bolove.

Pored toga, pojam pravične naknade Zakon predviđa i u nizu slučajeva ugovorne odgovornosti; tako, u slučaju raskida ugovora o građenju od strane naručioca, ovaj je dužan isplatiti izvođaču odgovarajući deo ugovorne cene za dotle izvršene radove, kao i pravičnu naknadu za učinjene neophodne troškove; kod ugovora o nalogu, ako drukčije nije ugovoreno, nalogodavac duguje naknadu u uobičajenoj visini, a ako o tome nema običaja, onda pravičnu naknadu; kod ugovora o komisijonu, Zakon predviđa odredbu, prema kojoj ako je u datom slučaju naknada nesrazmerno velika prema obavljenom poslu i postignutom rezultatu, sud je može, na zahtev komitenta, sniziti na pravičan iznos; isto važi i za ugovor o trgovinskom zastupanju; kod opštih uslova ugovora koje određuje jedan ugovornik, sud može odbiti primenu pojedinih odredaba opštih uslova koje lišavaju drugu stranu prava da stavi prigovore, ili onih na osnovu kojih ona gubi prava iz ugovora ili gubi rokove, ili koje su inače nepravične ili preterano stroge prema njoj. Najzad, pomenimo i odredbu u materiji javnog obećanja nagrade, prema kojoj ako je više lica izvršilo radnju istovremeno, svakom pripada jednak deo nagrade, ukoliko pravičnost ne zahteva drukčiju podelu.

Pored pravičnosti, moralne dužnosti su naročito ispoljene u načelu savesnosti i poštenja, najpre kao načelo, a zatim to načelo se na mnogim mestima i konkretizuje. Tako, prema Zakonu o obligacionim odnosima, načelo savesnosti i poštenja predviđeno je sledećim rečima: u zasnivanju obligacionih odnosa i ostvarivanju prava i obaveza iz tih odnosa strane su dužne da se pridržavaju načela savesnosti i poštenja (čl. 12). Ovu formulaciju usvaja i Prednacr Gradanskog zakonika Republike Srbije, s tim što je predviđen i drugi stav ove odredbe koji glasi: strane ne mogu ovu dužnost da isključe ili ograniče.³⁴

Kada je reč o konkretizaciji načela savesnosti i poštenja, evo nekoliko primera. Prema Zakonu ugovorom se može proširiti odgovornost dužnika i na slučaj za koji on inače ne odgovara, ali se ispunjenje ovakve odredbe ne može zahtevati ako bi to bilo u suprotnosti sa načelom savesnosti i poštenja. Zakon predviđa savesnost i poštenje kao relevantni kriterijum i u materiji raskidanja ili izmene ugovora

³⁴ Prednacr Gradanskog zakonika Republike Srbije, II knjiga, Obligacioni odnosi, Beograd, 2009, str. 12.

zbog promjenjenih okolnosti. Naime, pri odlučivanju o raskidanju ugovora odnosno o njegovoj izmeni sud će se rukovoditi i načelima poštenog prometa, vodeći računa naročito o cilju ugovora, o normalnom riziku kod ugovora odnosno vrste, o opštem interesu, kao i o interesima obeju strana. Pri tome, strane se mogu ugovorom unapred odreći pozivanja na određene promjenjene okolnosti, ali samo ako to nije u suprotnosti sa načelom savesnosti i poštenja. Kod ugovora o posredovanju, nalogo-davac može opozvati nalog za posredovanje kad god hoće, ako se toga nije odrekao i pod uslovom da opozivanje nije protivno savesnosti. Može se pomenuti primena ovog načela i u materiji uslova. Prema Zakonu, ugovor je zaključen pod uslovom ako njegov nastanak ili prestanak zavisi od neizvesne činjenice, ali se smatra da je uslov ostvaren ako njegovo ostvarenje, protivno načelu savesnosti i poštenja, spreči strana na čiji je teret određen, a smatra se da nije ostvaren ako njegovo ostvarenje, protivno načelu savesnosti i poštenja, prouzrokuje strana u čiju je korist određen.

Najzad, načelo savesnosti i poštenja primenjuje se i u slučaju procene save-snosti jednog lica, od čega zavise brojne pravne posledice, među kojima, obaveza na naknadu štete dolazi u red najvažnijih posledica. Tako, savesna strana može zahtevati naknadu štete koju je pretrpela usled zaključenja ugovora koji nema pravno dejstvo zbog toga što ga je pravno lice zaključilo van okvira svoje pravne sposobnosti; u slučaju poništaja ugovora zbog zablude, druga savesna strana ima pravo da traži naknadu pretrpljene štete; kod posledica ništavosti ugovora i primene odgovarajuće sankcije, sud vodi naročito računa o savesnosti ugovornih strana, o značaju ugrože-nog dobra, kao i o moralnim shvatanjima; prigovor prividnosti ugovora ne može se isticati prema trećem savesnom licu; kod sticanja bez osnova, sticalac ima pravo na naknadu nužnih i korisnih troškova, ali ako je bio nesavestan, naknada za korisne troškove mu pripada samo do iznosa koji predstavlja uvećanje vrednosti u trenutku vraćanja; kod cesije, ustupilac odgovara za naplativost ustupljenog potraživanja ako je to bilo ugovoreno, ali samo do visine onoga što je primio od prijemnika, kao i za naplativost kamata, troškova oko ustupanja i troškova postupka protiv dužnika; pri tome, veća odgovornost savesnog ustupioca ne može se ugovoriti.

Pored pravičnosti i načela savesnosti i poštenja Zakon, u naporu da preko realnih životnih odnosa koriguje strogu formalnopravnu primenu norme, predviđa i mogućnost primene *dobrih običaja* odnosno dobrih poslovnih običaja. On to, najpre čini u smislu propisa kojima se utvrđuju osnovna načela, a zatim vrši konkretizaci-ju tog načela na mnogim mestima. Tako, kod opštih uslova ugovora koje određuje jedna strana, Zakon predviđa da su ništave odredbe opštih uslova koje su protivne samom cilju zaključenog ugovora ili dobrim poslovnim običajima, čak i ako su opšti uslovi koji ih sadrže odobreni od nadležnog organa. Zakon na ovaj način zaštićuje onu ugovornu stranu koja pristupa ugovoru i koja je, uglavnom, ekonomski slabija strana. Nekad Zakon upućuje na primenu poslovnih običaja, kao što je to npr. u obla-sti ugostiteljstva, odnosno ugovora o angažovanju ugostiteljskih kapaciteta.

Primena običaja predviđena je Zakonom na više mesta. Tako, kod zaključenja ugovora, Zakon predviđa da se izlaganje robe sa označenjem cene smatra ponudom,

ukoliko drukčije ne proizilazi iz okolnosti slučaja ili običaja; predlog za zaključenje ugovora učinjen neodređenom broju lica, koji sadrži bitne sastojke ugovora čijem je zaključenju namenjen, važi kao ponuda, ukoliko drukčije ne proizilazi iz okolnosti slučaja ili običaja; ako su ugovorne strane posle postignute saglasnosti o bitnim sastojcima ugovora ostavile neke sporedne tačke za docnije, ugovor se smatra zaključenim, a sporedne tačke, ako sami ugovarači ne postignu saglasnost o njima, urediće sud vodeći računa o prethodnim pregovorima, utvrđenoj praksi između ugovarača i običajima; Zakon, takođe, predviđa primenu običaja i kod prihvatanja ponude, kao i kod pitanja dejstva ponude u slučaju smrti ili nesposobnosti jedne strane. Kod pitanja pravne valjanosti dejstva legitimacionih papira i znaka, Zakon predviđa da se treba držati zajedničke volje izdavaoca i primaoca znaka, kao i onoga što je uobičajeno. U materiji novčanih obligacija, u slučaju ispunjenja novčane obaveze pre roka, dužnik ima pravo da od iznosa duga odbije iznos kamate za vreme od dana isplate do dospelosti obaveze, samo ako je na to ovlašćen ugovorom ili to proizilazi iz običaja. Kod kupovine na probu, kupac je dužan da obavesti prodavca da li ostaje pri ugovoru, u roku koji je utvrđen ugovorom ili običajem, a ako takvog nema, onda u primerenom roku koji mu bude odredio prodavac, inače se smatra da je odustao od ugovora. Kod ugovora o zakupu, plaćanje zakupnine se vrši u rokovima određenim ugovorom ili zakonom, a u nedostatku ovih, kako je uobičajeno u mestu gde je stvar predata zakupcu; dužina otkaznih rokova kod ovog ugovora može se takođe odrediti mesnim običajima, kao i procena da li zakupljena stvar ima odgovarajuća svojstva. Najzad, u nizu ugovora kojima se vrše razne usluge, Zakon predviđa uobičajenu naknadu kao pravilo dopunsko dispozitivne prirode – npr. kod ugovora o prevozu, nalogu, trgovinskom zastupanju, posredovanju, ugovora o kontroli robe i usluga, ugovora o organizovanju putovanja.

Kao što se vidi, Zakon je kroz odredbe o osnovnim načelima, kao i kroz mnoge druge konkretne odredbe, prihvatio jednu trihotomiju pojmova (pravičnost, savesnost i poštenje, dobri običaji) koja služi kao korekcija tehničiranim pravnim normama (tzv. tvrdi slučajevi). Ali, u tom dopunjavanju pravnih propisa, kao što je već ukazano, postoji opasnost da se pređe granica čija bi povreda značila ugrožavanje cilja prava i njegove izvesnosti u postupku primene. Otuda, na sudskoj praksi je odgovorna dužnost da prilikom konkretne primene pomenutih pravila pronade takva rešenja koja je neće svoditi na običan automatizam, ali koja je neće ni transformisati u pretorsku praksu, jer načelo zakonitosti mora uvek ostati u centru zbivanja. To znači, da odredbe o primeni izvesnih metapravnih merila (običaj, moral) ne treba pratiti pogledom egzegeze, pogledom koji je okupiran samo slovom zakona i koji zbog toga nije u stanju da vidi duh i smisao zakona. Takav pristup u savremenom pravu ne bi bio adekvatan društvenim zahtevima, i načelima društvenog uređenja. Naprotiv, primenu običaja i drugih vanpravnih normi u oblasti obligacionih odnosa, treba prihvatiti saznanjem da ta pravila ponašanja, zajedno sa pravnim normama, čine celinu pravne organizacije određene zajedenice. Sve to još više znači da se primena ovih odredbi Zakona nikako ne sme svesti na automatizam formalne logike koji bi izgubio iz vida cilj i smisao odgovarajućih pravnih pravila.

AKCESORNOST ZALOŽNOG PRAVA U REPUBLICI SRPSKOJ

Prof. dr Duško Medić*

Apstrakt: Jedno od osnovnih, temeljnih načela založnog prava je načelo akcesornosti. Založno pravo je nesamostalno pravo, čije postojanje zavisi od postojanja i punovažnosti prava potraživanja, a prestankom potraživanja prestaje i založno pravo kao sporedno pravo. No, potpuna akcesornost ovog prava je nesumnjivo velika smetnja savremenoj tržišnoj privredi. Akcesornost ne treba shvatiti kao dogmu od koje nema izuzetaka. Danas gotovo ne postoje pravni sistemi u kojima akcesornost važi apsolutno. U radu se analizira akcesornost založnog prava i određena odstupanja od ovog načela koje predviđa Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske.

Ključne riječi: akcesornost založnog prava, buduće i uslovno potraživanje, maksimalna hipoteka, raspolaganje neizbrisanom hipotekom.

Uvod

Obezbjedenje potraživanja predstavlja jedan od osnovnih uslova za stvaranje pravne sigurnosti i povjerenja, te podsticanje ulaganja u privredu jedne države.¹ Da bi instrumenti obezbjeđenja bili efikasni, oni treba da budu ne samo sigurni, već mora da bude brza i jednostavna i njihova naplata. U protivnom, gubi se funkcija garancije, a to je nespojivo sa tržišnim uslovima privređivanja, gdje postoji urgentna potreba za novcem i kreditima. Poznato je da su realna (stvarnopravna) sredstva obezbjeđenja potraživanja u praksi mnogo efikasnija u zaštiti ugovarača od ličnih (obligacionopravnih),² jer se kod realnog obezbjeđenja garancija postiže predmetom koji svojom vrijednošću odgovara za isplatu duga.³ Osim toga, realne garancije djeluju erga omnes, a kod ovog osiguranja postoji i pravo prvenstvenog namirenja i pra-

* **Prof. dr Duško Medić, sudija Ustavnog suda Republike Srpske**

¹ Zbog svog značaja obezbjeđenje potraživanja se u pojedinim zemljama posmatra kao posebna grana prava. O značaju obezbjeđenja potraživanja v. N. Tešić, *Registrovana zaloga*, Beograd, 2007, str. 41-58.

² Još uvijek je aktuelno i važi staro rimsko pravilo: "Plus coutionis in re est, guam in persona" – veća je garancija u stvari nego u licu – Pomponius, u *Digesta*, 50.17.25.

³ O prednostima realnog obezbjeđenja v. M. Lazić, *Prava realnog obezbeđenja*, Niš, 2009, str. 65–70. O tendencijama u razvoju realnih sredstava obezbjeđenja v. M. Lazić, *Tendencije u razvoju realnih prava obezbeđenja*, *Pravni život*, br. 11/09, str. 719–737.

vo sljedovanja, kao njihove relevantne karakteristike.⁴ Na taj način pojačava se pravni položaj povjerioca, a mogućnost prinudnog namirenja postaje mnogo izvjesnija,⁵ jer će povjerilac biti ovlašćen da svoje osigurano potraživanje namiri iz predmeta obezbjeđenja, bez obzira na to u čijoj svojini se taj predmet nalazi.⁶

Najvažnija realna forma obezbjeđenja potraživanja je založno pravo na osnovu koga povjerilac ima ovlašćenje da tuđu stvar ili pravo unovči (ako dužnik ne isplati dug do dospelosti) i na taj način ostvari zadovoljenje svoje tražbine.⁷ Založno pravo je stari institut građanskog prava koji predstavlja tekovinu civilizacije ljudskog društva. Mada se radi o klasičnom institutu, razvoj tržišnih odnosa, potrebe robnog prometa i nove forme kredita stalno ovo pravo čine aktuelnim i interesantnim za proučavanje. Teorija založnog prava se odlikuje bogatstvom i širinom teza, kao i brojnošću postavki, jer je zaloga složen pravni odnos u čijoj sadržini žive mnogi elementi. Nesumnjivo je da založno pravo predstavlja složen fenomen koji sadrži različite odnose kod kojih se sa jedne strane nalazi založni povjerilac, a sa druge svi ostali subjekti u koje spadaju dužnik ili vlasnik stvari, drugi založni povjerioci, hirografni povjerioci itd. Postojanje ovog prava vrši psihološki pritisak na dužnika da ispuni svoju obavezu. Prevažodna uloga zaloga je da omogući stvarno osiguranje potraživanja i namirenje povjerioca iz vrijednosti zaloga ako osigurano potraživanje ne bude namireno do dospelosti. Suština zaloge svodi se u drugom supsidijarnom izvoru namirenja koji je stvoren za povjerioca.⁸ Međutim, sa aspekta dužnika, zalog ima i bitnu ulogu mobilizatora vrijednosti njegove imovine. Zahvaljujući mogućnosti zalaganja, lica koja imaju imovinu veće vrijednosti su kreditno sposobnija i to za njih stvara brojne pogodnosti.⁹ Logika tržišnog poslovanja nameće odgovarajuće standarde i onaj ko nije u mogućnosti da na pravi način pruži osiguranje ne može da računa na dobijanje kredita ili će ga pak dobiti pod vrlo nepovoljnim uslovima.¹⁰

Založno pravo u socijalizmu je bilo gotovo marginalizovano, a danas ponovo postaje veoma interesantno i doživljava svoju punu afirmaciju kao najsigurniji instrument stvarnopravnog obezbjeđenja i ostvarivanja finansijske discipline. Tokom svog razvoja založno pravo je izgradilo pravila koja bi trebalo da na pravi način osi-

⁴ Opširnije: J. Salma, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1988, str. 379.

⁵ Realizacija potraživanja uvijek krije izvjesnu dozu neizvjesnosti, jer u praksi ne postoji savršen način njegovog obezbjeđenja.

⁶ Stvarnopravno osiguranje potraživanja služi pojačanju obligacionopravnih odnosa i pošto na području tih odnosa djeluje načelo dispozitivnosti, u praksi se stalno razvijaju novi sadržaji, koje ovo obezbjeđenje teško može adekvatno pratiti. Detaljnije o tome: N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj i Z. Stipković, *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998, str. 719–720.

⁷ O založnom pravo opširno: D. Medić, *Založno pravo*, Banja Luka, 2002.

⁸ Z. Rašović, *Pravo obezbjeđenja potraživanja*, Podgorica, 2010, str. 31.

⁹ N. Gavella, *Založno pravo*, Zagreb, 1992, str. 16–17.

¹⁰ Npr. uz visoke kamate. Iako visina kamatne stope ne zavisi samo od rizika, ipak se sa njegovim povećanjem povećavaju i kamate.

guraju ravnotežu interesa povjerilaca, dužnika i trećih zainteresovanih lica. Otežavajući faktori koji mogu limitirati domete savremenih vrsta založnog prava na ovim prostorima su još uvijek u potpunosti nezavršena svojinska transformacija, zatim neriješeno pitanje restitucije, nesređenost javnih knjiga za evidenciju prava na nekretninama i njihova neusklađenost sa stvarnim stanjem,¹¹ te nedovoljno brz i efikasan postupak za njihovu realizaciju. Pravni okvir založnog prava je veoma značajan, jer je u direktnoj vezi sa razvojem kreditnog sistema što ima velikog uticaja na ukupni privredni razvoj određene zemlje. Pitanje kredita je postalo jedno od egzistencijalnih pitanja stvaranja novog tržišnog ambijenta u kome treba voditi računa i o interesima kreditnih institucija i o interesima korisnika kredita koji se pojavljuju na tržištu.¹² Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske (ZSP)¹³ založnom pravu posvećuje posebnu pažnju i shodno novim opredjeljenjima reguliše ga dosta opširno.¹⁴ Ovaj rad analizira akcesornost založnog prava kao njegovu esencijalnu karakteristiku i novine koje u pogledu toga navedeni Zakon predviđa.

Načelo akcesornosti založnog prava

Akcesornost je neposredna i na samom zakonu zasnovana jednostrana zavisnost jednog prava, koje se naziva akcesornim ili zavisnim, od drugog prava, koje se naziva glavnim, pri čemu je cilj akcesornog prava realizacija cilja glavnog prava.¹⁵ Jedno od osnovnih, temeljnih načela založnog prava je načelo akcesornosti.¹⁶ Pravo zaloga je akcesorno, sporedno, zavisno pravo,¹⁷ pošto nastanak i postojanje stvarnog založnopravnog odnosa nužno pretpostavlja prethodno postojanje onog obligacionog odnosa iz kojeg je nastalo povjeriočevo potraživanje čije se ispunjenje odnosno

¹¹ Nedavno je u Republici Srpskoj donesen Zakon o premjeru i katastru nekretnina (Službeni glasnik RS br. 6/12) kojim je ovdje uspostavljena jedinstvena evidencija. O evidenciji nepokretnosti v. R. Cvetić, *Savremena evidencija nepokretnosti*, Novi Sad, 2009.

¹² Pravo je u interesu pravde i pravne sigurnosti stalno imalo zadatak da pomiri dva suprotstavljena interesa: s jedne strane nastojao se što više osigurati pravni položaj povjerioca, a s druge strane što manje otežati položaj dužnika.

¹³ Službeni glasnik RS br. 124/08, 58/09 i 95/11.

¹⁴ Članovi 139–185 ZSP-a.

Samo je bezdržavinska (registarska) zaloga na pokretnim stvarima i pravima regulisana posebnim zakonom (Okvirnim zakonom o zalozima BiH – Službeni glasnik BiH br. 28/04).

¹⁵ M. Živković, *Akcesornost založnih prava kod nepokretnosti*, Beograd, 2010, str. 47–48.

¹⁶ O pojmu akcesornosti šire: M. Živković, op. cit., str. 28–48. Vidi i: S. Nikšić, *Akcesornost založnog prava*, Hrvatska pravna revija, br. 9/02, str. 147–149.

¹⁷ Zbog toga se odnos založnog prava i potraživanja razlikuje od sličnih situacija gdje više povezanih prava služe ostvarenju iste svrhe, ali ne postoje kao glavna i sporedna prava (npr. slučaj pasivne solidarnosti).

realizacija osigurava zalogom.¹⁸ Pri tome nije od značaja osnov iz koga potraživanje potiče. Egzistencija zaloge se vezuje za sudbinu garantovanog potraživanja. Otudjenje i nasljeđivanje založnog prava moguće je samo zajedno s potraživanjem koje osigurava.¹⁹ Dakle, založno pravo je nesamostalno pravo, čije postojanje zavisi od postojanja i punovažnosti prava potraživanja, a prestankom potraživanja prestaje i založno pravo kao sporedno pravo, akcesorij. Akcesornost kao jednostrana zavisnost založnog prava od osiguranog potraživanja se smatra fundamentalnim načelom založnog prava i ima svoje korijene još u rimskom pravu.²⁰ Dejstva akcesornosti mogu se posmatrati kroz vezu obezbjeđenja i potraživanja u nastanku,²¹ obimu,²² pripadanju,²³ realizaciji²⁴ i prestanku.²⁵ Međutim, svaka od ovih vrsta akcesornosti trpi određene izuzetke. Založno pravo, u načelu, zavisi od potraživanja u svim navedenim aspektima. Postojanje potraživanja je *conditio sine qua non* za postojanje ovog prava.²⁶ Akcesorni (zavisni) karakter založnog prava ogleda se za čitavo vrijeme postojanja založnog odnosa. Ukoliko je potraživanje ništavo, neće važiti ni založno pravo i tada založni dužnik može tražiti povraćaj založene pokretne stvari, odnosno brisanje hipoteke iz zemljišnih knjiga. Postojanje založnog prava ne utiče na valjanost potraživanja i ono ostaje ništavo i nakon njegovog osiguranja.²⁷ Ako je pak potraživanje rušljivo, založno pravo će važiti pod uslovom da se pravni posao ne proglasi ništavim. U slučaju da se pravo na poništaj rušljivog pravnog posla ostvari u predviđenom roku,²⁸ tada zaloge ne proizvodi pravna dejstva. Tamo gdje ne postoje neakcesorna sredstva obezbjeđenja ne postoji ni mogućnost da se razdvoji založno

¹⁸ Prema M. Vukoviću, akcesornost je samo netačan izraz za sadržaj založnog pravnog odnosa. Po njemu, potraživanje predstavlja sadržaj tog odnosa i čim nestane sadržaja prestaje postojati i založni pravni odnos. Vid. M. Vuković, *Osnovi stvarnog prava*, Zagreb, 1950, str. 183.

¹⁹ Član 140 st. 2 ZSP-a.

²⁰ D. Stojanović i B. Pavićević, *Pravo obezbeđenja kredita*, Beograd, 1997, str. 252.

²¹ Akcesornost nastanka znači da založno pravo ne nastaje prije osiguranog potraživanja, a ako potraživanje nije valjano da ovo pravo nije ni nastalo.

²² Akcesornost u obimu znači da založeni iznos prati iznos osiguranog potraživanja odnosno da založno pravo nema sopstveni obim već da on zavisi od obezbijeđenog potraživanja. Iznos obezbijeđen založnim pravom ne može biti veći od potraživanja, dok načelno može biti manji, jer je moguće obezbjeđiti i samo dio potraživanja.

²³ Akcesornost u pripadanju znači da je povjerilac obezbijeđenog potraživanja istovremeno i titular založnog prava.

²⁴ Akcesornost u realizaciji znači da se založno pravo može prinudno ostvariti samo ako je moguće ostvariti obezbijeđeno potraživanje odnosno ako je zahtjev prema dužniku dospio i osnovan.

²⁵ Akcesornost u prestanku znači da prestankom osiguranog potraživanja prestaje i založno pravo, jer ono služi obezbjeđenju potraživanja.

²⁶ D. Stojanović, *Stvarno pravo*, osmo, izmjenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 1991, str. 232.

²⁷ Vidi odluku Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Rev-1432/02-2 od 3.9.2003, u Z. Rašović, *Komentar Zakona o hipoteci sa sudskom praksom*, Podgorica, 2007, str. 69–70.

²⁸ Vidi član 117. Zakona o obligacionim odnosima bivše SFRJ (ZOO), koji se u Republici Srpskoj još primjenjuje.

pravo i potraživanje tako da povjerilac založnog prava i osiguranog potraživanja mora biti jedno lice.

No, potpuna akcesornost je nesumnjivo velika smetnja savremenoj tržišnoj privredi.²⁹ Posebno bankarska praksa zahtijeva odstupanje od stroge primjene ovog načela. Pitanje akcesornosti je u direktnoj vezi sa prometnošću založnog prava. Akcesornost ne treba shvatiti kao dogmu od koje nema izuzetaka.³⁰ Napuštanje odnosno ublažavanje načela akcesornosti³¹ otvara mogućnost da se založno pravo samostalno kreće u prometu i da nasljeđivanjem pređe na lice koje je nasljednik založnog povjerioca, bez obzira na to prelazi li na nasljednika i potraživanje koje to pravo osigurava.³² Na ovaj način to pravo postaje mnogo fleksibilnije i bolje prilagođeno zahtjevima moderne kreditne prakse.³³ Nesumnjivo je da je moguće naći valjane razloge za to na svakoj bitnoj tački odnosa potraživanja i založnog prava.³⁴ Suština razvoja sredstava obezbjeđenja ide u pravcu da se određeno sredstvo posmatra kao posebna imovinska vrijednost koja je podobna za pravni promet. Danas gotovo ne postoje pravni sistemi u kojima akcesornost važi apsolutno. Razlike su samo u tome da li su predviđena široka odstupanja od tog načela ili su uvedena neakcesorna sredstva obezbjeđenja (samostalna u odnosu na potraživanje) kod kojih se mehanizmima obligacionog prava nastoji oponašati akcesornost. Tzv. kvaziakcesornost kod ovih oblika se zasniva na ugovoru, ali se približava akcesornosti i sve više dobija apsolutno dejstvo. Slobodno se može konstatovati da je sve tanja linija između tih sredstava i akcesornih sredstava osiguranja u pogledu kojih su predviđena široka odstupanja. Centralno pitanje kod uvođenja neakcesornih oblika³⁵ je da li je njima obezbjeđen

²⁹ O tome: D. Softić, Akcesornost hipoteke kao prepreka pri primjeni modernih tehnika finansiranja, u Zborniku radova "Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse", Mostar, 2008, str. 618-632.

³⁰ O razlozima za ublažavanje akcesornosti v. D. Softić Kadenić, Između akcesornosti i neakcesornosti, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, LIII 2010, Sarajevo, 2010, str. 382-385.

³¹ O odstupanju od načela akcesornosti hipoteke u zemljama bivše SFRJ v. M. Povlakić, Zemljišni dug u usporednom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 26, br. 1/05, str. 214-223. Vidi i M. Povlakić, Stvarnopravno osiguranje kredita u BiH, u Stvarnopravna uređenja tranzicijskih zemalja – stanje i perspektive, Zagreb, 2009, str. 261-270.

³² N. Gavella, op. cit., str. 166.

³³ U njemačkom pravu neakcesorni zemljišni dug je u praksi gotovo potpuno potisnuo hipoteku i pored rizika koje krije za vlasnika nekretnine, ovdje postoji i svojinska hipoteka – hipoteka na sopstvenoj stvari, te više vrsta hipoteka sa različitim stepenom akcesornosti (npr. osiguravajuća hipoteka, prometna hipoteka itd.), a u austrijskom pravu veliki značaj ima maksimalna hipoteka, kao odstupanje od načela akcesornosti.

I tzv. eurohipoteka, kao posebni evropski model hipotekarnog osiguranja, koja se zagovara na nivou Evropske unije bazira se na neakcesornosti. Vid. T. Josipović, U potrazi za eurohipotekom, u Građansko pravo u razvoju, Zbornik radova u čast 70. rođendana profesora emeritusa Nikole Gavelle, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, str. 243-315.

³⁴ Vid. M. Povlakić, Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, 2009, str. 281-288.

³⁵ Ova sredstva obezbjeđenja su ne samo neakcesorna već i apstraktna.

jednak nivo zaštite dužnika, odnosno da li su za to predviđeni odgovarajući mehanizmi? Poznato je da je kod ovih sredstava obezbjeđenja posebna opasnost za dužnika neosnovana realizacija naplate, a njegova zaštita se ostvaruje ugovornim odnosom kojim se neakcesorno pravo dovodi u vezu sa potraživanjem i pravo na namirenje se uslovljava postojanjem potraživanja iz određenog kreditnog odnosa.

Odstupanje od načela akcesornosti odnosno njegovo ublažavanje u pravu Republike Srpske se odnosi na založno pravo za buduće, uslovno i zastarjelo potraživanje, garanciju za sporedna potraživanja i troškove, primjenu načela nedjeljivosti, mogućnost osnivanja maksimalne hipoteke, raspolaganje neizbrisanom hipotekom i zabilježbu zadržavanja prvenstvenog reda, a uzor za to su predstavljala rješenja austrijskog prava.³⁶

Odstupanja od načela akcesornosti založnog prava u Republici Srpskoj

Založno pravo za buduće, uslovno i zastarjelo potraživanje, te garancija za sporedna potraživanja i troškove

Vidjeli smo da bez postojanja potraživanja ne može nastati ni zaloga. Potraživanje mora biti određeno, a smatra se da je dovoljno određeno ako su određeni povjerilac i dužnik, pravni osnov i visina ili najviši iznos do koga se osigurava zalogom, koji se ne smije prekoračiti. Založnim pravom se osigurava postojeće ili buduće potraživanje, pod uslovom da je novčano ili određivo u novcu.³⁷ U slučaju uslovnog potraživanja, založno pravo zavisi od toga da li će se ostvariti buduća neizvjesna činjenica koja je predviđena kao uslov u pravnom poslu. Odredba, da se založnim pravom može osigurati i potraživanje koje će tek nastati (buduće), te uslovno potraživanje, predstavlja jasan izuzetak od načela akcesornosti (a i specijalnosti). U ovom slučaju založno pravo obezbjeđuje potraživanje koje još nije ni nastalo ili možda neće ni nastati.³⁸ Sticanjem založnog prava prije nastalog potraživanja povjerilac se osigurava od eventualnih dužnikovih štetnih raspolaganja. Zakon o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima bivše SFRJ (ZOSPO)³⁹ u pogledu hipoteke nije sadržavao ovakvu odredbu, nego se ta mogućnost za hipoteku izvodila iz toga što

³⁶ Zakonodavac u Republici Srpskoj se opredjelio za akcesorna sredstva obezbjeđenja uz predviđanje određenih odstupanja radi postizanja bolje prometnosti, dok nije uveo neakcesorno sredstvo obezbjeđenja (zemljišni dug) koji je bio predviđen u Nacrtu Zakona o stvarnim pravima RS.

³⁷ Član 141 tač. 2 i 3 ZSP.

³⁸ U ovim slučajevima postavlja se pitanje karaktera založnog prava prije nastanka potraživanja odnosno pitanje da li je to pravo zaista i nastalo. Princip akcesornosti u nastanku, inače, zahtijeva da u slučaju budućeg potraživanja zaloga nastaje tek kad nastane potraživanje.

³⁹ Službeni list SFRJ br. 6/80 i 36/90.

je postojala kod ručne zaloge.⁴⁰ Na ovaj način se pojačava položaj povjerioca, a on stiče i prednost u odnosu na ostale povjerioce, potencijalne konkurente kod eventualnog namirenja sa dejstvom erga omnes. Založno pravo se može konstituisati i radi obezbjeđenja djelimično budućeg, a djelimično postojećeg potraživanja do određenog iznosa i prema ugovorenim uslovima dospelosti potraživanja.⁴¹

I zastarjelo potraživanje može se obezbijediti založnim pravom i to takođe, na izvjestan način, predstavlja odstupanje od načela akcesornosti. Ovo je moguće, jer iako pravno oslabljena, ta tražbina ipak postoji, nije ugašena, a to je bitno za konstituisanje garancije. Nastupanjem zastare ne prestaje obaveza dužnika, nego se ona samo pretvara u neutuživu i dalje postoji kao prirodna (naturalna) obligacija. Potraživanje nije prestalo, ali se prinudnim putem ne može ostvariti ako dužnik istakne prigovor zastarjelosti. Postojanje zaloge ne sprečava nastupanje zastarjelosti. Zastarjelost obligacionog prava nema uticaja na namirenje iz opterećenog dobra. Stvarno pravo kojim je povjerilac obezbjedio potraživanje ne podliježe zastarjelosti. Akcesornost založnog prava ne treba shvatiti tako da to pravo zavisi samo od potraživanja koja se mogu prinudno ostvariti. Kad protekne vrijeme zastarjelosti, povjerilac čije je potraživanje obezbjeđeno zalogom ili hipotekom⁴² može se namiriti iz opterećene stvari, ako je drži u rukama ili ako je njegovo pravo upisano u javnoj knjizi.⁴³ Naravno, držati određenu stvar u rukama znači da postoji mogućnost da povjerilac faktički raspolagaže sa založenom stvari, a ne da je doslovno drži u rukama. Za realizaciju zastarjelog potraživanja obezbjeđenog ručnom zalogom i hipotekom upisanom u javne knjige povjerilac ne mora da se obraća dužniku, pa mu on ne može ni isticati prigovor zastare, već namirenje svog potraživanja može izvršiti direktno putem suda.⁴⁴ Međutim, založno pravo nakon zastarjelosti potraživanja obezbjeđuje samo glavnica, a ne i kamate i druge troškove,⁴⁵ i to bi trebalo posmatrati kao odstupanje od akcesornosti u pogledu obima potraživanja. Ovo je sankcija za to što je založni povjerilac propustio da potraživanje namiri prije nastupa zastare.⁴⁶ Davanje zaloge ili nekog drugog sredstva obezbjeđenja za zastarjelo potraživanje smatra se, inače, kao odricanje od zastare.⁴⁷ Obezbjedenje za zastarjelu tražbinu je manifesta-

⁴⁰ Član 971 ZOO.

⁴¹ Vid. Z. Rašević, Komentar Zakona o svojinsko-pravnim odnosima, II knjiga, Podgorica, 2009, str. 1555.

⁴² Ovdje je bilo poželjno navesti da se to odnosi na sve vrste založnog prava, bez obzira na predmet i pravni osnov njihovog osnivanja.

⁴³ Član 368 st. 1 ZOO.

Ovo je izuzetak od pravila prema kojem nije moguće prisilnim putem namiriti zastarjelo potraživanje.

⁴⁴ Vid. Komentar Zakona o obligacionim odnosima, I knjiga, Glavni redaktor S. Perović, Beograd, 1995, str. 774.

⁴⁵ Član 368 st.2 ZOO.

⁴⁶ Vid. G. Mihelčić i I. Tuhtan Grgić, Ovlast na prisilno namirenje zastarjele založnopravne tražbine, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 33, br. 1/12, str. 191.

⁴⁷ Član 366 st. 2 ZOO.

cija volje dužnika da se odriče od već nastale zastarjelosti i da je spreman da svoj dug plati. U ovom slučaju nema ograničenja u pogledu obima namirenja založnog povjerioca i on je ovlašćen da svoje potraživanje namiri u cjelosti.

Dok traje obligacioni odnos između stranaka može doći do izmjene visine potraživanja u smislu njegovog povećanja ili smanjenja. Ekspanzija garancije se vezuje za proširenje, a ne i za smanjenje potraživanja zbog primjene načela nedjeljivosti. Založno pravo pored glavnog potraživanja osigurava i namirenje sporednih potraživanja, kamata, troškova za očuvanje stvari i troškova naplate potraživanja.⁴⁸ Visina kamata, sporednih potraživanja i troškova nije poznata u momentu nastanka zaloga. To je uzrokovano obezbjeđujućom svrhom zaloge koja nastoji da povjerioca dovede u situaciju kao da mu je osigurani dug dobrovoljno namiren o dospelosti. Poželjno bi bilo ograničiti kamate na zakonske (i zatezne), jer se na njih uvijek može računati, dok bi ugovorene, koje su veće od zakonskih (i zatezних) kamata, trebalo posebno upisati. Naime, potrebno je da se na pravi način zaštite mogući kasniji založni povjerioci, jer njihova sigurnost povećava kreditnu sposobnost založnog dužnika. Kada bi se radilo samo o odnosu založnog povjerioca i dužnika ne bi bilo sporno omogućiti obezbjeđenje za sve kamate i troškove nastale u vezi sa obezbijeđenom glavnicom, jer se tako na potpun i adekvatan način ostvaruje obezbjeđujuća svrha založnog prava.⁴⁹ Ako akcesornost posmatramo u strogom smislu riječi, proširenje garancije bi se moglo smatrati kao odstupanje od tog načela u pogledu obima.

Primjena načela nedjeljivosti kao odstupanje od načela akcesornosti

Jedno od osnovnih načela založnog prava kod nas je i načelo nedjeljivosti.⁵⁰ Založno pravo je po svojoj prirodi nedjeljivo.⁵¹ Ovo načelo podrazumijeva da zalog (predmet) osigurava cijelo obezbjeđeno potraživanje, a da čitava založena stvar sa svim njenim sastavnim dijelovima i pripacima osigurava tražbinu povjerioca.⁵² To se primjenjuje i na ručnu zalogu i na hipoteku. Načelo nedjeljivosti treba da utiče na dužnika da u potpunosti izvrši svoju obavezu. Po ovom načelu pravo zaloga ne prestaje sve dok njime osigurano potraživanje ne bude u cjelosti namireno.⁵³ Optereće-

⁴⁸ Član 141 st. 4 ZSP.

⁴⁹ Tako i M. Živković, op. cit., str. 80.

⁵⁰ O načelima založnog prava v. D. Medić, Načela založnog prava, *Advokatura*, br. 9–10/03, str. 15–25.

⁵¹ Neki autori smatraju da nedjeljivost zaloge ne izvire iz same suštine založnog prava, kao što nedjeljivost privatne svojine izvire iz same suštine te svojine – v. Gams, A., *Osnovi stvarnog prava*, Beograd, 1980, str. 139.

⁵² Založno pravo može da se uspostavi i za dio potraživanja i tada ono prestaje kad prestane taj dio tražbine.

⁵³ Tako Đ. Pavlović, u djelu *“Hipotekarno pravo u Kneževini Srbiji”*, Beograd, 1868, na str. 11 ističe: “Kad je jedna čest duga isplaćena, hipoteka celokupna ostaje da garantuje ostatak duga, kao da ništa nije plaćeno”.

nje zaloga ne smanjuje se sa smanjenjem potraživanja,⁵⁴ dakle cijela založena stvar garantuje do potpune isplate duga povjeriocu. Tek prestankom potraživanja u cjelini (glavnice, kamata, sporednih prava i troškova) prestaje i založno pravo. Ukoliko dođe do diobe založene stvari, to pravo postoji i dalje opterećujući sve njene dijelove.⁵⁵ Prema tome, dosljedna primjena načela nedjeljivosti predstavlja odstupanje od načela akcesornosti u obimu, jer obim založnog prava ne prati obim potraživanja.

Međutim, iako je nedjeljivost ustanovljena prevashodno radi očuvanja interesa povjerioca, to nikako ne znači da ne treba voditi računa i o interesima druge strane (dužnika ili zalagodavca).⁵⁶ ZSP je upravo ovo imao u vidu i predvidio je moguće izuzetke od dosljedne primjene načela nedjeljivosti. Tako, u slučaju smanjenja potraživanja, sud može, na prijedlog založnog dužnika, dopustiti da se založno pravo ograniči na jedan ili više predmeta zaloga koji su dovoljni za osiguranje preostalog potraživanja.⁵⁷ Isto tako, ako se otuđi dio nekretnine čija je vrijednost manje od jedne petine tražbine, povjerilac se ne može protiviti otuđenju i oslobađanju tog dijela nekretnine od založnog prava, ukoliko dužnik daje odgovarajuće osiguranje za taj dio ili ostatak nekretnina pruža dovoljno obezbjeđenje.⁵⁸ Sigurno je da ekonomski interesi povjerioca nisu ugroženi ako je preostalo dovoljno pokrića za obezbjeđenje njegovog potraživanja. Podržavamo ove novine, jer pravna teorija i praksa imaju obavezu da pronalaze rješenja za takve situacije, jasno uz očuvanje svih opravdanih interesa založnih povjerilaca.

Maksimalna hipoteka

U momentu nastanka založnog prava potraživanje mora biti određeno ili bar određivo. Propisivanje da za potraživanje mora biti određen najviši iznos do koga se osigurava zalogom indirektno ponovo uvodi u Republici Srpskoj mogućnost za-

⁵⁴ Član 141 st 5. ZSP.

⁵⁵ Još u rimskom pravu spominje se nedjeljivost založnog prava. Na osnovu fragmenata iz Digesta uzetih iz Papijanove liber VIII quaestionum, u kojim pravnik primjećuje da je *causs pignoris indivisa*, razvija stara germanska doktrina dogmu o nedjeljivosti založnog prava – v. Z. Rašović, *Stvarno pravo*, Podgorica, 2002, str. 360.

Načelo nedjeljivosti usvajaju mnogi građanski zakonici. Primjera radi, Italijanski građanski zakonik - član 2799, Francuski građanski zakonik - član 2083. (ručna zaloga) i član 2114. (hipoteka); Švajcarski građanski zakonik - član 889. str. 2; Austrijski građanski zakonik, paragraf 457. itd.

⁵⁶ Vid. M. Bartoš, *Koncentracija hipoteke*, Arhiv za pravne i društvene nauke, knj. XXXV, br. 3/37, str. 245.

⁵⁷ Član 141 tačka 9 ZSP.

⁵⁸ Član 141 tačka 6 ZSP.

Ovo je uvedeno po uzoru na član 811. Švajcarskog građanskog zakonika, prema kome hipotekarni dužnik može prodati parcelu hipotekom opterećenog zemljišta slobodnu od te hipoteke ako ona vrijedi manje od 1/5 duga, a isplati odgovarajući dio duga ili ako ostatak pruža dovoljno garancije za isplatu duga.

snivanja maksimalne hipoteke,⁵⁹ jer se to prevashodno odnosi na potraživanje koje se osigurava sa nekretninama. To omogućava obezbjeđenje kredita u okviru nekog osnovnog, odnosno okvirnog pravnog odnosa u kojem visina potraživanja u raznim momentima može da bude različita. Bitno je da je određen najviši iznos za koji se garantuje zalogom. Podatak o najvišem iznosu obezbjeđenog potraživanja ukazuje trećim licima na moguću opterećenost dužnika.⁶⁰ To je od značaja za potencijalnog kupca založenog predmeta, a i za eventualne nove povjerioce koji imaju namjeru da obezbijede svoje potraživanje zalogom na tom predmetu, jer je višestruko zalaganje kod nekretnina uobičajeno. Prema tome, za razliku od uobičajene hipoteke gdje se u zemljišnu knjigu upisuje iznos obezbjeđenog potraživanja, formalna razlika je da se kod ove vrste hipoteke u registar upisuje maksimalan iznos opterećenja nekretnine hipotekom. Najčešći oblik ove hipoteke je tzv. kreditna hipoteka, koja se koristi za osiguranje budućeg potraživanja iz jednog kreditnog odnosa. ZSP ne navodi slučajeve u kojima je dozvoljeno zasnovati maksimalnu hipoteku, pa se može zaključiti da se ona može zasnovati za obezbjeđenje novčanih potraživanja po bilo kom osnovu, kao i klasična hipoteka. Postojanje ove hipoteke kao fleksibilnog sredstva osiguranja predviđeno je u velikom broju pravnih sistema kontinentalno-evropskog pravnog kruga.⁶¹ Maksimalna hipoteka ima mnogo veći značaj u onim pravnim sistemima koji ne poznaju neakcesorna založna prava na nekretninama.⁶² Institut maksimalne hipoteke kod nas je ranije bio predviđen Zakonom o zemljišnim knjigama iz 1930. godine,⁶³ koji sa ostalim zemljišnoknjižnim zakonima iz tog perioda⁶⁴ predstavlja recepciju austrijskog zemljišnoknjižnog prava iz 1871. godine.⁶⁵ U bivšoj SFRJ taj Zakon je primjenjivan kao pravno pravilo, a mogućnost primjene je postojala i poslije donošenja ZOSPO-a i Zakona o premjeru i katastru nekretnina SR BiH.⁶⁶ Međutim,

⁵⁹ O maksimalnoj hipoteci opširno: M. Živković, op. cit., str. 82-116; D. Softić, Maksimalna hipoteka u pravu Bosne i Hercegovine de lege lata i de lege ferenda, Godišnjak, Pravnog fakulteta u Sarajevu, LII, Sarajevo, 2009, str. 369-396.

⁶⁰ Istina, oni ne znaju koliko je stvarno zaduženje dužnika, već samo koliko ono može biti.

⁶¹ Npr. maksimalna hipoteka je predviđena paragrafom 1190 BGB-a i članom 794. st.2. švajcarskog ZGB-a.

Od tranzicijskih zemalja ova hipoteka postoji u Sloveniji, Hrvatskoj, Crnoj Gori, Rusiji, Češkoj, Slovačkoj, Poljskoj, Gruziji i Mađarskoj, a od zemalja izvan kontinentalnog prava poznaju je Norveška i N R Kina.

⁶² Tako je, primjera radi, u Njemačkoj ovaj oblik hipoteke potisnut obezbjeđujućim zemljišnim dugom.

⁶³ Odredbom paragrafa 14, stav 2. tog Zakona nabrojani su osnovi iz kojih može nastati maksimalna hipoteka (dozvoljeni kredit, preuzeto posloводство, jemstvo ili naknada štete). Tom hipotekom su se mogla obezbjeđivati potraživanja iz jednog pravnog osnova, a ona nije garantovala za kasnija istovrsna potraživanja.

⁶⁴ Zakon o osnivanju i ispravljanju zemljišnih knjiga iz 1930. godine i Zakon o zemljišnoknjižnim diobama, otpisima i pripisima iz 1931. godine.

⁶⁵ Maksimalna hipoteka je u Austriji regulisana u članu 14. st.2. Općeg zakona o zemljišnim knjigama (GBG) i dugogodišnja primjena je dovela da je ovaj institut u praksi detaljno razrađen.

⁶⁶ Službeni list SR BiH br. 22/84.

u praksi je ovaj institut primjenjivan veoma rijetko. Donošenjem entitetskih zakona o zemljišnim knjigama u Bosni i Hercegovini više nije bilo osnova za zasnivanje maksimalne hipoteke.⁶⁷ ZSP, kao što smo istakli, ponovo predviđa tu mogućnost i to je svakako pozitivno, jer je maksimalna hipoteka vrlo sofisticirani institut. Ovaj oblik hipoteke bi trebao riješiti pojedine probleme u praksi banaka, ali zbog skućenosti odredbe koja ga reguliše otvaraju se mnoge dileme na koje bi trebalo dati adekvatan odgovor, jer maksimalna hipoteka ipak pokazuje izvjesna bitna odstupanja u odnosu na uobičajenu hipoteku.

Prije svega, postavlja se pitanje neposredne izvršnosti maksimalne hipoteke,⁶⁸ jer stvarna visina potraživanja nije unaprijed određena. Povjerilac koji pokreće izvršni postupak može tražiti samo ono što mu dužnik duguje, a to ne mora da bude u skladu sa upisanim iznosom hipoteke. Pošto zbog prirode ove hipoteke u momentu zasnivanja još nije poznata visina potraživanja, proizilazilo bi da nije moguće tu hipoteku zasnovati kao neposredno izvršnu. Naime, dužnik se prilikom zasnivanja hipoteke u formi notarski obrađene isprave može podvrgnuti neposrednom izvršenju, ali samo za tačno određeni iznos.⁶⁹ No, imajući u vidu da to bitno utiče na upotrebljivost ovog instituta u praksi, moguće rješenje bi možda moglo biti da se maksimalnoj hipoteci prizna izvršnost u pogledu maksimalnog iznosa, a u slučaju da povjerilac traži više nego što mu dužnik stvarno duguje, dužnik bi mogao da u tom dijelu uloži prigovor.⁷⁰ Isto tako, dilema kod maksimalne hipoteke može da bude i oko toga da li se kamate i druga sporedna potraživanja računaju u određeni maksimalni iznos, pošto to nije izričito određeno. Ovo pitanje, koje i u uporednom pravu izaziva dvojbe, moglo bi u primjeni da dovede do neizvjesnosti, pogotovo u pogledu prava trećih lica, pa bi ga zato u budućem periodu bilo poželjno nedvosmisleno regulisati.⁷¹ Kod maksimalne hipoteke interesantno je i pitanje njenog prestanka, jer ova hipoteka ne prestaje izmirenjem pojedinačnog potraživanja već osigurava osnovni pravni odnos i može da bude sporno kada je ovaj odnos između stranaka zaista i prestao. Maksimalna hipoteka ne mora uvijek prestati čak i kada bude namireno potraživanje u maksimalno određenom iznosu, a ne mora prestati ni kada ne postoje otvorena potraživanja. Ona obezbjeđuje čitavu lepezu potraživanja i nije vezana za pojedino potraživanje, već za sva potraživanja iz određenog pravnog odnosa. Za upis maksimalne

⁶⁷ Vid. član 87 Zakona o zemljišnim knjigama Republike Srpske (Službeni glasnik RS br. 67/03, 46/04 i 109/05), a slična je situacija i u Federaciji BiH.

⁶⁸ Neposredna izvršnost ima prednosti i za povjerioca i za dužnika.

⁶⁹ Član 85 st. 2 Zakona o notarima (Službeni glasnik RS br. 86/04).

U hrvatskom pravu postoji mogućnost da se maksimalna hipoteka zasnjuje u formi neposredno izvršne notarske isprave, jer Ovršni zakon (Narodne novine br. 57/96, 29/99, 42/00, 173/03, 194/03, 151/04 i 88/05) propisuje da je dovoljno da izvršno potraživanje bude određivo, odnosno da su povjerilac ili treće lice ovlašćeni da odrede tačnu visinu tražbine (član 163. a).

⁷⁰ Član 47 Zakona o izvršnom postupku (Službeni glasnik RS br. 59/03 i 85/03).

⁷¹ Primjera radi, u Sloveniji je izričito predviđeno da kamate ulaze u najviši iznos – član 146. stav 3. Stvarnopravnog zakonika (Uradni list Republike Slovenije br. 87/02 i 18/07).

hipoteke u javnu knjigu koja vodi evidenciju o pravima na nekretninama nedostaje precizna norma, pa i to može da predstavlja problem, pošto se iz javnih knjiga mora jasno vidjeti da se radi o ovakvoj vrsti hipoteke, s obzirom na posebnosti koje ona posjeduje. Pravila za ovo bi trebalo izričito predvidjeti, jer ako se maksimalna hipoteka npr. nalazi na prvom mjestu, nema sumnje da bi povjerioci nižeg ranga bili u lošijem položaju. Isto tako, imajući u vidu njene specifičnosti, potrebno je regulisati i prenos ove hipoteke, te pretvaranje u klasičnu hipoteku.

Ipak, i pored dosta nedorečenosti u pogledu ovog kompleksnog instituta i vrlo suptilnih pitanja koje će biti potrebno riješiti u narednom periodu, nesumnjivo je da maksimalna hipoteka kao odstupanje od strogog načela akcesornosti⁷² (a i specijalnosti⁷³) odgovara zahtjevima moderne kreditne privrede. Ova hipoteka u odnosu na uobičajenu pokazuje velike prednosti na modernom finansijskom tržištu, posebno kod osiguranja svih vrsta finansiranja u dužem vremenskom periodu kada permanentno postoji potreba za novim sredstvima.⁷⁴ Skromna i nedovoljna regulativa će sigurno biti prepreka široj primjeni maksimalne hipoteke u praksi.

Raspolaganje neizbrisanom hipotekom

Tipičan slučaj odstupanja od načela akcesornosti je tzv. svojinska hipoteka.⁷⁵ Ona predstavlja pravnu konstrukciju, čiju ekonomsku snagu može aktivirati po svojoj volji samo njen titular. Svojinska hipoteka je hipoteka na sopstvenoj stvari.⁷⁶ Ta

⁷² Maksimalna hipoteka predstavlja odstupanje od akcesornosti u obimu, jer je umanjena zavisnost obezbjeđenja hipotekom od iznosa jednog ili više obezbjeđenih potraživanja i ona je rješenje za situacije kada u momentu zasnivanja hipoteke nije moguće tačno odrediti visinu potraživanja koje se obezbjeđuje. Ona predstavlja odstupanje i od načela akcesornosti u nastanku, jer dijelom najčešće služi za obezbjeđenje uslovnih i budućih potraživanja, a i od akcesornosti u prestanku, jer se prestankom pojedinog potraživanja istovremeno ne gasi (u toj mjeri) i hipoteka.

⁷³ U ovom slučaju potraživanje nije u potpunosti određeno. Ipak načelo specijalnosti je sačuvano, ali u nešto modifikovanom obliku.

⁷⁴ U nekim zemljama se u posljednje vrijeme javljaju i oblici hipoteke koji u odnosu na maksimalnu hipoteku još više odstupaju od načela akcesornosti. Npr. pravo Crne Gore poznaje kontinuiranu hipoteku, koja je propisana članom 317. Zakona o svojinsko-pravnim odnosima, kojom se garancija proteže i na druge ugovorne obaveze dužnika koje bi nastale između povjerioca i dužnika nakon nastanka hipoteke, a koje dospjevaju za naplatu prije namirenja potraživanja za čije je obezbjeđenje hipoteka konstituisana. Takva hipoteka može da obezbjeđuje potraživanje iz novog ugovornog odnosa do iznosa utvrđenog ugovorom o hipoteci. Uzor za kontinuiranu hipoteku je bila odredba člana 972. ZOO. Reformom Code Civile-a koja je stupila na snagu u martu 2006. godine u Francuskoj je uvedena dopunjiva hipoteka. To je ugovorna hipoteka koja kasnije može obezbjeđivati potraživanja koja se razlikuju od onih pomenutih u aktu kojom je osnovana, ako je u njemu tako izričito predviđeno – v. član 2422. st. 1. CC.

⁷⁵ Ovom hipotekom se obezbjeđuje položaj ranga u javnoj knjizi za budućeg povjerioca.

⁷⁶ O tome: N. Ogorelica, Hipoteka na sopstvenoj stvari ili tzv. vlasnička hipoteka, poseban otisak iz Pravnika za 1893, Beograd, 1893; M. Lazić, Hipoteka, nužnost njenog reformisanja kao zahtev tržišne privrede...str. 151-154; V. Spaić, Građansko pravo – Opšti dio i Stvarno pravo, Sarajevo, 1971, str.689;

hipoteka može postojati bez potraživanja, prenosi se samostalno, ali se ne može realizovati bez postojanja tražbine za čije obezbjeđenje služi.⁷⁷ Kod nas svojinska hipoteka ne može nastati izvorno, nego samo ako dođe do konsolidacije (hipotekarni povjerilac postane vlasnik opterećene nepokretnosti), a to je razlog za prestanak založnog prava.⁷⁸

ZSP, dakle, ne predviđa postojanje svojinske hipoteke, ali reguliše raspolaganje neizbrisanom hipotekom kao samostalnom vrijednošću, što ima izvjesne sličnosti.⁷⁹ Ova mogućnost postoji u situaciji kada je potraživanje prestalo, a hipoteka još nije brisana iz javnih knjiga.⁸⁰ U tom slučaju radi se o ovlaštenju da se već isplaćena hipoteka (klasična ili maksimalna) prenese na novog povjerioca. Uslov je da nova tražbina nije veća od upisane hipoteke, koja još nije brisana.⁸¹ Povjerioci nižeg ranga se tada ne pomjeraju naprijed. Raspolaganje neizbrisanom hipotekom moguće je u svim slučajevima prestanka potraživanja osim kada je potraživanje prestalo, jer je namireno iz vrijednosti založene nekretnine.⁸² Hipoteka sada pripada vlasniku nekretnine i to za njega stvara mogućnost da to iskoristi kako bi osigurao neko drugo potraživanje.⁸³ Ovo je za njega očigledno korisno, jer ako raspolaže visokim mjestom u redu prvenstva, veća mu je i kreditna sposobnost, a to mu otvara mogućnost dobijanja zajmova pod povoljnim uslovima.⁸⁴ Na mjestu u prvenstvenom redu

M. Vedriš i P. Klarić, *Građansko pravo*, Zagreb, 2004, str. 328; D. Medić, *Svojinska hipoteka*, ZIPS, br. 1027/05, str. 29.

⁷⁷ M. Lazić, *Stvarna prava na sopstvenoj stvari*, *Pravni život*, br. 10/03, str. 87-92.

⁷⁸ Član 179 st. 1 ZSP.

⁷⁹ Član 181 ZSP.

⁸⁰ U ovoj situaciji njemačka doktrina ima u vidu vlasnički zemljišni dug.

Prema III noveli na Austrijski građanski zakonik iz 1916. godine postoji mogućnost raspolaganja sa neizbrisanom hipotekom kao surogat za vlasničku hipoteku. Vidi: F. Čulinović, *Komentar zemljišno-knjižnih zakona*, Beograd, 1931, str. 206.

⁸¹ Raspolaganjem mjestom u prvenstvenom redu neizbrisane hipoteke nosioci knjižnih prava koji su upisani s kasnijim prvenstvenim redom ne smiju biti oštećeni u ostvarivanju svojih prava pri namirenju osiguranih tražbina. Ukoliko bi nova tražbina bila veća od stare oni bi bili oštećeni, jer bi u slučaju namirenja iz vrijednosti nekretnine za namirenje njihovih potraživanja preostao manji iznos od onog koji bi ostao da se namirenje provodilo prije nego što je prestala stara tražbina.

⁸² Pravo vlasnika da raspolaže neizbrisanom hipotekom nastaje u momentu prestanka potraživanja koje je hipoteka obezbjeđivala, a traje sve dok ne dođe do brisanja hipoteke.

⁸³ Dok vlasnik ne ostvari svoje pravo raspolaganja neizbrisanom hipotekom u odnosu na treća savjesna lica djeluje neoboriva pretpostavka da postoji ona tražbina osigurana hipotekom upisanom u javnoj knjizi.

⁸⁴ Slično rješenje postoji i u pravu Hrvatske i Srbije. Vid. N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj i Z. Stipković, *op. cit.*, str. 821; R. Kovačević Kuštrimović i M. Lazić, *op. cit.*, str. 391.

Uporediti: M. Povlakić, *Moderne tendencije u razvoju sredstava obezbjeđenja potraživanja s posebnim osvrtom na bezposjedovnu (registriranu) zalogu*, doktorska disertacija, Sarajevo, decembar 2001, str. 147-148.

Nešto modifikovane odredbe o raspolaganju neizbrisanom hipotekom postoje i u makedonskom pravu (v. član 45. Zakona za dogovoren zalog Makedonije), a interesantno je da su pravila o raspolaganju

neizbrisane hipoteke moguće je osnovati i više hipoteka radi osiguranja više potraživanja i to u korist različitih povjerilaca, ali njihov ukupan zbir ne smije prelaziti visinu tražbine koja je prestala. Na taj način vlasnik nekretnine ima mogućnost da bolje ekonomski iskoristi vrijednost svoje nekretnine raspoložujući u korist novog hipotekarnog povjerioca boljim, vrijednijim mjestom u prvenstvenom redu. Prvenstvo u namirenju čini ekonomsku suštinu hipoteke zbog toga što je prvenstveni red (rang) hipoteke važan za procjenu stepena sigurnosti koju ona kao sredstvo obezbjeđenja nudi. U ovom slučaju se radi o osnivanju nove hipoteke na već postojećem mjestu u prvenstvenom redu, pa se za upis te hipoteke moraju ispuniti sve materijalne i procesne pretpostavke koje propisuje zemljišnoknjižno pravo.⁸⁵ U tabularnoj ispravi na osnovu koje se sprovodi upis na mjestu u prvenstvenom redu neizbrisane hipoteke bi se trebalo navesti da se prenosi odnosno osniva hipoteka na mjestu u prvenstvenom redu već upisane hipoteke. Hipoteka na prijašnjem mjestu u prvenstvenom redu se ne briše već se samo prenosi na novu tražbinu.⁸⁶ Vlasnik se ne može odreći ovog svog prava unaprijed, ali ako se on nekome obavezao ishoditi brisanje određene hipoteke, i to je u zemljišnoj knjizi zabilježeno, on ipak ne može njome raspolagati.⁸⁷ Prema tome, to pravo nije svojinska hipoteka, mada joj je veoma slično.⁸⁸

Naravno, raspolaganje neizbrisanom hipotekom može u praksi da dovede do određenih problema i štete za povjerioce sa kasnijim redom prvenstva. Naime, vlasnik može pred sam istek stare hipoteke, a prije pokretanja izvršnog postupka ili otvaranja stečajnog postupka⁸⁹ upisati novu hipoteku, a to može dovesti do toga da će povjerioci nerado davati kredite koji bi bili obezbijeđeni hipotekom drugog ili kasnijeg ranga. Sve ovo može dovesti do gotovo trajnog nepomicanja unaprijed prvenstvenog reda ovih povjerilaca. Time se znatno relativizuje problem kliznog ranga⁹⁰ (što je u biti korisno), jer fiksni rang⁹¹ u ovom slučaju sigurno donosi pozitivne efekte. Raspolaganje neizbrisanom hipotekom svakako povećava prometnu sposobnost hipoteke i dovodi do boljeg aktiviranja dužnikove imovine. Fleksibilnija

neizbrisanom hipotekom bila predviđena i Predosnovom Građanskog zakonika Kraljevine Jugoslavije iz 1934. godine.

⁸⁵ O tome: T. Josipović, *Zemljišnoknjižno pravo*, Zagreb, 2001, str. 262-263.

⁸⁶ G. Mihelčić, *Upis hipoteke i fiducijarnog vlasništva u zemljišne knjige*, u *Nekretnine i zemljišne knjige*, Zagreb, 2005, str. 33.

⁸⁷ Ovo znači da je izričito prihvatio klizni rang.

⁸⁸ Slično i N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj i Z. Stipković, *op.cit.*, str. 822.

Vlasnik nekretnine nije sam sebi povjerilac, pa ne može biti ni svoj hipotekarni povjerilac.

⁸⁹ Prava hipotekarnog povjerioca posebno dolaze do izražaja u ovim postupcima.

⁹⁰ Klizni rang je nepravedniji od fiksnog, jer se po isplati hipotekarnog povjerioca koji je prvi po rangu, kasniji hipotekarni povjerioci automatski pomjeraju u rangu i stižu povoljniji položaj za koji nisu dali adekvatnu naknadu.

Vid. M. Živković, *Hipoteka i zemljišni dug*, u *Promene stvarnog prava u Srbiji*, Beograd, 2004, str. 162.

⁹¹ Fiksni rang se zasniva na tome da nema pomjeranja hipoteke unaprijed. Za njegovo ostvarenje mora se odstupiti od akcesornosti hipoteke.

upotreba jednom upisane hipoteke je u skladu sa potrebama moderne kreditne privrede. Nedostatak je da se hipoteka može ponovo upotrebiti tek po prestanku prvobitnog potraživanja.

Zabilježba zadržavanja prvenstvenog reda

Vlasnik može u slučaju brisanja hipoteke istodobno ishoditi u zemljišnoj knjizi zabilježbu⁹² s kojom je za upis nove hipoteke do visine izbrisane zadržan prvenstveni red za vrijeme od tri godine od odobrenja te zabilježbe.⁹³ U momentu podnošenja prijedloga za upis zabilježbe ne mora se čak ni znati budući nosilac založnog prava za koga je osnovan prvenstveni red. Ako bi došlo do promjene vlasništva, to bi djelovalo i u korist novog vlasnika, ali se u slučaju prisilne javne dražbe te nekretnine⁹⁴ ovo zadržavanje ne bi uzelo u obzir, ukoliko ne bi bilo iskorišteno prije zabilježbe rješenja kojim je dopuštena pljenidba na toj nekretnini radi naplate nečije novčane tražbine. Vlasnik nekretnine ima mogućnost zahtijevati upis hipoteke za novu tražbinu u prvenstvenom redu i do visine hipoteke kojom je nekretnina opterećena, ali s ograničenjem da će nova hipoteka imati pravni učinak jedino ako se brisanje stare hipoteke uknjiži u roku od godine dana od odobrenja upisa nove hipoteke.⁹⁵ Ukoliko ne bude zatraženo brisanje stare hipoteke ili ono ne bude dopušteno u navedenom roku, nova hipoteka prestaje čim ovaj rok protekne, te će se zajedno sa svim upisima koji se na nju odnose brisati po službenoj dužnosti. Hipoteka koja je upisana na mjestu starije opterećene hipoteke u prvenstvenom redu imaće pravni učinak samo ako se taj teret izbriše ili se s pristankom sudionika prenese na novu hipoteku. U slučaju da starija hipoteka tereti više nekretnina zajednički, nova će proizvoditi pravne učinke samo ako se starija hipoteka izbriše na svim nekretninama koje tereti. Ove odredbe će se primjenjivati i u slučaju da nova tražbina stupa na mjesto dvije ili više hipotekarnih tražbina koje u prvenstvenom redu dolaze neposredno jedna iza druge.⁹⁶ Na ovaj način, kao i kod raspolaganja neizbrisanom hipotekom, vlasnik ostvaruje uslove za bolje ekonomsko iskorišćavanje vrijednosti svoje nekretnine, jer može ostvariti povoljnije uslove kreditiranja ponudom novom povjeriocu za osiguranje

⁹² Zabilježba je takva vrsta knjižnog upisa kojom se evidentiraju i čine javnim izvjesne pravne činjenice koje su od uticaja na predmet knjižnih prava.

⁹³ O rangu hipoteka v. D. Stojanović i D. Pop-Georgiev, Komentar Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima, Beograd, 1980, str. 147-148; M. Lazić, Rang stvarnih prava, Pravni život, br. 10/02, str. 77-79.

⁹⁴ Taj termin nije najbolje rješenje, jer bi se moglo zaključiti da se ova odredba neće primjeniti u slučaju prodaje nekretnine u izvršnom postupku neposrednom pogodbom.

⁹⁵ U ovom slučaju se raspolaze mjestom u prvenstvenom redu stare hipoteke iako se još nisu stekli uslovi za njeno brisanje. Zbog toga je ovo raspolaganje uslovno. Brisanje stare hipoteke ovlašćeni su da traže hipotekarni dužnik i povjerilac u čiju korist je upisana nova hipoteka.

⁹⁶ Član 182 ZSP.

osnivanjem hipoteke na zadržanom mjestu u prvenstvenom redu. Zabilježba djeluje prema svakom licu, pa ukoliko kasnije budu izvršeni neki upisi, sud će po prijedlogu sve te upise izbrisati.

Prema tome, ovom zabilježbom se osniva prvenstveni red za hipoteke koje će se upisati na osnovu određenih raspolaganja koja u času podnošenja prijedloga za zabilježbu još nisu ostvarena ili za koja u tom momentu ne postoje sve pretpostavke da bi se na osnovu njih mogla izvršiti uknjižba ili predbilježba. Upis založnog prava će se provesti na onom mjestu u prvenstvenom redu koje je osnovano zabilježbom zadržavanja prvenstvenog reda bez obzira na to kada je sačinjen ugovor o hipoteci.

Zaključak

Akcesornost založnog prava se tradicionalno smatra načelom zaštitom dužnika. Potpuna akcesornost je velika smetnja savremenoj kreditnoj privredi. Danas ne postoji ni jedan pravni sistem u kome je akcesornost apsolutno provedena. Odstupanja od tog načela u pravu Republike Srpske su učinila da založno prvo postane elastičnije i prikladnije za nove uslove privređivanja. To će nužno dovesti do bolje prometnosti ovog instituta, jer je očito da praksa treba ovakva fleksibilna sredstva osiguranja. Pogotovo ovdje imamo u vidu da u Republici Srpskoj nije uveden zemljišni dug, kao neakcesorno i apstraktno sredstvo obezbjeđenja (apstraktnost je posljedica neakcesornosti), koji posebno u njemačkom pravu ima široku primjenu. Na taj način su omogućene i određene finansijske transakcije koje inače ne bi bilo moguće izvesti, a data je veća sloboda i davaocu i primaocu obezbjeđenja. Novi pristup hipoteci je doveo do toga da ona može postojati kao samostalna vrijednost. Mogućnost raspolaganja neizbrisanom hipotekom će dovesti do boljeg ekonomskog iskorišćavanja nekretnina. Ponovna upotreba hipoteke je u skladu i sa rješenjima u uporednom pravu. Pozitivna novost je i reafirmacija maksimalne hipoteke, ali ovaj institut tek treba detaljnije regulisati kako bi se mogao više koristiti u praksi. Naravno, sve prednosti nove regulative kod hipoteke će doći do izražaja samo u slučaju postojanja ažurne evidencije u javnim registrima za evidenciju nekretnina. Najvažnije je da izuzeci od načela akcesornosti obezbjeđuju jednak nivo zaštite dužnika odnosno da postoje adekvatni mehanizmi koji to omogućavaju. Modernoj kreditnoj praksi čini se da najviše odgovara veza između potraživanja i zaloge na putu između akcesornosti i neakcesornosti (kvaziakcesornost). No, reforma sredstava obezbjeđenja mora stvoriti uslove i za veću zaštitu povjerioca i sigurnost pravnog prometa. Vrijeme koje je pred nama će dati najbolji odgovor na pitanje koliko se u tome uspjelo.

I na kraju, može se postaviti pitanje da li su Republici Srpskoj potrebna neakcesorna sredstva obezbjeđenja, prevashodno zemljišni dug kojim se paralelno može osigurati više potraživanja? Nema sumnje da takvi oblici imaju nesumnjive prednosti, ali isto tako je sigurno da oni mogu otežati položaj dužnika u zaštiti njihovih interesa. Smatramo da kod nas za to još ne postoje sve potrebne pretpostavke.

Međutim, protekom vremena, a posebno potpunom konsolidacijom bankarskog sektora i ažuriranjem stanja u javnim registrima nekretnina, mogli bi se stvoriti uslovi za adekvatno funkcionisanje i uvođenje u naš pravni sistem i ovako suptilnih oblika obezbjeđenja koji su u potpunosti u skladu sa zahtjevima tržišne privrede. Njihovom eventualnom uvođenju svakako bi trebala prethoditi detaljna pravna i ekonomska analiza svih esencijalnih aspekata ovog pitanja, a posebno postojećeg hipotekarnog tržišta koje zahtijeva jednostavnost i fleksibilnost u transakcijama, ali i sigurnost za sve koji u njima učestvuju.

Prof. dr Duško Medić

judge of the Constitutional Court of Republika Srpska

SUBORDINATE POSITION OF A PLEDGE LAW IN REPUBLIKA SRPSKA

Summary

One of the basic and most important principles of pledge law is a principle of subordination. Pledge law is a dependent law and its existence is dependant on existence of legal validity of the active claims and cessation of claims indicates the cessation of pledge law. However, total subordination is apparently a big obstacle toward market economy. Subordination should not be understood as a dogma from which there is no exception. Nowadays there are practically no legal systems in which the subordinate position of a pledge law can be entirely applicable. In the article author deals with the concept of subordination of a pledge law and certain exceptions from that principle which is provided by the Proprietary law.

Key words: *subordination of a pledge law, future and conditional claims, utmost mortgage, management of open mortgage.*

РАЗВОЈ ГРАЂАНСКОГ ПРАВА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ¹**Доц. др Дарко Радић***

***Апстракт:** Аутор настоји да кроз овај рад, у основним цртама, укаже на реформске процесе и правце развоја законодавстава у Босни и Херцеговини - у области грађанског права. У разматрању постављеног проблема нужно је водити рачуна о уставном уређење Босне и Херцеговине, односно о расподјели законодавних надлежности између државе, ентитета и Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине. Општи дио грађанског права није нити у једном од помених законодавстава уређен на свеобухватан начин, већ се различита питања регулишу бројним законима, па се у том смислу даје кратак поглед тих закона и осврт на предмете њиховог регулисања. Темељне реформе проведене су у области стварног права под примјетним утицајем законских рјешења прихваћених у хрватском праву, нарочито у Републици Српској и Брчко Дистрикту Босне и Херцеговине, док је реформа стварног права у Федерацији Босне и Херцеговине ипак била ограниченог домаћаја. Поред тога, у посматраним законодавствима усвојен је значајан број посебних закона којима се уређују различита питања из области стварног права. У области облигационог права није дошло до усвајања новог закона којим би био замијењен закон наслијеђен из претходне државе, иако је било више таквих покушаја. Ипак, евидентно је да су у анализираним правним системима донесени бројни закони којима се уређују различита питања и односи из ширег обима облигационог права, укључујући и законе којима се регулишу поједини уговори. Анализирајући развој грађанског права у Босни и Херцеговини у посљедње двије декаде аутор преиспитује да ли су, у смислу проведених реформи, остварени укупни, жељени, ефекти, те да ли су исти дјелимично амортизовани фрагментираношћу грађанскоправног законодавства, бројношћу законских прописа из ове области и неријетким ситуацијама њихове хоризонталне неусаглашености.*

***Кључне ријечи:** грађанско право, правни субјективитет, стварно право, облигационо право, уговори, породично право, насљедно право.*

* Доц. др Дарко Радић, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци

¹ Овај рад је већим дијелом заснован на резултатима истраживања која је аутор обавио у оквиру пројекта *Форум за грађанско право за југоисточну Европу*.

I - Увод

Право, нарочито позитивноправна рјешења, одражавају стање у законодавству, али и прилике у друштву у одређеном времену. У односу на нека рјешења остварује се правноисторијски континуитет, а нека су, због својих слабости, одавно одбачена, замијењена друкчијим. Транзиција домаћег друштва и његово прилагођавање европским правним вриједностима изазива значајне промјене у законодавству. Сљедствено, сасвим је оправдано да се сачини и представи пресјек стања законодавства у области грађанског права како би се створила основа за разматрање праваца његовог даљег развоја и обезбиједиле претпоставке за артикулисање одређених циљева који се желе постићи.

Босна и Херцеговина је сложена држава *sui generis* (састоји се: од Републике Српске – даље: РС, Федерације Босне и Херцеговине – даље: ФБиХ и Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине – даље: БД БиХ) и управо из тога разлога неопходно је претходно указати на расподјелу законодавних надлежности између појединих нивоа власти. У складу са Уставом Босне и Херцеговине, те уставима ентитета, законодавна надлежност у области грађанског права припада РС и ФБиХ (чл. III ст. 1 и 3 Устава БиХ, чл. 68 т. 6 Устава РС, чл. III Устава ФБиХ). На територији БД БиХ примјењују се закони које доноси Скупштина Дистрикта, односно они ентитетски закони који се према Налогу Супервизора² сматрају законима БД БиХ, те закони Социјалистичке Републике Босне и Херцеговине (даље: СР БиХ) и закони Социјалистичке Федеративне Републике Југославије (даље: СФРЈ), уколико нису одлуком или законодавним актом БД БиХ поништени у цјелини или дјелимично (чл. 76 Статута БД БиХ и параграф 39 Коначне одлуке Арбитражног трибунала, т. 2 Анекса Коначне одлуке Арбитражног трибунала, ст. 1 – 3 и ст. 5 т. а) Налога). Ипак, упркос прилично јасним, превасходно уставним, нормама неријетко се дешава да законодавни органи различитих нивоа власти у БиХ доносе законе који се односе на иста питања или исту област односа и који нису увијек и у потпуности међусобно усаглашени.

II - Општи дио грађанског права

Правни систем БиХ (укључујући правне системе свих нивоа власти), у смислу анализе развоја грађанског права, наслања се на правну традицију СР БиХ и СФРЈ, односно прве Југославије у којој је на територији БиХ примјењиван

² Налог супервизора којим се укидају ентитетски закони на подручју Брчко Дистрикта и проглашава престанак правног значаја међуентитетске границе у Дистрикту од 4.08.2006. године (даље: Налог).

аустријски Општи грађански законик из 1811. године (*Allgemeines burgerliches Gesetzbuch* - ABGB). У том смислу, може се констатовати да је ABGB имао и има велики утицај на овдашње грађанско право, али не и у погледу ситематике, јер је у ABGB-у, као и у Српском грађанском законик у из 1844. године (СГЗ), примијењена институциона подјела грађанског права, док се у позитивном грађанском праву прихвата пандектни систем³.

Будући да нити у једном од законодавстава у БиХ не постоји грађанска кодификација, те да је у оквиру наслијеђених правних вриједности прихваћена пандектна ситематика правила грађанског права, у сваком од ентитетских законодавстава, односно у законодавству БД БиХ, област грађанског права подразумијева постојање и примјену више закона који се односе на општи дио грађанског права, односно којима се уређује материја стварног права, облигационог права, породичног права и насљедног права. Дакле, у законодавствима у БиХ не постоји закон којим је на свеобухватан начин уређена материја општег дијела грађанског права, већ су ова правила садржана у више законских прописа, преваходно у Закону о облигационим односима - даље: ЗОО⁴ (начело забране злоупотребе права⁵, уговорна способност лица⁶, деликтна способност лица⁷, мане воље⁸, услов⁹, рок¹⁰, заступање¹¹, ништавост¹², рушљивост¹³, итд.), затим у законима којима се уређује стварноправна област - Закон о стварним правима¹⁴ (забрана злоупотребе права¹⁵, ствари - објекти стварних права¹⁶), Закон о власничко-правним односима¹⁷ (забрана злоупотребе права¹⁸), Закон о

³ Какав је, примјерице, прихваћен у Њемачком грађанском законик у из 1896. године (*Bürgerliches Gesetzbuch* - BGB).

⁴ Закон о облигационим односима РС (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89; *Службени гласник РС*, бр. 17/93, 3/96, 39/03 и 74/04), Закон о облигационим односима ФБиХ (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89; *Службене новине ФБиХ*, бр. 2/92, 13/93, 13/94 и 29/03).

⁵ Чл. 13 ЗОО.

⁶ Чл. 54 – 59 ЗОО.

⁷ Чл. 159 – 160 ЗОО.

⁸ Чл. 60 – 66 ЗОО.

⁹ Чл. 74 – 76 ЗОО.

¹⁰ Чл. 77 – 78 ЗОО.

¹¹ Чл. 84 – 88 ЗОО.

¹² Чл. 103 – 110 ЗОО.

¹³ Чл. 111 – 117 ЗОО.

¹⁴ *Службени гласник РС*, бр. 124/08, 58/09 и 95/11 – даље: ЗСП.

¹⁵ Чл. 4 ЗСП.

¹⁶ Чл. 5 – 14 ЗСП.

¹⁷ *Службене новине ФБиХ*, бр. 6/98 и 29/03 – даље: ЗВ ФБиХ.

¹⁸ Чл. 5 ЗВ ФБиХ

власништву и другим стварним правима¹⁹ (забрана злоупотребе права²⁰, ствари - објекти стварних права²¹), али и у Породичном закону²² (стицање пословне способност²³). Ипак, нису сви институти опшег дијела грађанског права уређени претходно наведеним законима. Тако, за форму правних послова, поред осталих прописа, релевантни су: Закон о нотарима²⁴, Закон о електронском правном и пословном промету БиХ²⁵, Закон о електронском потпису²⁶, Закон о електронском пословању РС²⁷.

1. Правни субјективитет физичких лица

Свако физичко лице јесте субјект права и има правну способност. Изузетак од претходног правила односи се на дијете које је зачето у тренутку отварања наслеђа и које се сматра као рођено ако се роди живо²⁸. Смрћу, односно проглашењем несталог лица за умрло престаје правна способност физичког лица. Стицање, ограничење и губитак пословне способности физичких лица уређују се Породичним законом²⁹. Способност за закључење уговора и деликтна способност уређују се одредбама ЗОО-а³⁰. Тестаментарну способност имају лица способна за расуђивање са навршених 15 година у РС, односно 16 година у ФБиХ и БД БиХ³¹. Уговор о раду може закључити физичко лице са

¹⁹ *Службени гласник БД БиХ*, бр. 11/01, 8/03, 40/04 и 19/07 – даље: ЗВ БД БиХ).

²⁰ Чл. 3 ЗВ БД БиХ.

²¹ Чл. 6 - 15 ЗВ БД БиХ.

²² Породични закон РС (*Службени гласник РС*, бр. 54/02 и 41/08 – даље: ПЗ РС), Породични закон ФБиХ (*Службене новине ФБиХ*, бр. 35/05 и 41/05 – даље: ПЗ ФБиХ), Породични закон БД БиХ (*Службени гласник БД БиХ*, бр. 23/07 – даље: ПЗ БД БиХ).

²³ Чл. 108 ПЗ РС, чл. 157ПЗ ФБиХ, чл. 139 ПЗ БД БиХ.

²⁴ Закон о нотарима РС (*Службени гласник РС*, бр. 86/04, 2/05, 74/05, 76/05, 91/06, 37/07, Одлука Уставног суда РС бр. У-60/06 од 5.07.2007. године), Закон о нотарима ФБиХ (*Службене новине ФБиХ*, бр. 45/02 и 13/09) и Закон о нотарима БД БиХ (*Службени гласник БД БиХ*, бр. 9/03 и 17/06).

²⁵ *Службени гласник БиХ*, бр. 88/07.

²⁶ Закон о електронском потпису РС (*Службени гласник РС*, бр. 59/08), Закон о електронском потпису БиХ (*Службени гласник БиХ*, бр. 91/06), Закон о електронском потпису БДБиХ (*Службени гласник БД БиХ*, бр. 39/10, 61/10 и 14/11).

²⁷ *Службени гласник РС*, бр. 59/09.

²⁸ Чл. 148/2 Закон о наслеђивању РС (*Службени гласник РС*, бр. 1/09 – даље: ЗН РС), чл. 128/2 Закон о наслеђивању СР БиХ (*Службени лист СР БиХ*, бр. 7/80 и 15/80 – даље: ЗН СР БиХ).

²⁹ Чл. 36, 108, 114, 203/2, 207/1, 209, 211, 213/1, 285 ПЗ РС; чл. 11, 57, 137, 157, 191/1, 192, 194, 196/1, 264 ПЗ ФБиХ; чл. 26, 53, 120, 122, 139, 171/1, 173, 177/1, 241 ПЗ БД БиХ.

³⁰ Чл. 56, односно чл. 159 и 160 ЗОО.

³¹ Чл. 64/1 ЗН РС, односно чл. 62/1 ЗН СР БиХ.

навршених 15 година и које има општу здравствену способност³², уз сагласност једног од родитеља или законског заступника³³.³⁴ Ентитетска законодавства и законодавство БД БиХ предвиђају случајеве када малољетници имају специјалну пословну способност: остваривање права на слободно родитељство, ако је малољетник способан за расуђивање³⁵; сагласност малољетника старијег од 10 година у случају заснивања непотпуног усвојења³⁶; са навршених 15 година малољетник може самостално дати пристанак на медицински третман/медицинску мјеру под одређеним условима³⁷; признање очинства/материнства са навршених 16 година, ако је малољетник способан да схвати природу и значење такве изјаве³⁸; сагласност са признањем очинства/материнства ако је малољетник старији од 16 година у РС и БД БиХ, односно ако је старији од 14 година и способан је да схвати значење изјаве о признању у ФБиХ³⁹.⁴⁰

2. Правни субјективитет правних лица

Правну способност имају и правна лица. Стичу је на различите начине (по правилу, уписом у судски регистар), зависно од карактера правног лица (привредна друштва, удружења грађана, здравствене установе, државне агенције, културне установе, спортске организације, итд.) и начина његовог оснивања (оснивачким актом - уговором или одлуком, законом или на основу одлуке државног органа). Пословна способност правних лица, у основи, везује се са њихову дјелатност, односно циљ оснивања.

³² Чл. 15/1 Закона о раду ФБиХ (Службене новине ФБиХ, бр. 43/99, 32/00, 29/03).

³³ Чл. 14/1 Закона о раду РС (Службени гласник РС, бр. 55/07 – пречишћени текст), чл. 10/1 Закона о раду БД БиХ (Службени гласник БД БиХ, бр. 19/06, 19/07 и 25/08).

³⁴ У том случају малољетник може управљати и располагати приходима и зарадом које оствари радом (чл. 84 ст. 3 ПЗ РС, чл. 137/3 ПЗ ФБиХ, чл. 120/3 и ПЗ БД БиХ).

³⁵ Чл. 5/1 ПЗ РС.

³⁶ Чл. 145/2 ПЗ РС. У ПЗ ФБиХ и ПЗ БД БиХ се поред узраста од 10 година захтијева да је малољетник способан да схвати значење усвојења (чл. 103/2 ПЗ ФБиХ, чл. 87/2 ПЗ БД БиХ).

³⁷ У законодавствима РС и БД БиХ, ако је ријеч о заразним болестима или болестима овисности или у случају сумње (чл. 25/3 Закона о здравственој заштити РС (*Службени гласник РС*, бр. 106/09) и чл. 31/3 Закона о здравственој заштити БД БиХ (*Службени гласник БД БиХ*, бр. 38/11)); а у законодавству ФБиХ у свим случајевима, осим када су у питању: инвазивне дијагностичке и терапеутске процедуре, оперативни захват и прекид трудноће (чл. 22/5 Закона о правима, обавезама и одговорностима пацијената (*Службене новине ФБиХ*, бр. 40/10)).

³⁸ Чл. 114 и 126 ПЗ РС, чл. 57 ПЗ ФБиХ, чл. 53 ПЗ БД БиХ.

³⁹ Чл. 119/1 и 126 ПЗ РС, чл. 52/3 ПЗ БД БиХ, чл. 60/2 и 63/1 ПЗ ФБиХ.

⁴⁰ Народна скупштина Републике Српске усвојила је у октобру 2011. године Нацрт закона о измјенама и допунама ПЗ РС којим се, између осталог, предвиђа да ће малољетници имати ограничену пословну способност са навршених 14 година (чл. 5), што је случај у законодавствима ФБиХ и БД БиХ (чл. 157/5 и 188/2 ПЗ ФБиХ, чл. 139/5 и 169/2 ПЗ БД БиХ).

Правна и пословна способност привредних друштава у РС и ФБиХ уређују се Законом о привредним друштвима⁴¹, а у БД БиХ Законом о предузећима БД БиХ⁴². Привредно друштво стиче правну способност уписом у судски регистар⁴³. Између осталог, наведеним законима, уређују се: оснивање привредних друштава, управљање друштвима, права и обавезе оснивача, ортака, чланова и акционара, повезивање и реорганизација (статусне промјене и промјене правне форме привредних друштава) и ликвидација привредних друштава. Способност за закључење уговора нормирана је одредбама ЗОО-а⁴⁴, као уосталом и деликтна способност⁴⁵. За одређена привредна друштва, због њихове дјелатности или структуре капитала, вриједи и посебни прописи: Закон о јавним предузећима⁴⁶, Закон о банкама⁴⁷ и Закон о микрокредитним организацијама⁴⁸, Закон о правним лицима које оснива БД БиХ⁴⁹. Поред привредних друштава правни субјективитет имају и удружења грађана и фондације. Оснивање, регистрација, унутрашња организација и престанак рада удружења и фондација уређују се Законом о удружењима и фондацијама⁵⁰. Коначно, правни субјективитет имају и пољопривредне/земљорадничке задруге⁵¹.

У областима образовања, науке, културе, спорта и физичке културе, ученичког и студентског стандарда, здравствене заштите, друштвене бриге о дјечи, социјалне заштите, социјалног осигурања, здравствене заштите живо-

⁴¹ Закон о привредним друштвима РС (*Службени гласник РС*, бр. 127/08, 59/09 и 100/11 – даље: ЗПД РС), Закон о привредним друштвима ФБиХ (*Службене новине ФБиХ*, бр. 23/99, 45/00, 2/02 и 29/03 – даље: ЗПД ФБиХ).

⁴² *Службени гласник БД БиХ*, бр. 11/01, 10/02, 14/02, 1/03, 4/04, 8/03, 19/07 и 34/07.

⁴³ Чл. 8 ЗПД РС, чл. 5 ЗПД ФБиХ, чл. 4/1 Закона о предузећима БД БиХ.

⁴⁴ Чл. 54 ЗОО.

⁴⁵ Чл. 170 - 172 ЗОО.

⁴⁶ Закон о јавним предузећима РС (*Службени гласник РС*, бр. 75/04 и 78/11), Закон о јавним предузећима ФБиХ (*Службене новине ФБиХ*, бр. 8/05), Закон о јавним предузећима БД БиХ (*Службени гласник БД БиХ*, бр. 15/06, 5/07, 19/07, 1/08 и 24/08; Налог Супервизора о измјенама Закона 1/08).

⁴⁷ Закон о банкама РС (*Службени гласник РС*, бр. 44/03, 74/04 и 116/11), Закон о банкама ФБиХ (*Службене новине ФБиХ*, број 39/98, 32/00, 48/01, 27/02, 41/02, 58/02, 13/03, 19/03 и 28/03), Закон о банкама БД БиХ (*Службени гласник БД БиХ*, бр. 5/03 и 19/07).

⁴⁸ Закон о микрокредитним организацијама РС (*Службени гласник РС*, бр. 64/06 и 116/11), Закон о микрокредитним организацијама ФБиХ (*Службене новине ФБиХ*, бр. 20/00).

⁴⁹ *Службени гласник БД БиХ*, бр. 10/02, 19/07 и 2/08.

⁵⁰ Закон о удружењима и фондацијама РС (*Службени гласник РС*, бр. 52/01 и 42/05), Закон о удружењима и фондацијама ФБиХ (*Службене новине ФБиХ*, бр. 45/02), Закон о удружењима и фондацијама БД БиХ (*Службени гласник БД БиХ*, бр. 12/02 и 19/07), Закон о удружењима и фондацијама БиХ (*Службени гласник БиХ*, бр. 32/01, 42/03, 63/08 и 76/11).

⁵¹ Чл. 14/1 Општег закона о задругама БиХ (*Службени гласник БиХ*, бр. 18/03), чл. 11/1 Закона о пољопривредним задругама РС (*Службени гласник РС*, бр. 73/08, 116/09 и 78/11), чл. 2/1 Закона о земљорадничким задругама БД БиХ (*Службени гласник БД БиХ*, бр. 19/02, 19/07 и 2/08).

тиња, здравствене заштите биљака, итд. оснивају се одговарајуће установе, организације или савези – које имају правни субјективитет. На оснивање, организацију, рад и друга питања од значаја за установе, организације или службе у разним областим друштвеног дјеловања и организовања примјењују се: Закон о систему јавних служби⁵², Закон о здравственој заштити⁵³, Закон о спорту⁵⁴, итд. Својство правног лица имају и републички органи управе (министарства, републичке управе), републичке управне организације (агенције, заводи, дирекције) и јединице локалне самоуправе (градови и општине), што је регулисано: Законом о републичкој управи РС⁵⁵ и Законом о локалној самоуправи РС⁵⁶, Законом о федералним министарствима и другим тијелима управе⁵⁷, Законом о принципима локалне самоуправе у Федерацији БиХ⁵⁸. На крају, не и најмање важно, правни субјективитет имају и политичке партије⁵⁹.

3. Кодификација грађанског права

Према расположивим информацијама, у ентитетима односно у БД БиХ није евидентиран став званичних и надлежних институција који би подразумевао идеју, пројекат или стратегију чији је циљ или интегрални дио израда грађанског законика. Ипак, за разлику од званичних институција, у научној и стручној јавности расправљало се потребама и могућностима, односно предностима и недостацима израде и примјене грађанскоправног кодекса. Сљедствено, научна и стручна јавност показују углавном афирмативан став у односу на ово питање и сугеришу да би након проведених законодавних реформи и окончања правно-транзиционог периода овдашњег друштва требало приступити кодификацији грађанског права уз хармонизацију домаћих прописа са *acquis communautaire*.

⁵² *Службени гласник РС*, бр. 68/07.

⁵³ Закон о здравственој заштити РС, Закон о здравственој заштити ФБиХ (*Службене новине ФБиХ*, бр. 46/10), Закон о здравственој заштити БД БиХ.

⁵⁴ Закон о спорту у БиХ (*Службени гласник БиХ*, бр. 27/08), Закон о спорту РС (*Службени гласник РС*, бр.4/02, 66/03 и 73), Закон о спорту у БД БиХ (*Службени гласник БД БиХ*, 14/11).

⁵⁵ *Службени гласник РС*, бр. 118/08, 11/09, 74/10 и 24/12.

⁵⁶ *Службени гласник РС*, бр. 101/04, 118/05.

⁵⁷ *Службене новине ФБиХ*, бр. 19/03, 38/05, 2/06, 61/06.

⁵⁸ *Службене новине ФБиХ*, бр. 49/06.

⁵⁹ Чл. 7/1 Закона о политичким организацијама РС (*Службени гласник РС*, бр. 15/96 и 17/02), чл. 7/1 Закона о политичким организацијама БД БиХ (*Службени гласник БД БиХ*, бр. 12/02, 19/07 и 2/08), чл. 7/1 Закон о политичким организацијама (*Службени лист СРБиХ*, бр. 27/91) који се примјењује у ФБиХ.

III – Стварно право

Као што је већ наглашено, Уставом БиХ предвиђено је да законодавна надлежност у области стварног права припада ентитетима. Исто вриједи и за БД БиХ. Сљедствено, ентитети и БД БиХ донијели су одговарајуће законе чиме је окончана примјена Закона о основним својинско-правним односима⁶⁰.

1. Реформа стварног права

Стварноправно законодавство у РС реформисано је доношењем ЗСП који је ступио на снагу 1.01.2010. године. Овим законом као општим прописом за стварноправне односе уређује се стицање, коришћење, располагање, заштита и престанак права својине (чл. 17 - 138) и других стварних права: заложног права (чл. 139 - 185), права службености (чл. 186 - 263), реалних терета (чл. 264 - 285), права грађења (чл. 286 – 302); односно државине (чл. 303- 323). Правна правила која вриједе за право својине сходно се примјењују на остала стварна права, осим када је посебним прописом друкчије прописано или то произлази из њихове природе⁶¹. ЗСП-ом се, између осталог, утврђује једноврсност права својине без обзира на титулара⁶², успоставља нови концепт етажне својине⁶³, те одређењем појма непокретности промовише начело *superficies solo cedit*⁶⁴. Новине у стварноправном законодавству РС представљају и право грађења⁶⁵, односно уређење реалних терета^{66, 67}.

У БД БиХ примјењује се ЗВ БД БиХ којим се уређује стицање, садржај, заштита и престанак стварних права: права власништва (чл. 16 – 73 и чл. 91 - 112), права грађења (чл. 74 - 90), право залоге (чл. 125 - 137), право службености (чл. 138 – 166), реални терети (чл. 167 - 185); те посјед (чл. 113 - 124). Ова кодификација стварног права, која има готово исте карактеристике као и у

⁶⁰ Службени лист СФРЈ, бр. 6/80 и 36/90 – даље: ЗОСПО.

⁶¹ Чл. 1 ЗСП.

⁶² Чл. 3/2 и 22/1 ЗСП.

⁶³ Чл. 80 - 107 ЗСП.

⁶⁴ Чл. 14/1 ЗСП.

⁶⁵ Чл. 286 – 302 ЗСП.

⁶⁶ Чл. 264 – 285 ЗСП.

⁶⁷ Током пројекта реформе стварноправног законодавства у РС разговарало се о увођењу још једног института – земљишног дуга, о чему су мишљења у научној и стручној јавности била подијељена. Упркос ставу да би законом требало обухватити и земљишни дуг, показало се да је законодавац био ближи супротном становишту. Исти исход, поводом истог института, биљежимо и у стварноправном законодавству БД БиХ.

РС, у ствари открива снажан утицај хрватског, односно аустријског стварноправног законодавства.

Реформа стварног права извршена је и у ФБиХ доношењем ЗВ ФБиХ. Ипак, у ЗВ ФБиХ нису регулисане ствари као објекти стварних права, нити су овим законом обухваћени неки стварноправни институти који су своје мјесто нашли у ЗСП (право грађења, личне службености, етажно власништво, сусједска права)⁶⁸. ЗВ ФБиХ уређују се услови и начин стицања, коришћење заштите и престанак права власништва (чл. 2 - 54) на стварима (покретним и непокретним), стварне службености (чл. 55 - 65), право залога (чл. 66 - 74), те посјед (чл. 75 - 86). У том смислу, може се констатовати да је реформа стварног права у ФБиХ ипак ограниченог домаћаја и да нису постигнути сви очекивани резултати.

2. Евиденција непокретности и стварних права на непокретностима

Када је ријеч земљишнокњижном праву, може се констатовати да су на овом пољу уложени велики напори у правцу провођења значајних реформи у свим законодавствима у БиХ. Тако, у РС је усвојен Закон о премјеру и катастру непокретности (даље: ЗПКН)⁶⁹ којим су ван снаге стављени Закон о земљишним књигама РС⁷⁰, Закон о премјеру и катастру непокретности⁷¹ и Закон о одржавању премјера и катастра земљишта⁷². Овим законом предвиђено је да се у катастар непокретности, за који је надлежна Републичка управа за геодетске и имовинскоправне послове РС⁷³, уписују: право својине, заложно право, стварне службености, полодоуживање, реални терети, право грађења, концесије, право закупа закључено на период не краћи од пет година и облигациона права која се од тренутка уписа могу супротставити трећим лицима.⁷⁴ У ФБиХ примјењује се Закон о земљишним књигама ФБиХ⁷⁵ којим се уређује вођење, одржавање и успостава земљишних књига, као и упис некретнина и права на некретнинама у земљишним књигама у ФБиХ. У БД БиХ Законом о регистру земљишта и права на земљиштима БД БиХ⁷⁶ регулише се садржај

⁶⁸ Ипак, предвиђено је да ће се до доношења одговарајућег закона, у погледу сусједских права, личних службености и реалних терета примјењивати правна правила АБГБ (чл. 94 ЗВ ФБиХ).

⁶⁹ *Службени гласник РС*, бр. 6/12.

⁷⁰ *Службени гласник РС*, бр. 67/03, 46/04, 109/05 и 119/08.

⁷¹ *Службени гласник РС*, бр. 34/06, 110/08 и 15/10.

⁷² *Службени гласник РС*, бр. 19/96 и 15/10.

⁷³ Чл. 5 ЗПКН.

⁷⁴ Чл. 62/2, 90 и 93/1 ЗПКН.

⁷⁵ *Службене новине ФБиХ*, бр. 19/03 и 54/04.

⁷⁶ *Службени гласник БД БиХ*, бр. 11/01, 1/03, 14/03, 19/07 и 2/08.

земљишне књиге, књижни уписи, поступак у земљишнокњижним ствари-ма, катастарски премјер, катастарске територијалне јединице, катастарско класирање и бонитирање земљишта, одржавање премјера земљишта, поступак успоставе, вођења и одржавања Регистра земљишта и права на земљиштима на подручју БД БиХ, док се Законом о упису стварних права на некретнинама у власништву БД БиХ⁷⁷ уређује начин уписа стварних права на некретнинама које су власништво БД БиХ.

3. Остали прописи

Поред горе наведених прописа, у законодавствима ентитета и законодавству БД БиХ примјењују се и други прописи којима се ближе уређују одређена питања из области стварног права и који, сходно томе, имају облике посебних закона. Ријеч је о законима којима се уређују: грађевинско земљиште и грађење (Закон о грађевинском земљишту РС⁷⁸, Закон о уређењу простора и грађењу РС⁷⁹, Закон о грађевинском земљишту ФБиХ⁸⁰, Закон о грађењу ФБиХ⁸¹, Закон о просторном планирању и грађењу БД БиХ⁸², Закон о легализацији бесправно изграђених грађевина БД БиХ⁸³); пољопривредно земљиште (Закон о пољопривредном земљишту РС⁸⁴, Закон о пољопривредном земљишту ФБиХ⁸⁵, Закон о пољопривредном земљишту БД БиХ⁸⁶); експропријација (Закон о експропријацији РС⁸⁷, Закон о експропријацији ФБиХ⁸⁸, Закон о експропријацији некретнина у БД БиХ⁸⁹); поједине ствари (Закон о шумама РС⁹⁰, Закон о водама РС⁹¹, Закон о рударству РС⁹², Закон о рударству ФБиХ⁹³,

⁷⁷ *Службени гласник БД БиХ*, бр. 26/04.

⁷⁸ *Службени гласник РС*, бр. 112/06, Одлука Уставног суда РС У - 16/08.

⁷⁹ *Службени гласник РС*, бр. 55/10.

⁸⁰ *Службене новине ФБиХ*, бр. 25/03 и 67/05.

⁸¹ *Службене новине ФБиХ*, бр. 55/02.

⁸² *Службени гласник БД БиХ*, бр. 29/08.

⁸³ *Службени гласник БД БиХ*, бр. 21/03, 3/04, 29/04 и 19/07.

⁸⁴ *Службени гласник РС*, бр. 93/06, 86/07, 14/10 и 5/12.

⁸⁵ *Службене новине ФБиХ*, бр. 52/09.

⁸⁶ *Службени гласник БД БиХ*, бр. 32/04, 20/06, 19/07 и налог Супервизора - 10/07.

⁸⁷ *Службени гласник РС*, бр. 112/06, 37/07 и 110/08.

⁸⁸ *Службене новине ФБиХ*, бр. 70/07 и 36/10.

⁸⁹ *Службени гласник БД БиХ*, бр. 26/04, 19/07, 2/08 и 19/10.

⁹⁰ *Службени гласник РС*, бр. 75/08.

⁹¹ *Службени гласник РС*, бр. 50/06 и 92/09.

⁹² *Службени гласник РС*, бр. 10/95, 18/95, 10/98, 63/02, 69/02 и 86/03.

⁹³ *Службене новине ФБиХ*, бр. 26/10.

Закон о водама ФБиХ⁹⁴, Закон о шумама ФБиХ⁹⁵, Закон о шумама БД БиХ⁹⁶).

У оквиру правног уређења имовинских односа између супружника⁹⁷, посебним правним правилима регулисана је њихова заједничка имовина (стицање, односно правна квалификација заједничке имовине, управљање и располагање заједничком имовином, те диоба заједничке имовине)⁹⁸, односно брачна стечевина (стицање брачне стечевине, управљање истом и подјела брачне стечевине)⁹⁹, односно брачна тековина (стицање брачне тековине, управљање истом и подјела брачне тековине)¹⁰⁰.

Регулација државне/јавне имовине, чини се, представља прворазредно политичко, па тек онда правно питање.¹⁰¹ Забрану располагања државном имовином наметнуо је 2005. године Високи представник у БиХ (*Office of The High Representative - OHR*)¹⁰², а потом су вршене измјене и допуне којима је важеће привремене забране располагања државном имовином продужавано све док посљедњом новелом није предвиђено да ће иста вриједити до потврђивања прихватљивог и одрживог рјешења расподјеле државне имовине између државе БиХ и других нивоа власти од стране Управног одбора Савјета за имплементацију мира у БиХ (*Peace Implementation Council*). Од привремене забране располагања државном имовином изузета је државна имовина која је предмет закона о приватизацији државног капитала у предузећима¹⁰³, Закон о

⁹⁴ *Службене новине ФБиХ*, бр. 70/06.

⁹⁵ *Службене новине ФБиХ*, бр. 20/02 и 29/03.

⁹⁶ *Службени гласник БД БиХ*, бр. 14/10.

⁹⁷ Одредбе које се примјењују на имовинске односе супружника под одређеним условима вриједи и за имовинске односе ванбрачних партнера. Имовина стечена радом ванбрачних партнера у ванбрачној заједници која је трајала дуже времена сматра се њиховом заједничком имовином, а за диобу исте вриједи правила о диоби заједничке имовине брачних супружника (чл. 284 ПЗ РС). На имовину коју су ванбрачни партнери стекли радом у ванбрачној заједници која је трајала најмање три године или у којој је рођено заједничко дијете примјењују се прописи о брачној стечевини, односно брачној тековини (чл. 263 ПЗ ФБиХ, односно чл. 240 ПЗ БД БиХ).

⁹⁸ Чл. 270 – 277 и 281 ПЗ РС.

⁹⁹ Чл. 251 – 253 и 255 -257 ПЗ ФБиХ.

¹⁰⁰ Чл. 228 – 230 и 232 – 234 ПЗ БД БиХ.

¹⁰¹ Истина, у ЗСП-у и ЗВ БД БиХ посебно се говори о јавној својини односно о својини лица јавног права, али само у смислу њихове једнакости са остали власницима, ако посебним законом није друкчије одређено (чл. 22/1 ЗСП, чл. 15/1 ЗВ БД БиХ).

¹⁰² Закон о привременој забрани располагања државном имовином БиХ (*Службени гласник БиХ*, бр. 18/05, 29/06, 85/06, 32/07, 41/07, 74/07, 99/07 и 58/08), Закон о привременој забрани располагања државном имовином РС (*Службени гласник РС*, бр. 32/05, 32/06, 100/06, 44/07, 86/07, 113/07 и 64/08), Закон о привременој забрани располагања државном имовином ФБиХ (*Службене новине ФБиХ*, бр. 20/05, 17/06, 62/06, 40/07, 70/07, 94/07 и 41/08).

¹⁰³ Оквирни закон о приватизацији предузећа и банака у БиХ (*Службени гласник БиХ*, бр. 14/98 и 14/00), Закон о приватизацији државног капитала у предузећима РС (*Службени гласник РС*, бр. 51/06, 1/07, 53/07, 41/08 и 58/09), Закон о приватизацији предузећа ФБиХ (*Службене новине*

почетном билансу стања у поступку приватизације државног капитала¹⁰⁴ и Закона о приватизацији станова у државном власништву¹⁰⁵. Законодавац у РС је донио Закон о утврђивању и преносу права располагања имовином на јединице локалне самоуправе¹⁰⁶ којим је извршио пренос одређене имовине у државној својини на јединице локалне самоуправе, а с друге стране, настојао је да правно уреди и статус остале државне имовине на територији РС, па је донесен Закон о статусу државне имовине на територији Републике Српске и која је под забраном располагања¹⁰⁷. Народна скупштина РС је, упркос горе наведеној одлуци ОХР-а, усвојила поменути закон сматрајући да је у сагласности са Уставом БиХ. ОХР је налогом од 5.01.2011. године наложио обустављање примјене овог закона, а Уставни суд БиХ је одлучујући у предмету У 1/11¹⁰⁸ утврдио да „РС нема уставну надлежност у регулисању правне материје која је предмет овог закона“.

IV – Облигационо право

На основу чл. 12 Уставног закона за провођење Устава РС¹⁰⁹, у РС се све до доношења нових закона који су у сагласности са Уставом РС примјењују закони и остали прописи примјењивани у СР БиХ уколико нису у супротности са законима које је донијела Народна скупштина РС. На основу цитираног прописа, у РС је ЗОО прихваћен као важећи закон и исти је мијењан и допуњаван у неколико наврата, с тим да није ријеч о промјенама које би се могле квалификовати као реформа облигационог права. Исто тако, темељем чл. IX т. 5 Устава ФБиХ предвиђено је да се у ФБиХ примјењују сви прописи који су у тренутку ступања на снагу овог акта важили уколико нису у супротности са истим и важиће док надлежни органи власти ФБиХ не одлуче друкчије. Према томе, и у ФБиХ је настављена примјена ЗОО-а уз извјесне измјене и допуне које нису

ФБиХ, бр. 27/97, 8/99, 20/00, 32/00, 45/00, 54/00, 61/01, 27/02, 33/02, 28/04, 44/04, 42/06 и 4/09), Закон о приватизацији предузећа у БД БиХ (*Службени гласник БД БиХ*, бр. 2/04, 19/07 и 2/08).

¹⁰⁴ Закон о почетном билансу стања у поступку приватизације државног капитала у предузећима РС (*Службени гласник РС*, бр. 24/98), Закон о почетном билансу стања предузећа и банака ФБиХ (*Службене новине ФБиХ*, бр. 12/98 и 40/99).

¹⁰⁵ Закон о приватизацији станова у државном власништву РС (*Службени гласник РС*, бр. 11/00, 20/00, 18/01, 35/01, 65/01, 47/02, 65/03, 03/04, 17/04, 70/04, 2/05, 67/05, 118/05, 70/06, 38/07, 60/07, 72/07 – пречишћени текст, 59/08 и 58/09), Закон о продаји станова на којима постоји станарско право ФБиХ (*Службене новине ФБиХ*, бр. 27/97, 11/98, 22/99, 27/99, 7/00, 32/01, 56/01, 61/01, 15/02, 54/04).

¹⁰⁶ *Службени гласник РС*, бр. 70/06.

¹⁰⁷ *Службени гласник РС*, бр. 135/10.

¹⁰⁸ Уставни суд је ову одлуку донио на 74. пленарној сједници, одржаној 13.07.2012. године. Одлука до завршетка овог чланка није била објављена у *Службеном гласнику БиХ*.

¹⁰⁹ *Службени гласник Српског народа у БиХ*, бр. 21/92.

већег - реформског значаја. У БД БиХ примјењује се, такође, ЗОО, а на основу ст. 5 Налога којим је прописано да се, за разлику од ентитетских закона, не обуставља примјена оних прописа СР БиХ и СФРЈ који су на дан доношења овог акта били на правној снази на територији БД БиХ. Према томе, реформа облигационоправног законодавства није се догодила нити у БД БиХ.

Половином 2003. године окончан је рад на припреми Нацрта закона о облигационим односима РС/ФБиХ, на којем је радила Радна група именована од стране Министарства правде РС и Министарства правде ФБиХ у сарадњи са тадашњим ГТЗ-ом (данас ГИЗ – *Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit*), а којом је председавао Проф. др Хелмут Рисман (*Prof. Dr. Helmut Rüßmann*). Ипак, након јавне расправе надлежни органи ентитетских власти одлучили су да Нацрт буде повучен из законодавне процедуре. Иста судбина задесила је и Приједлог закона о облигационим односима који је 2010. године повучен из законодавне процедуре, овај пут, у Парламентарној скупштини БиХ¹¹⁰.

1. Однос ЗОО-а и других закона којима се регулише материја облигационог права

ЗОО је за област облигационоправних односа општи закон – *lex generalis*. Нема сумње да се на облигационоправне односе примјењују и други законски прописи којима се уређују поједина питања којима се предвиђају специјална рјешења различита од оних у ЗОО-у, односно посебна правна правила којима се регулишу она питања која нису обухваћена одредбама ЗОО-а. У предњим ситуацијама има мјеста примјени начела *lex specialis derogat legi generali*. Како би дали јаснију слику стања законодавстава у Босни и Херцеговини у наставку текста указујемо на законе који имају одговарајуће домаћаје у пољу облигационог права и у најкраћем износимо шта је предмет њиховог регулисања.

Заштита потрошача регулисана је Законом о заштити потрошача у БиХ¹¹¹ којим се, између осталог, уређују: продаја производа и пружање услуга, гаранција за производ или услугу, уговори закључени изван пословних просторија, продаја на основу уговора на даљину, неправедне одредбе у потрошачким уговорима, итд. У РС је почетком 2012. године ступио на снагу Закон о заштити потрошача у РС¹¹² којим се, између осталог, уређују: основна права потрошача при куповини робе и услуга, заштита безбједности живота и здравља потрошача, обавеза обављања трговачке дјелатности на поштен начин, продаја

¹¹⁰ За разлику од претходне ситуације, у овом случају споран је био и уставни основ за доношење овог закона од стране Парламентарне скупштине БиХ, управо из разлога који су претходно наведени у уводним излагањима.

¹¹¹ *Службени гласник БиХ*, бр. 25/06.

¹¹² *Службени гласник РС*, бр. 6/12.

производа и пружање услуга, декларисање производа, одговорност и гаранција за производ или услугу, непоштена пословна пракса, итд. Међутим, заштита потрошача, макар дјелимично, предмет је и других законских прописа. Тако, Законом о банкама у сва три законодавства у БиХ предвиђена је заштита права и интереса корисника банкарских услуга и других услуга које из њих произлазе. У том смислу, нарочита пажња овом питању посвећена је у посљедњој новели Закона о банкама РС.¹¹³

У области осигурања примјењује се више ентитетских законских прописа: Закон о друштвима за осигурање¹¹⁴ и Закон о друштвима за осигурање у приватном осигурању¹¹⁵ (којима се регулише оснивање, пословање, надзор и престанак рада друштава за осигурање, заштита осигураника, врсте осигурања); Закон о посредовању у осигурању¹¹⁶, Закон о посредовању у приватном осигурању¹¹⁷ (која се уређује посредовање у осигурању, услови за обављање и врсте ових послова – заступништво и брокерски послови у осигурању, те надзор над обављањем послова посредовања у осигурању), Закон о осигурању од одговорности за моторна возила и осталим обавезним осигурањима од одговорности¹¹⁸, Закон о осигурању од одговорности за моторна возила и остале одредбе о обавезном осигурању од одговорности¹¹⁹.

У посљедњих неколико година у ентитетским законодавствима уређен је и лизинг¹²⁰, и то: послови лизинга (финансијског и оперативног), услови за оснивање, пословање и престанак рада даваоца лизинга, права и обавезе субјеката лизинга, престанак уговора о лизингу, регистрација својинских права над предметом лизинга, извјештавање, ревизија и надзор над пословањем даваоца лизинга.

Поред наведених закона, а у смислу регулације материје из ширег обима облигационог права, примјењују се и сљедећи прописи: Закон о концесијама¹²¹, Закон о уговорима о превозу у жељезничком саобраћају Републике Српске¹²²,

¹¹³ Чл. 98а – 98ц Закона о банкама РС.

¹¹⁴ *Службени гласник РС*, бр. 17/05, 1/06, 64/06 и 74/10 – даље: ЗДО.

¹¹⁵ *Службене новине ФБиХ*, бр. 24/05 и 36/10 – даље: ЗДОПО.

¹¹⁶ *Службени гласник РС*, бр. 17/05, 1/06, 106/09 – даље: ЗПО.

¹¹⁷ *Службене новине ФБиХ*, бр. 22/05 – даље: ЗППО.

¹¹⁸ *Службени гласник РС*, бр. 102/09 – пречишћени текст – даље: Закон о обавезном осигурању РС.

¹¹⁹ *Службене новине ФБиХ*, бр. 22/05 – даље: Закон о обавезном осигурању ФБиХ.

¹²⁰ Закон о лизингу РС (*Службени гласник РС*, бр. 70/07 и 116/11 – даље: ЗЛ РС), Закон о лингу ФБиХ (*Службене новине ФБиХ*, бр. 85/08 – ЗЛ ФБиХ).

¹²¹ Закон о концесијама БиХ (*Службени гласник БиХ*, бр. 32/02 и 56/04), Закон о концесијама РС (*Службени гласник РС*, бр. 25/02, 91/06, 92/09), Закон о концесијама ФБиХ (*Службене новине ФБиХ*, бр. 40/02; чл. 29-30), Закон о концесијама БД БиХ (*Службени гласник БД БиХ*, бр. 41/06 и 19/07).

¹²² *Службени гласник РС*, бр. 50/10.

Закон о условима и начину измирења обавеза по основу рачуна старе девизне штедне емисијом обвезница у Републици Српској¹²³, Закону о остваривању права на накнаду материјалне и нематеријалне штете настале у периоду ратних дејстава од 20. маја 1992. до 19. јуна 1996. године¹²⁴; Закон о измирењу обавеза по основу рачуна старе девизне штедне БиХ¹²⁵, Закон о измирењу обавеза по основу рачуна старе девизне штедне емисијом обвезница у БД БиХ¹²⁶.

2. Уговори регулисани посебним законима

Примјена ЗОО-а не искључује могућност да неки уговор или његови поједини елементи буду уређени специјалним правним правилима – законима који у односу на та питања имају карактер *lex specialis*. Ту, ипак, треба правити разлику између уговора који су регулисани ЗОО-ом и истовремено неким посебним законом и оних уговора који нису уређени ЗОО-ом, али су предмет *lex specialis* закона. У наставку текста биће указано на регулативу појединих уговора, с обзиром на њихов значај и учесталост у правном промету.

Измјенама и допунама Закона о банкама РС из 2011. године законодавац је, у намјери да обезбједи квалитетну и ефикасну заштиту права и интереса корисника услуга које банка нуди, између осталог, прописао и обавезне елементе уговора о кредиту, новчаном депозиту, улогу на штедњу, отварању и вођењу рачуна и дозвољеном прекорачењу (врста услуге, услови коришћења услуге, период на који се услуга уговара, висина номиналне каматне стопе, ефективна каматна стопа, метод обрачуна каматне стопе, стопа затезне камате, итд.)¹²⁷, односно поступак закључења уговора и додатне обавезне елементе искуључиво за уговор о кредиту (активности које претходе закључењу уговора о кредиту; сагласности корисника, јемца и трећег лица које обезбјеђује испуњење обавезе корисника; однос уговора о давању јемства, уговора о јемству и уговора о кредиту, одустајање од уговора о кредиту, пријевремено враћање кредита, итд.)¹²⁸. Дакле, иако су уговор о новчаном депозиту и уговор о банкарском текућем рачуну уређени одредбама ЗОО, законодавац се одважио да исте, поред уговора о кредиту и уговора о улогу на штедњу, регулише специјалним правним правилима садржанима у Закону о банкама РС. Будући да је поменути пропис статусне природе – закон којим се уређује оснивање, рад, контрола и престанак рада банака, те контролне и регулаторне надлежности Агенције за банкарство

¹²³ Службени гласник РС, бр. 1/08.

¹²⁴ Службени гласник РС, бр. 103/05, 1/09, 49/09 и 118/09.

¹²⁵ Службени гласник БиХ, бр. 28/06, 76/06 и 72/07.

¹²⁶ Службени гласник БД БиХ, бр. 16/09 и 19/10.

¹²⁷ Чл. 98з Закона о банкама РС.

¹²⁸ Чл. 98л - 98с Закона о банкама РС.

Републике Српске, сматрамо да је на овај начин, остављајући по страни несавршеност бројних појединачних рјешења, извршен неприхватљив уплив у материју облигационоправног законодавства.

Уговор о лизингу у РС је регулисан ЗЛ РС, односно у ФБиХ ЗЛ ФБиХ. Овим законима прописују се врсте лизинга (оперативни и финансијски), форма уговора о лизингу, обавезни елементи садржаја уговора о лизингу, права и обавезе субјеката лизинга, престанак уговора о лизингу¹²⁹. Изричито је предвиђено да се на сва питања која нису уређена овима законима, а тичу се права и обавеза контрехената из уговора о лизингу, имају примјенити одредбе ЗОО-а (нарочито оне које вриједе за закуп, односно продају са оброчним отплатама цијене)¹³⁰.

Уговор о осигурању, у односу на одређена питања, ближе је уређен одредбама: ЗДО¹³¹ и ЗДОПО¹³² - у погледу заштите осигураника, Закона о обавезном осигурању РС¹³³ и Закона о обавезном осигурању ФБиХ¹³⁴ - у односу на питања квалитативног и квантитативног обима покрића код осигурања од одговорности, измирење одштетних захтјева, право регреса од осигураника, остала обавезна осигурања од грађанскоправне одговорности).

Уговор о јавно-приватном партнерству у РС посебно је уређен Законом о јавно-приватном партнерству РС¹³⁵, у БД БиХ Законом о јавно-приватном партнерству БД БиХ¹³⁶, док је ова материја у ФБиХ уређена одговарајућим законима кантона. Овим законима, нарочито Законом о јавно-приватном партнерству РС у којем је уговору о јавно-приватном партнерству посвећена нешто већа пажња, предвиђају се различити облици уговорног модела јавно-приватног партнерства (концесија и приватна финансијска иницијатива), односно уређују се: садржај уговора о јавно-приватном партнерству, заштита јавног партнера, заштита приватног партнера, сагласност за закључење уговора, утврђивање расподјеле основних ризика.

Уговор о концесији (закључење уговора о концесији, трајање, садржај, раскид и престанак уговора о концесији, пренос концесије) предмет је регулисања у Закону о концесијама.¹³⁷

¹²⁹ Чл. 24 - 51 ЗЛ РС, чл. 35 - 57 ЗЛ ФБиХ.

¹³⁰ Чл. 8 ЗЛ РС, чл. 52 ЗЛ ФБиХ.

¹³¹ Чл. 23 и 24 ЗДО.

¹³² Чл. 23 и 24 ЗДОПО.

¹³³ Чл. 7 - 12 и 29 Закона о обавезном осигурању РС.

¹³⁴ Чл. 8 - 13 и 22 Закона о обавезном осигурању ФБиХ.

¹³⁵ *Службени гласник РС*, бр. 59/09 и 63/11; чл. 10, 13 - 19.

¹³⁶ *Службени гласник БД БиХ*, бр. 7/10; чл. 14.

¹³⁷ Чл. 26 - 27 Закона о концесијама БиХ, чл. 28 - 30 Закона о концесијама РС, чл. 29 - 30 Закона о концесијама ФБиХ, чл. 16 - 21 Закона о концесијама БД БиХ.

Законом о ауторском и сродним правима¹³⁸, у оквиру посебног дијела ауторског уговорног права, посебно су регулисани: издавачки уговор¹³⁹, уговор о извођењу¹⁴⁰, уговор о стварању дјела по наруџби¹⁴¹.

На концу, не и најмање важно, напомињемо да регулатива финансијског тржишта (Закон о тржишту хартија од вриједности¹⁴² и Закон о тржишту вриједносних папира¹⁴³), такође, подразумијева посебно уређење више уговора који се закључују у овој области пословања: уговор о управљању портфељом хартија од вриједности¹⁴⁴, уговор о обављању кастоди послова¹⁴⁵, уговор којим се регулишу права и обавезе у обављању дјелатности берзанског посредника¹⁴⁶.

V – Породично право

У области породичног законодавства проведене су реформе како у ентитетима, тако и у БД БиХ. У РС је 2002. године донесен ПЗ РС који је за своју основу имао ПЗ СРБиХ. Ипак, у односу на раније важеће прописе извршене су бројне измјене, односно промовисана нека нова рјешења у области брачног права (укинут је непостојећи брак¹⁴⁷; уведена је привремена забрана тражења развода брака у циљу заштите интереса мајке и дјетета¹⁴⁸; реформисан је поступак мирења¹⁴⁹, додатно су прецизирани критеријуми за правну квалификацију посебне, односно заједничке имовине супружника¹⁵⁰; уведен нови систем дјеловне заједничке имовине – мјешовити систем једнаких удјела¹⁵¹; дозвољава се уговарање брачног имовинског режима¹⁵²; посебно се уређује форма појединих правних послова¹⁵³); у области односа родитеља и дјеце (побољшана је зашти-

¹³⁸ *Службени гласник БиХ*, бр. 63/10 – даље: ЗАП.

¹³⁹ Чл. 85 - 94 ЗАП.

¹⁴⁰ Чл. 95 - 97 ЗАП.

¹⁴¹ Чл. 98 - 99 ЗАП.

¹⁴² *Службени гласник РС*, бр. 92/06, 34/09 и 30/12 – даље: ЗТХВ.

¹⁴³ *Службене новине ФБиХ*, бр. 85/08 – даље: ЗТВП.

¹⁴⁴ Чл. 127 ЗТХВ, чл. 115-118 ЗТВП.

¹⁴⁵ Чл. 128 - 133 ЗХТВ, чл. 123 - 126 ЗТВП.

¹⁴⁶ Чл. 111 - 126 ЗТХВ, чл. 83 - 87 и 108 - 114 ЗТВП.

¹⁴⁷ Чл. 15/1 ПЗ РС.

¹⁴⁸ Чл. 52/2 ПЗ РС.

¹⁴⁹ Чл. 57 – 64 ПЗ РС.

¹⁵⁰ Чл. 270 ПЗ РС.

¹⁵¹ Чл. 272/1 и чл. 273/1 ПЗ РС.

¹⁵² Чл. 271/3 и 4 ПЗ РС.

¹⁵³ Чл. 271/5 и чл. 288 ПЗ РС.

та права и интереса дјетета¹⁵⁴; уведен је, као могућност, пробни смјештај у поступку заснивања усвојења¹⁵⁵; прецизирани су критеријуми за одређивање издржавања¹⁵⁶); као и у области старатељског права (прихваћено је одступање од принципа добровољности старатељске функције¹⁵⁷).

Породично законодавство у ФБиХ реформисано је 2005. године, а у БД БиХ 2007. године. Извршене су значајне промјене у односу на раније важеће прописе, нарочито у брачном праву (надлежност за закључење брака¹⁵⁸ и не-обавезна кумулативна форма брака¹⁵⁹; брачна стечевина уређена је као сувласништво¹⁶⁰; прецизније су одређени критеријуми за правну квалификацију посебне имовине, односно брачне стечевине¹⁶¹; диоба брачне стечевине врши се према чистом систему једнаких удјела¹⁶²; дозвољава се уговарање брачног имовинског режима¹⁶³; уведена је привремена забрана тражења развода брака у циљу заштите интереса мајке и дјетета¹⁶⁴, реформисани су бракоразводни узроци¹⁶⁵; а мирење је замијењено посредовањем¹⁶⁶; редефинисан је појам ванбрачне заједнице којој се признају нека правна дејства¹⁶⁷), али и у области односа родитеља и дјете (у погледу појединих рјешења - признање, утврђивање и оспоравање материнства и очинства¹⁶⁸, односно усвојење¹⁶⁹; затим права дјетета¹⁷⁰, дјелимична пословна способност малољетника¹⁷¹; механизми заштите интереса малољетника као повјериоца издржавања¹⁷²; одузимање роди-

¹⁵⁴ Чл. 94 – 103, 105 и 106 ПЗ РС.

¹⁵⁵ Чл. 166/3 ПЗ РС.

¹⁵⁶ Чл. 259 – 262 ПЗ РС.

¹⁵⁷ Чл. 179/4 ПЗ РС.

¹⁵⁸ Чл. 7/1 и чл. 23 ПЗ ФБиХ, односно чл. 6/1 и чл. 14 ПЗ БД БиХ.

¹⁵⁹ Чл. 29 ПЗ ФБиХ.

¹⁶⁰ Чл. 252/1 ПЗ ФБиХ, односно чл. 229/1 ПЗ БД БиХ.

¹⁶¹ Чл. 251 ПЗ ФБиХ, односно чл. 228 ПЗ БД БиХ.

¹⁶² Чл. 252/1 и чл. 255/2 ПЗ ФБиХ, односно чл. 229/1 и чл. 232/2 ПЗ БД БиХ.

¹⁶³ Чл. 252/1 и 2, чл. 255/1 и чл. 258/1 ПЗ ФБиХ, односно 229/1 и 2, чл. 232/1 и чл. 235/1 ПЗ БД БиХ.

¹⁶⁴ Чл. 43 ПЗ ФБиХ.

¹⁶⁵ Чл. 41 ПЗ ФБиХ, односно чл. 39 ПЗ БД БиХ.

¹⁶⁶ Чл. 45 - 52 ПЗ ФБиХ.

¹⁶⁷ Чл. 3 ПЗ ФБиХ, односно чл. 5 ПЗ БД БиХ.

¹⁶⁸ Чл. 56 – 90 ПЗ ФБиХ, односно чл. 49 – 75 ПЗ БД БиХ.

¹⁶⁹ Чл. 94, 96, 101, 104 ПЗ ФБиХ, односно чл. 79, 81, 86 и 93 ПЗ БД БиХ.

¹⁷⁰ Чл. 124 – 128 ПЗ ФБиХ, односно 107 – 110 ПЗ БД БиХ.

¹⁷¹ Чл. 137 ПЗ ФБиХ.

¹⁷² Чл. 237 – 242 и чл. 249 ПЗ ФБиХ, односно чл. 217 – 219 и чл. 226 ПЗ БД БиХ.

тељског права¹⁷³). Ипак, посебан квалитет и значајна разлика породичноправних прописа у ФБиХ и БД БиХ у односу на реформисано породично законодавство у РС јесте да је у ПЗ ФБиХ и ПЗ БД БиХ инкорпорисано и породично процесно право¹⁷⁴.

VI - Насљедно право

Насљедно право у БиХ није претрпело важније промјене. Наиме, у ФБиХ¹⁷⁵ и у БД БиХ примјењује се ЗН СР БиХ, док се ЗН РС темељи на истом законском пропису садржавајући готово идентична рјешења¹⁷⁶.

VII - Закључак

Сложена уставно-правна структура БиХ и различите интерпретације исте често узрокују питања расподеле законодавних надлежности између државе, ентитета и БД БиХ, а неријетко доводе до оцјене уставности донесених закона. Оваква политичко-правна пракса има значајне импликације и на грађанско право.

Општи дио грађанског права нити у једном од законодавстава у БиХ није уређен на свеобухватан начин, већ се различита питања регулишу бројним законима. С друге стране, темељне реформе проведене су у области стварног права, нарочито у РС и БД БиХ, под примјетним утицајем законских рјешења прихваћених у хрватском, односно аустријском праву. Међутим, упркос проведеним реформама, стварноправна законодавства су у значајној мјери фрагментирана и обилују бројним прописима. У области облигационог права није дошло до значајнијих промјена – до усвајања новог закона којим би били уређени облигациони односи и којим би био замијењен закон наслијеђен из претходне државе, иако је било више таквих покушаја на различитим нивоима власти. Ипак, у анализираним правним системима донесени су бројни закони којима се уређују различита питања и односи из ширег обима облигационог права, укључујући законе којима се на посебан начин уређују поједини уговори.

Уважавајући значај извршених реформи и не умањујући њихову вриједност, фрагментираност грађанскоправног законодавства, бројност и различитост законских прописа из ове области и одсуство њихове потпуне

¹⁷³ Чл. 154 ПЗ ФБиХ, односно чл. 136 ПЗ БД БиХ.

¹⁷⁴ Чл. 268 - 282 ПЗ ФБиХ, односно чл. 245 – 289 ПЗ БД БиХ.

¹⁷⁵ Влада ФБиХ усвојила је Нацрт закона о наслеђивању у априлу 2012. године.

¹⁷⁶ Закон о наслеђивању РС разликује се од свог изворника по томе што не садржи правила којима се уређује поступак у насљедним стварима. Расправљање заоставштине, у законодавству РС, уређено је одредбама Закона о ванпарничном поступку (*Службени гласник РС*, бр. 36/09).

хоризонталне усаглашености представљају неке од разлога који упућују на закључак да би било корисно да се озбиљно преиспитају могућности, потребе и цјелисходност кодификације грађанског права.

Darko Radic, PhD
Assistant Professor, University in Banja Luka
Faculty of Law

DEVELOPMENT OF CIVIL LAW IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

In this paper author makes efforts to present reform processes and development of civil law in Bosnia and Herzegovina. Constitutional regulation in Bosnia and Herzegovina and distribution of jurisdiction between state, entities and Brcko District of Bosnia and Herzegovina contributes to complexity of problem.

General part of civil law is not regulated in a comprehensive way in any of mentioned legal systems, but different matters are regulated by numerous laws. Fundamental reforms have been conducted in field of property law, particularly in Republic of Srpska and Brcko District of Bosnia and Herzegovina, under the influence of croatian legislation. Reform of property law in Federation of Bosnia and Herzegovina has not reached goals as has been expected and it is obviously incomplete.

There has not been adopted a new law of obligation in any of the legal systems which would regulate matters that are subject of the law which has inherited from former state. However, it is appreciably there have been adopted numerous laws in analyzed legal systems which regulate different matters in a broader scope of law of obligation.

Development of civil law in Bosnia and Herzegovina in last two decades has been marked by significant reforms whose overall effects were reduced by fragmentation of civil law legislation, number of laws and discrepancy between them, which is one of reasons for serious consideration the possibility and needs of codification of civil law.

Key words: *civil law, legal subjectivity, property law, law of obligation, contracts, family law, law of inheritance.*

NEKRETNINE KAO OBJEKTI PRAVA

Dr sc. Petar Simonetti*

***Apstrakt:** Nekretnina kao objekt prava je prostorno ograničena površina zemljišta i sve što je sa zemljište trajno spojeno. Nekretnine su objekti međunarodnog prava kao dobro čovječanstva izvan granica državnog suvereniteta i nekretnine kao objekti unutarnjeg prava (unutar državnih granica), a dijele se s jedne strane na opća dobra i javna dobra u općoj uporabi i s druge strane na nekretnine kao objekte imovinskog prava, osobito stvarnih prava. Nekretnine međunarodnog prava prostiru se horizontalno i vertikalno sve do granica utjecaja ljudskih djelovanja dokle se konvencijama međunarodnog prava uređuju odnosi i ponašanja subjekata prava u prostoru. Vertikalnu granicu stvarnih prava na nekretninama srušio je zrakoplov, jer se vlasnici tih dobara nisu suprotstavili prelijetanju preko svojih nekretnina, kao što je granicu objekata općeg i javnog prava u općoj uporabi srušio prvi svemirski satelit (sovjetski Sputnjik), jer se nijedna država nije suprotstavila prelijetanju preko svojega teritorija. Uporedo s tim šire se i horizontalne granice tog golemog prostora sužavajući granice privatnog dobra. Općenito vertikalne granice nekretnina u stvarnom pravu prostiru se u dubinu i visinu dokle dopire zakonom priznati interes vlasnika površine zemljišta da koristi površine zemljišta prema njegovoj namjeni, ali se ove granice sužavaju u općem interesu, proširenjem granica općih dobara i javnih dobara u općoj uporabi.*

***Ključne riječi:** Nekretnine, dobro čovječanstva, opće dobro, vlasništvo, stvarna prava.*

Uvod

Općenito, objekti prava mogu biti sve tjelesne stvari u vlasti čovjeka koje služe čovjeku radi zadovoljavanja nekog njegovog interesa ili potrebe na kojima ili povodom kojih se može uspostaviti neko pravo ili pravni odnos između dvije ili više fizičkih ili pravnih osoba; a u području međunarodnog javnog prava - između dvije ili više država. Uži krug stvari obuhvaća sintagma: *stvari u građanskom pravu*, a njegov užii pojam su stvari kao objekti stvarnog prava. U ovom radu razmatraju se stvari u stvarnom pravu kao objekti stvarnopravnih odnosa, ali se ne zanemaruje širi

* Др сц. Петар Симонетти, умировљени редовни свеучилишни професор из Ријеке.

pojam stvari, uključujući i stvari kao dobra čovječanstva (u međunarodnom pravu), niti se može zanemariti ako se hoće dublje i svestranije sagledati pravo vlasništva i druga stvarna prava njihova svrha i ograničenje u suvremenim pravnim sustavima. Nikada u povijesti svijeta nije postojala takva međuovisnost nositelja prava vlasništva i drugih stvarnih prava, između privatnih i javnopravnih osoba koje upravljaju općim i javnim dobrom u općoj uporabi u unutarnjem i međunarodnom pravu od gradskog trga do dobra čovječanstva na našem planetu i izvan njega u pogledu korištenja i uporabe privatnog i javnog dobra, općeg ili javnog dobra u općoj uporabi.

Sve tjelesne stvari u građanskom (i stvarnom) pravu po svojim osobinama i po svojoj namjeni dijele se na pokretne i nepokretne-nekretnine. Nekretnina u pravu je uži pojam od stvari, a stvar je širi pojam od objekta stvarnog prava.¹ Prava korištenja na objektima stvarnih prava sužavaju se usporedno s razvojem novih tehnologija i međuzavisnosti općih i pojedinačnih interesa. Sve više se sužavaju objekti privatnog prava usporedno sa širenjem granica općih dobara i javnih dobara u unutarnjem javnom pravu i međunarodnom pravu. Šire se područja dobra čovječanstva.

1.1. Općenito o stvarima kao objektima prava

Stvari kao objekti stvarnih prava su tjelesni dijelovi prirode različiti od ljudi, uključujući i prirodne sile, a služe subjektima prava (fizičkim i pravnim osobama) radi zadovoljavanja njihovih materijalnih (ekonomskih) i duhovnih potreba ako po svojim prirodnim osobinama i po zakonu (pravu) mogu biti u vlasti određenog subjekta². Po ZV-u³ prirodne sile su stvari samo „ako su podložne ljudskoj vlasti“ (čl. 2. st. 5.).

Pojam stvari kao objekt stvarnih prava jednako kao i prava na stvari tijekom povijesti se mijenjao⁴. Razvojem znanosti spoznaju se nova svojstva stvari pokret-

¹ O objektu prava s gledišta sintetičke pravne filozofije, Živanović, T., *Sistem sintetičke pravne filozofije*, SANU, Beograd, 1959., §78, str. 408.–430.; a s gledišta građanskog prava, Vuković, M., *Opći dio građanskog prava*, Knj. 2., Školska knjiga, Zagreb 1960., str. 1.–194. Nekretnine kao objekti u međunarodnom pravu, Degan, V. Đ., *Međunarodno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2000. g. str. 555-723.

² O stvarima kao objektima stvarnih prava, Gavella, N., U: Gavella, N., Josipović, T., Gliha, I., Belaj, V. i Stipković, Z., *Stvarno pravo*, Informator, Zagreb 1998., str. 45.–69.; Stanković, O., *Stvar*, u: *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, NIU Sl. list SFRJ, Beograd, 1978., T. 3., str. 170.–182.; Krneta, S., *Posjed*, u: *Enciklopedija...*, T. 2., str. 1023.–1025.; Maurović, I., *Nacrtno predavanje o općem privatnom pravu*, Kugli, Zagreb, 1919., str. 54.–70.; Marković, L., *Gradansko pravo*. Opšti deo i stvarno pravo, Beograd, 1927., str. 164.–190.; Trabucchi, A., *Instituzioni di diritto civile*, Trentesima settima ed., CEDAM, Padova, 1997., str. 396.–411.; Messineo, F., *Diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1957., Vol. 1., str. 380. - 382.

³ *Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima*, NN 91/96., 68/98., 137/99., 22/00., 73/00., 114/01., 79/06., 141/06., 141/08., 38/09., 153/09.

⁴ Horvat, M., *Rimsko pravo*, I; Školska knjiga, Zagreb, 1956., Arangio, Ruiz, V., *Instituzioni di diritto romano*, Jovene, Napoli, 1934. Windcheid, B., *Diritto delle pandette*, UTET, Torino 1930., str. 1.–330.; Egersdorfer, A., *O pandektama*. Opći dio i stvarna prava, Zagreb, 1928., str. 170. – 190; i osobito u suvremenoj literaturi Paolo Grossi; u opsežnoj monografiji *Il dominio e le cose*, Giuffrè, Milano, 1990.

nih i nepokretnih - nekretnina i nove mogućnosti njihova iskorištavanja, a s tehnološkim napretkom na nekretninama se obavljaju sve raznovrsnije i sve složenije ljudske djelatnosti pomoću najsuvremenije nanotehnologije. Tehnički (tehnološki) razvoj obilježen je nizom otkrića od prapočetaka civilizacije do suvremenog globalnog društva, informatičke civilizacije, od izrade kamenog oruđa i uporabe vatre do suvremene tehnološke revolucije koja se nastavlja, nanotehnologije i dalje. Tako je ljudski genij prometejskom snagom gotovo neprekidno širio granice kruga stvari u vlasti čovjeka, otkrivao i mijenjao njihova korisna svojstva kako bi se u naše vrijeme došlo do spoznaje da je njihov obujam vrlo ograničen i da se njihova svojstva ne mogu prisvajati preko granice koju je odredila priroda, jer će se inače poremetiti krhke sile ravnoteže elemenata u prirodi, na našem planetu, u čitavoj ekosferi, osobito u biosferi,⁵ i tako ugroziti život u jedinoj ljudskoj postojbini.⁶ Suvremeni Demiurg može oblikovati novi svijet samo unutar granica koje su odredili priroda i društveni odnosi koji se uspostavljaju razvojem proizvodnih snaga neovisno od ljudske volje.

Netjelesni entitet (kao npr. pravo građenja)⁷ može se silom zakona izjednačiti s tjelesnim stvarima

Naprijed je rečeno da se sve tjelesne stvari dijele u dvije velike skupine, odnosno pravne kategorije: pokretne i nepokretne stvari – nekretnine. Pokretne su one stvari koje se mogu prostorno premještati bez oštećenja njihove biti. Obrnuto, nepokretne stvari se ne mogu premještati s jednog na drugo mjesto bez oštećenja njihovih esencijalnih struktura. Nepokretna stvar je zemljište i sve što je sa zemljištem trajno spojeno po prirodnoj kauzalnosti ili ljudskim djelovanjem. I pokretna stvar se smatra nepokretnom ako je pripadnost nekretnine (pripadak, pertinencija).

Kada je neka vrsta prava „ili bilo što drugo“ izjednačeno sa stvarima, to se ubraja u pokretne stvari, „a u nekretnine samo ako je spojeno s vlasništvom nepokretne stvari ili je njihov teret ili je zakonom proglašeno nekretninom“ (čl. 2. st. 6. ZV-a). Sve te pretpostavke ispunjava pravo građenja kao nekretnina u pravnom pogledu (čl. 280. ZV-a).

⁵ Na ovo je ukazala prije četrdeset godina Deklaracija o ljudskom okolišu Ujedinjenih naroda (Stockholm, 5-6 lipnja, 1972) i Poruka iz Mentona tiskana u: Supek, R., Ova jedina zemlja, Naprijed, Zagreb, 1973., str.251-256 ; Vernadski, V., Biosfera (preveo s francuskog Siniša Stanković), Kultura, Beograd, 1960.

⁶ U moderno doba počevši od 1771. i 1796. razvila se „znanost o domaćinstvu prirode, o međusobnim odnosima i utjecajima žive i nežive prirode, o međusobnim ovisnostima živih bića i njihove životne sredine“ - ekologija (Glavač, V., Uvod u globalnu ekologiju, izd. Državna uprava za zaštitu prirode i okoliša i Hrvatske šume, javno poduzeće za gospodarenje šumama i šumskim zemljištem, Zagreb, 1999., str. 16. – 23.). Na ovu znanost koja otkriva i objašnjava štetna djelovanja čovjeka na prirodu, čitavu ekosferu, posebno na biosferu, nadovezali su se različiti ekološki pokreti u čitavom svijetu protiv neograničene eksploatacije našeg planeta – za očuvanje života na Zemlji i povoljnih životnih uvjeta.

⁷ Rimski superficies se također oblikovao kao stvar koja uživa interdiktnu i utilitarnu zaštitu (*actiones utilis in rem*), Simonetti, P., Rimski superficies i pravne ustanove koje prethode hrvatskome pravu građenja, u: Rasprave iz stvarnog prava, izd. Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2001., str. 210. – 213. i tamo citirana gledišta suvremenih romanista. Iako rimski pravници nisu izgradili pojam stvarnog prava, a nisu ni mogli jer nisu poznavali ni pojam subjektivnog prava u današnjem značenju, rimsko pravo poznaje stvarna prava na tuđoj stvari (*iura in re aliena*), Krneta, S., Stvarno pravo, U: Enciklopedija..., T.3., str. 183.

Općenito se smatra da su nekretnine, kao objekti prava, dijelovi zemljišta horizontalno i vertikalno omeđeni i sve ono što je sa zemljištem trajno spojeno – prirodno ili umjetno, na površini ili ispod nje. Prirodno spajanje sa zemljištem posljedica je uzročnosti; umjetno spajanje posljedica je (po pravilu) svrhovite ljudske djelatnosti (npr. sijanje, sađenje, građenje i ugrađivanje). Izvan vertikalnih granica zemljišta, u dubinu i visinu, gdje prestaje opravdani interes vlasnika zemljišta da brani tuđe zahvate, prostire se opće dobro. Opće i javno dobro u općoj uporabi i na površini zemljišta ograničava djelove zemljišta koji mogu biti objekti stvarnih prava. Korištenje općeg i javnog dobra u općoj uporabi uređuje država u granicama svoga suvereniteta, a izvan tih granica korištenja općeg dobra uređuje međunarodno pravo. Ljudski prodori u nama bliže dijelove svemira prelaze i granice općeg dobra uređenog međunarodnim pravom, pa se s novim otkrićima i osvajanjima područje koje uređuje međunarodno pravo stalno proširuje.

U tome prostoru razvojem znanosti i tehnologije spoznaju se nova svojstva nekretnina i nove mogućnosti njihova iskorištavanja, a s tehnološkim napretkom obavljaju se sve raznovrsnije ljudske djelatnosti. Na zemljištu ili ispod njegove površine je sve što je čovjek izgradio, a nije razoreno ljudskim radnjama ili djelovanjem prirodnih sila ili uzajamnim djelovanjem čovjeka i prirode. Nekretnine su i ostaci tih razaranja koji svjedoče o djelima (dostignućima) ranijih pokoljenja i o minulim civilizacijama širom naše planete od dalekih otoka u Tihom oceanu (Polinezija, Mikronezija itd.) do središta velikih civilizacija na svim kontinentima.

2. Općenito o nekretninama kao objektima javnog nacionalnog i međunarodnog prava

U širem smislu nekretnine u pravu su i dijelovi rijeka, jezera i mora, kao i riječnog korita, dna jezera i podmorja, ili ispod dna, ako se na temelju nekog pravnog ovlaštenja, (npr. koncesije) mogu eksploatirati radi zadovoljavanja gospodarskih i drugih potreba subjekata prava.⁸

Pojam objekta javnog prava širi je od pojma objekta prava u građanskom pravu: obuhvaća sve kopnene prostore koji se nalaze u državnim granicama, otoke, rijeke i jezera. Granice obalne države obuhvaćaju pored toga njezine unutarnje morske vode, arhipelaške vode (oceanskih arhipelaških država) i njeno teritorijalno more⁹, gospodarski i epikontinentalni pojas u kome država ostvaruje svoja prava radi njegova istraživanja i radi iskorištavanja prirodnih bogatstava na morskom dnu i morskom podzemlju (žive i nežive prirode)¹⁰. Državno područje proteže se u širinu i visinu do granica određenih međunarodnim pravom, međunarodnim konvencijama, izvan ko-

⁸ O koncesijama radi iskorištavanja kopnenog dijela pomorskog dobra, priobalja, površine mora, podmorja, morskog dna i morskog podzemlja, Vidi knjigu Seršić, V., Koncesije na pomorskom dobru, Novi Informator, Zagreb, 2011., str.127-140.

⁹ Vidi Gospodarski i epikontinentalni pojas RH (čl. 18. – 45. Pomorskog zakonika, NN 181/04.).

¹⁰ Vidi Gospodarski i epikontinentalni pojas, kod Degan, V.Đ., Međunarodno pravo mora, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2002., str. 55-74.

jih se nalazi eksteritorijalno područje¹¹, ali se suverenost države očituje različito na kopnenom, vodenom i zračnom prostoru.¹² U najnovije vrijeme, s pobijanjem ruske zastave na dno Arktičkog mora preko 4000 metara ispod gornje površine ledenog pokrivača, kao navedeni produžetak podmorskog grebena s ruskog kopna započela je žestoka trka za bogatim nalazištima nafte na Arktiku¹³, jer je nafta u industrijskoj i postindustrijskoj civilizaciji sila koja pokreće „sve stvari“ na Globusu¹⁴, Australija proglašava najveći Morski park na svijetu (milijun četvornih kilometara) u Koralnju moru, gdje su se vodile najveće pomorske bitke između Japana i SAD-a u 1942.¹⁵

Zemljište, rijeke, jezera i teritorijalno more u granicama obalne države (državnog teritorija) jesu objekti njenog suvereniteta i unutarnjeg prava. Dijelovi te cjeline su objekti javnog i privatnog prava. Na neke od njih djeluje isključivo javno pravo i na njima nitko ne može imati pravo vlasništva niti bilo koje drugo stvarno pravo. To su opća dobra. Na drugima pretežno djeluje javno pravo i na njih po pravilu nitko ne može imati pravo vlasništva ili drugo stvarno pravo, ali se na njima iznimno kada to izričito dopušta ili određuje zakon mogu osnivati stvarne služnosti. To su javna dobra u općoj uporabi.¹⁶ Jedna i druga dobra mogu biti predmet koncesije tj. radi gospodarskog ili drugog iskorištavanja (ili za druge namjene) ako se to ne protivi njihovoj namjeni ili zakonskoj odredbi.¹⁷ U granicama koncesije koncesionar ima

¹¹ Tradicionalno međunarodno pravo mora smatralo je morsko dno i podzemlje van granica državne suverenosti dijelom otvorenog mora. Zamisao i morskom i oceanskom dnu kao zajedničkom dobru čovječanstva, iznijeta je krajem devetnaestog vijeka kao *opinio iuris doctorum* (A. de Lapradelle, *Le droit de l'Etat sur la mer territoriale*, *Revue générale de droit international public*, 1898., p. 321.), a pravno je uobličena tek usvajanjem Konvencije Ujedinjenih naroda o pravu mora 1982. godine. (Citirano prema Radivojević, Z., *Dno mora i okeana kao zajedničko dobro čovječanstva*, *Pravni život*, god. XLVI., br. 12., 1997., str. 567.).

¹² Degan, V. Đ., *Međunarodno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta, Rijeka 2000., str. 555./556. (šire 588. – 717.); Andrassy, J., *Međunarodno pravo*, Školska knjiga, Zagreb 1954., str. 75. - 100.

¹³ Ovo se odrazilo u reakcijama više država na ruski postupak među kojima su bile najglasnije Danska i Kanada. Pozivajući se na međunarodno pravo ove države, kao i SAD i Norveška, ističu pravo na gospodarsku zonu na Arktiku sjeverno od svojih obala.

¹⁴ Dekanić, I., *Nafta- blagoslov ili prokletstvo*, Zagreb, 2007.

¹⁵ Javlja HINA, Reuters, KS-prenosi Novi list, 26. studenog 2011.

¹⁶ Ne razlikovanje općeg i javnog dobra izaziva nepremostive kontroverze u znanosti i praksi (Sambrailo, B., *Javno dobro u teoriji i praksi*, *Mjesečnik*, god. LXIX., br. 6, 7 i 8, 1943.). O javnim dobrima s gledišta javnog prava, Jelčić, B., *Javne financije*, RRiF, Zagreb, 2001., str. 371. – 390. Šire o javnom dobru u okviru općenarodne imovine / društvenog vlasništva, Krbek, I., *Upravno pravo FNRJ*, III. knjiga, *Savremena administracija*, Beograd, 1958. - *Upravno pravo s obzirom na stvari (dobra)*, str. 5. – 82.

¹⁷ Grabovac, I., *Koncesija (odobrenje) za istraživanje i iskorištavanje mineralnih sirovina, poglavito nafte i plina na morskom dnu i morskom podzemlju Republike Hrvatske, te temelj odgovornosti za štetu od takvih radova*, U: „*Pomorsko dobro*“, *Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci*, Rijeka, 1996., str. 53. – 64; Pound, R., *Jurisprudencija*, Knj. 3., (preveo Đurica Krstić), NIU Sl. list SRJ, Beograd – CID Podgorica 2000., str. 77.–82.; Krbek, I., *Upravno pravo s obzirom na stvari (dobra)*, *Savremena administracija*, Beograd, 1958., str. 5.–82.

pravo prisvajati prirodna svojstva objekta koncesije. To je pravo uređeno ugovorima u granicama kogentnih normi međunarodnog prava.

Ono što je pravnim subjektima služilo, a i danas služi, zadovoljenju njihovih potreba i interesa, to su tjelesni dijelovi prirode, vanjske sfere čovjeka, prirodna dobra koja čovjek prisvaja ili je prisvojio od prirode i ono što je stvorio preradom dijelova prirode kao i uporabom različitih energija koje prisvaja da bi ih mogao koristiti za različite namjene, u proizvodnji, graditeljstvu, prometu i drugim djelatnostima koje se (energije) u pravu izjednačuju sa stvarima. Dakle, sve što služi čovjeku radi zadovoljavanja njegovih fizioloških i duhovnih potreba i gospodarskih interesa, a nalazi se u dohvatu njegove djelatnosti, u širem smislu, dijelovi žive i nežive prirode, i sve ljudske tvorevine su objekti prava vlasništva i drugih stvarnih prava, pripadaju fizičkim i pravnim osobama¹⁸ kao njihovo privatno vlasništvo, ako nisu opća dobra ili javna dobra u općoj uporabi. Pravo vlasništva na sredstvima za proizvodnju pretvara se u pravo vlasništva kapitala u trgovačkom društvu. Skovana je znakovita krilatica, *svaka stvar traži svoga gospodara*, koja danas odražava neobuzdanu težnju kapitala da prisvoji sve dostupne dijelove prirode¹⁹. Kapital prisvaja čak i dobro čovječanstva u međunarodnoj morskoj zoni (morsko dno izvan granica teritorijalnog mora i epikontinentalnih pojaseva priobalnih zemalja)²⁰, kao i prostor i nepokretna dobra izvan granica državnog suvereniteta na kopnu, moru, podzemlju, podmorju, morskom dnu i morskom podzemlju i širokim prostranstvima izvan našeg planeta, sve do najbližih dijelova svemira dokle dopiru učinci ljudske djelatnosti koji na razne načine omogućavaju prisvajanje prirode i šire ljudske „vlasti“ nad prirodom. Tako se, na primjer, u orbiti Zemlje gradi „galaktičko odmaralište“²¹. Danas se u Zemljinoj orbiti organiziraju komercijalna putovanja. Prema optimističkim predviđanjima, za pedeset do sto godina očekuju se prve kolonije ljudi sa zemlje na Mjesecu i Marsu. Znanstvena saznanja o svemiru koriste se za različite svrhe i na Zemlji.

Iako su nama, pogotovo europskim pravnicima, smiješna privatna raspolaganja dijelovima Mjeseca, to nije strano onima koji su se obrazovali u kulturi prisvajanja golemih površina zemljišta potiskujući starosjedilačko stanovništvo u rezervate. Samo nekoliko elemenata prirode bitnih za život čovjeka i sve žive prirode (flore i faune), danas postoji u relativno neizmjenjnim količinama koji, kao prirodne cjeline, ne ulaze u sferu vlasništva kao isključivog prava određenog kolektiva ili pojedinca kako zbog svoje relativne neograničenosti, tako i zbog toga što po prirodnom pravu pripadaju svima. Atmosferski zrak, sunčeva svjetlost i prirodna toplinska energija,

¹⁸ Uključujući i državu, njene entitete, jedinice lokalne samouprave, kao pravne osobe javnog prava.

¹⁹ Radbruch kaže: „Najstarija i još uvek najrasprostranjenija učenja o svojini jesu teorija okupacije i teorija specifikacije“ (Radbruch, G., *Filozofija prava*, prijevod Guteša, D.), NOLIT, Beograd, 1980., str.172.; vidi Hegel, G., V.F., *Pravni i politički spisi* (prevela Olga Kostrešević), NOLIT Beograd, 1981. Prirodno pravo i državno pravo prema predavanju profesora Hegela u zimskom semestru 1818./1819. Od G. Homajera, *Posed i svojina*, §§21.-37., str. 230.-237.

²⁰ Degan, Đ., *Međunarodno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2000., str. 703.-706.

²¹ Očekuje se otvaranje 2012., a trodnevni boravak će stajati 3 000 000 eura (HINA), prenosi *Novi list*, od 3. studenog 2009., str. 72.

vode u morima u oceanima, kontinent Antarktika i dio Arktika, pusti otoci u oceanima i eksteritorijalno more, morsko dno, nisu objekti privatnog vlasništva iako se njihovi dijelovi zahvaljujući suvremenim tehnologijama i tehnološkim dostignućima sve više gospodarski prisvajaju na osnovi koncesija ili bez zakonskih ovlaštenja zahvaljujući tehnološkim dostignućima i neobuzdanoj težnji kapitala da se reproducira i oplođuje. Zato su i ti dijelovi prirode ugroženi uslijed velikog utjecaja čovjeka, suvremene tehnologije na prirodu s nedoglednim posljedicama za opstanak čovječanstva, pa se i oni, kao opća dobra koja pripadaju sadašnjim i budućim generacijama, moraju zaštititi od prekomjernih štetnih utjecaja koji su posljedica ljudskih djelatnosti. Kako je već navedeno, na opća dobra nitko nema pravo vlasništva niti bi ga mogao imati, tj. prava individualnog ili kolektivnog raspolaganja, prisvajanja i isključivanja ne vlasnika; ona pripadaju svima, jer bez zraka, vode, sunčeve energije, svjetla i topline ne može opstati nijedno živo biće. Isključivo pravo vlasništva na te elemente (entitete) lišavalo bi ne vlasnike njihovog prirodnog prava na život. Ljudski život nije djelo čovjeka, pa ga ljudi, a ni njihove zajednice, države, po prirodnom pravu ne smiju oduzimati, ni ugrožavati, ni sadašnjim naraštajima ni potomstvu. Nijedna generacija ne smije lišiti svoje potomstvo prava na uvjete života. Moralna je obveza čovjeka oplemenjivati i oslobađati npr. zemljište od vodenog pokrivača, močvare odvodnjavati, a pustinje navodnjavati pretvarajući ih u plodna polja, ali čovjek ne može stvarati zemljište. Vode na zemlji uvjetovane su prirodnim zakonitostima, koje ljudske djelatnosti mogu poremetiti, a ima sve više dokaza da su ljudskim djelovanjem već poremećene (klimatskim promjenama) s pogubnim posljedicama za široke regije (šire se područja pustinja). Moralna obveza čovjeka i da štiti ekosferu u cjelini i u svakom njenom dijelu. Uslijed štetnih utjecaja izazvanih ljudskim djelatnostima kida se ozonski omotač s visokim stupnjem neizvjesnosti za čitavo čovječanstvo, pa čak i za opstanak ljudskog roda u doglednoj budućnosti.²²

²² Na ovo upozoravaju znanstvena literatura, ekološki pokreti i masovni mediji uključujući i bezbroj video zapisa. U zadnje vrijeme i dokumentarac „Neugodna istina“ (An Inconvenient Truth) Davisa Guggenhemera koji prikazuje borbu Al Gorea, bivšeg potpredsjednika SAD-a, za zaštitu planeta Zemlje, a nakon dobivanja Oscara (Cannes, 2006.) prikazuje se u čitavom svijetu. Truth www.climaterisis.net Al Gore je dobitnik Nobelove nagrade za mir (2007.) zajedno s Međuvladinim panelom o klimatskim promjenama Ujedinjenih naroda (Intergovernmental Panel on Climate Change), jedan izražen pokret borbe za planetarnu ekološku zaštitu. Ovaj pokret, međutim, kao i mnogi drugi pokreti za zaštitu planete, promoviraju ideje održivog razvoja. Njihova nastojanja se završavaju „na rubu provalije“, jer se ne žele ili ne mogu suočiti s fundamentalnim pitanjem prirode kapitala (kapital odnosa) koji se može održati samo u ekspanziji, trošenju naše planete, a to znači da kapital određuje granice održivog razvoja. Zakonodavci i izvršne vlasti ovise više od kapitala nego od autentičnog javnog mijenja koje ne postoji, jer takvi alternativni pokreti ga ne mogu ni oblikovati ni izraziti. Stoga su ograničene mogućnosti ekološkog oporezivanja kapitala radi „optimalne upotrebe životne sredine“ (Ilić – Popov, G., Ekološki porezi – pravna pitanja, Pravni život, god. IL., tematski broj 10, 2000. – Kultura prava i snaga zakona, II. Tom, str. 267 – 277.; ista, Ekološko oporezivanje – izazov ili potreba, Pravni život, god. LIV., tematski broj 10, 2007. – Pravo i sloboda, II. Tom); Lončarić – Horvat, O., Poduzeće i ekološka davanja, U: Oporezivanje dobiti poduzeća, Institut za javne financije, Zagreb, 1990.; ista, Osnove prava okoliša (urednik Lončarić – Horvat, O.), Organizator, Zagreb, 1998.; Jelčić, B., op. cit., Ekološki („zeleni“) porezi. Prednosti i nedostaci primjene poreza i alternativnih mjera za zaštitu okoliša. Nadnacionalni ekološki porezi (str. 404. – 421.)

Nekretnine, svi prirodni dijelovi zemljišta i oni koji su pridodani zemljištu ljudskim radom, prisvajanjem morskog dna (npr. dugogodišnje isušivanje golemih površina, odvodnjavanje goleme površine zemljišta u Nizozemskoj), dijelovi zemaljskog globusa, uključujući čitavu hidrosferu i zračni omotač, mjesto su nastanka i razvitka čovjeka i ljudskih zajednica: svih živih bića. Mjesto na kome se čovjek rađa i umire, na kome, unutar određene društvene zajednice, zadovoljava sve svoje pojedinačne, zajedničke i društvene potrebe; mjesto nastanka i raspada svima nama poznatih civilizacija; jedino mjesto ljudskog postojanja, jer čovjek, unatoč tehnološkom prodoru u rubove svemira, nema druge postojbine osim ove jedine Zemlje.²³ Bez obzira ima li mjesta na drugim nebeskim tijelima izvan zemljine biosfere za živa bića koja su možda nadvisila duhovne snage čovjeka i njegova svekolika dostignuća, jer potencijali naše biosfere, tehnološka i znanstvena dostignuća, koja ne mogu prekoračiti granice prirodne ravnoteže u ekosferi, a da ne ugroze opstanak života na Zemlji, ne daju osnovu za druge mogućnosti, za druge postojbine čovječanstva.

Stoga su nekretnine, svi dijelovi zemljišta, prirodni i umjetni (sve što je čovjek stvorio i izgradio na površini, iznad ili ispod površine zemlje), veliko i nezamjenjivo bogatstvo naslijeđeno od predaka i manjim dijelom stečeno od sadašnjih pokoljenja. Zemljište kao cjelina ili kao dio (dijelovi) te cjeline, sve što zemlja rađa, prirodna bogatstva, posebno vode i zračni omotač, uvjet su opstanka čovjeka i čovječanstva, pa se moraju, po prirodnom pravu, oplemenjeni ili bar ne bitno oštećeni ostaviti budućim naraštajima. Kao što je pravo na život prirodno pravo svakog čovjeka neovisno od pozitivnopravnog sustava, takvo je prirodno pravo svakog čovjeka, svih ljudi, sadašnjih i budućih pokoljenja na uvjete života.²⁴ Do jučer samo prirodna prava s ograničenim utjecajem na pozitivno pravo, danas su ta prava uglavnom zajamčena međunarodnim pravnim normama i suvremenim ustavima demokratskih zemalja.²⁵ Unatoč toga, buja ekonomija profita, grabeža žive i nežive prirode na planetu Zemlji, radi umnožavanja kapitala, jer je najveća društvena sila našega doba – kapital, a ne demokratski izabrane institucije koje ispunjavaju volju birača, nego institucije koje ispunjavaju interese kapitala. Kapital može opstati samo ako se umnožava, a može se umnožavati samo ako osvaja prirodu i podčinjava čovjeka pretvarajući ga u svoje sredstvo, u suvremenog roba koji proizvodi i troši²⁶. Zahvaljujući do sada

²³ Na što se upozorava zadnjih četrdesetak godina. Supek, R., *Ova jedina Zemlja*, Naprijed, Zagreb, 1973.; Grul, H., *Jedna planeta je opljačkana* (prijevod na srpski), Prosveta, Beograd, 1985; Roca, Z., *Demografski ekonomski slom*, August Cesarec, Zagreb, 1987.

²⁴ Na ovo već preko sto godina upozorava katolički socijalni nauk od enciklike *Rerum novarum* Lava XIII. od 15. svibnja 1891. do enciklike *Socijalna skrb* Ivana Pavla II. od 30. studenog 1987. (Sto godina katoličkog socijalnog nauka, Kršćanska sadašnjost, Zagreb, 1991.)

²⁵ Skok, D., *Ljudska prava. Osnovni međunarodni dokumenti*, Školske novine, 1991.; *Temelji moderne demokracije. Izbor deklaracija i povelja o ljudskim pravima (1215. – 1989.)*, IRO Nova knjiga, Beograd, 1989.; Buergethal, T., *Međunarodna ljudska prava* (preveo Miomir Matulović), Helsinški odbor za ljudska prava, Zagreb i Constitutional and Legislative Policy Institute, Budapest, Zagreb, 1997.

²⁶ „Tržište ima jedan i samo jedan motiv – stvaranje profita. Zato ono nema interes niti mogućnost bavljenja društvenim problemima“ (Drucker, P., *Upravljanje u budućem društvu*, (prijevod s engleskog Mira Armour), M.E.P. Consult, Zagreb, 2006.). Drucker je jedan od najvećih pobornika suvremenog

nezamislivom nizu tehnoloških otkrića i njihovih promjena, ubrzava se kružni tok kapitala (proizvodnje, razmjene i potrošnje).²⁷ Ubrzava se pod cijenu ugrožavanja kružnog toka prirodne razmjene materije jer skraćujući ove cikluse povećava konkurentsku sposobnost. Proizvodnja, razmjena i potrošnja omogućavaju oplodivanje kapitala, stvaranje profita do granica održivog razvoja koje su u praksi pod pritiskom kapitala vrlo rastezljive, ali se prirodne granice koje su u stvarnosti vrlo određene ne mogu prekoračiti bez pogubnih posljedica za sadašnja i buduća pokoljenja. Ekonomija koju pokreće isključivo zakon profita koja vodi „rat“ protiv prirode i protiv autentičnih interesa čovjeka, posredno ili neposredno, nema budućnosti. Takva ekonomija ugrožava opstanak čitavog čovječanstva, pa i biološki opstanak čovjeka i drugih živih bića na Zemlji.²⁸ Sve koncepcije održivog razvoja imaju u vidu kontradikciju koja je posljedica neograničenog razvoja: prisvajanja profita zahvaljujući tehnološkom napretku s jedne strane i s druge, ograničenosti prirodnih izvora u biosferi i krhke ravnoteže prirodnih sila u tom po čovjekovoj mjeri golemom prostoru.²⁹ Svi dosadašnji pokušaji ograničavanja izrabljivanja prirode i očuvanja eko sustava u granicama održivog razvoja na međunarodnom planu nailaze na velike nesavladive otpore protagonista razvoja bez granica.³⁰ Visoko razvijena gospodarstva žele održati svoj primat, a one u razvoju ih žele dostignuti i prestignuti. Zato se, npr. ograničavanju štetnih emisija koje utječu na klimatske promjene jednako protive i SAD i Kina.³¹ Stoga ljudsko pravo na život u dostojanstvu ostaje puka deklaracija.

liberalnog kapitalizma, otac menadžmenta“, koji je mnogo prije kraja svoga stogodišnjeg životnog vijeka došao do ove spoznaje, vidjevši izlaz u institucijama civilnog društva (str. 113). Rođen 1909., umro 2005., vjerujući u „novu ekonomiju“ za vrijeme Velike ekonomske krize (1929.) uključio se u znanstvena istraživanja u kojima je ostavio dubok trag zadnjih sedamdeset godina u svom bogatom životnom opusu oplodnom iskustvima o životnim uvjetima siromašnih i bogatih slojeva stanovništva na golemim prostranstvima naše planete.

27

²⁸ Kitanović, B., *Planeta i civilizacija u opasnosti*, IRO, Privredna štampa, Beograd, 1979.; s prirodno-znanstvenog gledišta, produbljeno znanstvenom djelu, Glavač, op. cit., *Planeta zemlja kao ekosustav. Ekosfera i čovjek. Utjecaj čovjeka na atmosferu, globalnu klimu. Utjecaj čovjeka na pedosferu, litosferu i biosferu. Trajni održivi razvoj.* (str.25.-181.).

²⁹ Teško se postiže suglasnost između velikog broja država koje sudjeluju u međunarodnim konferencijama o planetarno bitnim pitanjima zaštite okoliša, zaštite planete, čitave biosfere, na primjer o klimatskim promjenama, glede poduzimanja mjera za uklanjanje uzroka tih promjena (Galizzi, P., *La terza Conferenza delle Parti della Convenzione sul' cambiamento climatico, Kyoto, 1/10. Dicembre 1997.*, *Rivista giuridica del ambiente*, Giuffrè, Milano, vol. 13, br.3-4, 1998. Međunarodna konferencija o klimatskim promjenama u Kyotu, kao i potonje međunarodne konferencije, završila se neuspjehom zbog toga što nije postignuta suglasnost o stupnju smanjenja emisija koje utječu na klimatske promjene.

³⁰ Na nužnost održivog razvoja prije četrdeset godina upozorili su poznati znanstvenici u referatu za Rimski klub, *I limiti dello sviluppo, rapporto del System Dynamics Group Massachusetts Institute of Technology (MIT) per il progresso del Club di Roma sui dilemi dell'umanita*, Edizioni scientifiche e tecniche Mondadori, Milano, 1972. I Meadows, D. H., Meadows, D. L., Zahn E., Miling, P., *The Limits Growth*. Universe Book, New York, 1972. Vidi sintetički prikaz kod Glavač, op. cit., str. 147. – 180.

³¹ Nakon dugih i neizvjesnih dogovaranja koji su trajali još deset godina od Konferencije u Kyotu (Japan), SAD i Kina su potpisale Deklaraciju o smanjenju emisija „stakleničkih plinova“ na Konferenciji lidera

Povećava se broj stanovnika na Zemlji koji nemaju najelementarnije uvjete za život. Milijuni ljudskih bića umiru u siromaštvu od gladi i bolesti ili su žrtve lokalnih ratova iz kojih na razne načine izvlači korist kapital. Prema mjerodavnim procjenama, trećina svjetskog stanovništva preživljava do grana siromaštva.

5. Nekretnine kao objekt prostornog planiranja

Uporaba prava vlasništva na nekretninama ograničena je prostornim (urbanističkim) planiranjem.

Iako je urbanističko planiranje vezano za izgradnju gradova, pa ima tako dugi tako povijesni razvoj,³² koliko je duga njihova povijest suvremeno prostorno planiranje i zoniranje gradskog zemljišta primjenjuje se u Europi od posljednjih desetljeća 19. stoljeća.

Suvremeno prostorno planiranje je i u funkciji održivog razvoja - zaštite okoliša. Tehnološka dostignuća proširila su granice ljudskog djelovanja i njegovih učinaka na čitavu biosferu (atmosfera, litosferu i hidrosferu). Bezobzirno iskorištavanje prostora i drugih prirodnih izvora u trci za profitom, kao što je rečeno, može dovesti do poremećaja ravnoteže prirodnih sila u biosferi, s nesagledivim posljedicama koje mogu ugroziti i sam opstanak čovječanstva, pa i života na Zemlji, za što ima sve više dokaza u prirodi, npr. klimatske promjene i kidanje ozonskog omotača oko Zemlje.³³ Na ovo je upozorila prije četrdeset godina Deklaracija o ljudskom okolišu Konferencije Ujedinjenih naroda, Stockholm, 5.-16. lipnja 1972.³⁴ Njen je sastavni dio Deklaracija o načelima koja poručuje:

Prirodni izvori zemlje, uključujući zrak, vodu, tlo, floru i faunu, i naročito reprezentativne uzorke ekosistema, moraju biti sačuvani za dobrobit sadašnjih i budućih generacija pomoću brižljivog planiranja ili gospodarenja (Načelo 2).

Potrebno je primijeniti planiranje u ljudskim naseljima i urbanizaciji s ciljem izbjegavanja negativnih učinaka na okolinu i dobivanja maksimalne socijalne, eko-

azijsko – pacifičke regije u Sidneyu (Australija) 7./8. Rujna 2007. Ova deklaracija je rezultat političkog kompromisa, a ne odgovor na strašne posljedice neminovnih klimatskih promjena s kojima se suočava čitavo čovječanstvo, jer se nastavlja pustošenje planete – jedine ljudske postobine. Nastavljaju se razgovori o nastavku Protokola iz Kyota o smanjenju emisija štetnih plinova na ministarskom sastanku na otoku Baliu (Indonezija) u prosincu 2007., jer Protokol iz Kyota istječe 2012. godine.

³² Građevni red poznavalo je i rimsko pravo (Horvat, M., Rimsko pravo, Školska knjiga, Zagreb, 1954., Tom I., str. 171.). Poznavali su ga i statuti srednjovjekovnih jadranskih gradova (Dubrovnik, Korčula, Kotor, Budva). Vidi petu knjigu Statuta Dubrovnika iz 1272. (Informativni pregled Savjeta za čovjekovu sredinu i prostorno uređenje SIV-a, Beograd, 4/1978., cit. iz Krstić, B. i Pajović, D., Zakonodavstvo urbanizma, arhitekture, baštine, prostornog uređenja, čovjekove sredine, Naučna knjiga, Beograd, 1987.). Vidi povijesni prikaz propisa javnog građevinskog prava na području Republike Hrvatske od najranijih vremena do 2003. – Krtalić, V., Sustavi planiranja i korištenja zemljišta, Informator d.o.o., Zagreb, 2004., str. 31. – 106.

³³ Glavač, op. cit., str. 73. – 93.

³⁴ U prijevodu na hrvatski jezik tiskana u knjizi: Supek, R., Ova jedina zemlja, Naprijed, Zagreb, 1973.

nomske i ekološke koristi za sve. U tom vidu nužno je napustiti sve projekte koji su zamišljeni za kolonijalnu ili rasističku dominaciju (Načelo 15).

Polazeći od zaključka da će do 2000. polovica svjetskog stanovništva živjeti u gradovima, Druga konferencija Ujedinjenih naroda o okolišu i razvoju (UNCED), pod nazivom Skup o Zemlji (Rio de Janeiro, lipanj 1992.), u Programu za promjenu (Agenda 21), prije dvadeset godina ističe: „*Taj trend valja zaustaviti i poticati razvoj gradova srednje veličine koji nude mogućnost zapošljavanja i stanovanja, sprečavajući ujedno širenje gradova na obradive površine, valja poticati malo poduzetništvo, urbanu obnovu s nevladinim organizacijama te poboljšavanje uvjeta života na selu.*“^{35, 36}

Graditeljske i druge čovjekove djelatnosti na površini ili ispod površine zemlje, na vodenim površinama i na dnu i ispod dna rijeka, jezera, mora i oceana, a pogotovo iznad površine Zemlje u atmosferi i izvan atmosfere, davno su prekoračile granice ljudskih naselja i megalopolisa; granice država, širih regija i čitavih kontinenta. Najudaljenija područja našeg planeta povezana su gustom mrežom kopnenih, vodenih i zračnih putova: morskim i zračnim lukama. Energija i energetske sirovine prenose se gigantskim vodovima tisućama kilometara od izvora do potrošača. Mreža telekomunikacija³⁷ i interneta prostire se širom zemaljske kugle i rubnih dijelova svemira (satelitski prijenosi). Umjetni sateliti koji već pedeset godina kruže oko Zemlje zadnjih desetljeća istražuju najbliže dijelove svemira. Zbog toga ni prostor koji je u dohvat ljudskih djelatnosti nije više samo nacionalno dobro, pripadnost najvećih država koje ga istražuju, već su ekosfera – atmosfera, pedosfera, litosfera, hidrosfera i kriosfera³⁸, a posebno biosfera kao cjelina pa i nama najbliži (rubni) dijelovi svemira, postali dobrom čovječanstva. Čovjek nije tvorac prirode, a pustoši je i troši neobnovljiva prirodna bogatstva, pretpostavke za život na našem planetu, u biosferi, kao da su potrošna roba koju proizvodi radi stjecanja dobiti i sredstava za vladanje nad drugima. Ljudski proizvodi rezultat su prerade (i potrošnje u procesu proizvodnje) neobnovljivih sirovina djelovanjem prirodnih sila (energija) koje je čovjek stavio pod svoj nadzor. Ljudska naselja na Zemlji mogu se širiti do granica koje određuju (dopuštaju) prirodni izvori i stabilnost ravnoteže prirodnih sila našeg planeta.³⁹ Očuvanje kulturne baštine za sadašnje i buduće generacije esencijalna je duhovna (kulturna) potreba čovjeka, svakog naroda, svih naroda zajedno - čovječanstva kao cjeline.

³⁵ U prijevodu na hrvatski objavljeno U: Informator, god. XLII., br. 4216-4217, 1994., Zagreb, 3., 6., i 8. kolovoza 1994.

³⁶ Vidi: Pepe, V., L'unesco e il Programma MAB: riserve della biosfera per lo sviluppo sostenibile, Rivista giuridica dell' ambiente, Giuffrè, vol. 14, br. 5, 1999. koji se oslanja na Konferenciju u Stockholmu (1972.) i na Konferenciji u Rio de Janeiru (1992.)

³⁷ U tijeku je polaganje optičkog kabela preko Pacifika od Pekinga do obala SAD-a dugog 18000 km („Trans – Pacific – Express“) prenosi Hina / AFP iz China Daily od 23. listopada 2007.

³⁸ Glavač, op. cit., str. 33. i dalje.

³⁹ Grul, H., Jedna planeta je opljačkana, Prosveta, Beograd, 1985.; Roca, Z., Demografsko ekonomski slom, August Cesarec, Zagreb, 1987.

Sve veće tehnološke mogućnosti ljudskog djelovanja u, po ljudskim mjerilima, golemom prostoru, sve veći broj stanovnika na ovoj jedinjoj Zemlji, nameću i sve veća ograničenja prava vlasništva i na najmanje dijelove Globusa, na nekretnine u konvencionalnom smislu. Posebno se ističe ograničenje uporabe nekretnina.

Pobijedila je spoznaja da je urbanizacija u dubokom sukobu s neograničenim pravom vlasništva na građevinskom zemljištu. Ovaj se sukob rješava ograničenjem prava vlasništva u javnom interesu; nerijetko izvlaštenjem ili djelomičnim izvlaštenjem kao i urbanom komasacijom sitnih čestica građevinskog zemljišta radi oblikovanja urbanističkih cjelina i odgovarajućih građevinskih čestica (vanjska ograničenja prava vlasništva)⁴⁰ za potrebe velikih pogona, gospodarskih i drugih prostornih cjelina za različite gospodarske i negospodarske namjene. Uporabu građevinskog zemljišta ograničavaju i usmjeravaju prostorni planovi u javnom interesu (unutarnja ograničenja).⁴¹

2. Posebno o nekretninama kao objektima stvarnih prava

Stvarna prava isključuju svakog posrednika između njihovih ovlaštenika i njihovih objekata djelujući protiv svakoga (*contra omnes*). Nositelj stvarnog prava može koristiti stvar ili njome raspolagati u granicama svoga prava (ovlaštenja) bez posrednika i bez ičijeg pristanka. Stvari u obveznom pravu su objekti činidbe – prestacije, npr. stvar kao objekt obveze prijenosa prava vlasništva (obveza činjenja) na temelju pravnog posla ili stvar kao objekt ugovora o zakupu ili najmu (obveza trpljenja). Nositelj obveznog prava može koristiti objekt činidbe samo ako dužnik ispunjava svoju obvezu dobrovoljno ili prisilno. U ovom radu se razmatraju stvari pretežno kao objekti stvarnih prava. U smislu hrvatskog ZV-a⁴², Zakonom mogu biti neke vrste prava ili „bilo što drugo“ (npr. prirodne sile podvrgnute ljudskoj vlasti čl. 2. st. 5. ZV-a) biti izjednačene sa stvarima; u tom slučaju ubrajaju se u pokretne stvari, a u nekretnine samo ako je to spojeno s vlasništvom nepokretnih stvari, ili je njihov teret, ili je zakonom proglašeno nekretninom (čl. 2. st. 6. ZV) kao npr. pravo građenja koje je zakonom proglašeno nekretninom (čl. 280. st.2. ZV-a; čl. 286. st. 2. ZSP RS).

⁴⁰ 1. listopada 2007. stupio je na snagu Zakon o prostornom uređenju i gradnji, NN 76/07. koji uređuje urbanu komasaciju (čl. 137. – 176.).

⁴¹ Cacciavillani, I., *Urbanistica e regime della proprietà*, CEDAM, Padova, 1987., str. 97.-111.; Amoroso, S., *Beni ambientali, culturali e territoriali*, CEDAM, Padova, 1995.; Corealle, G., *Urbanistica, iniziativa economica, proprietà privata e poteri dell' autorità*, CEDAM, Padova, 1984.; Marotta, L., *I nuovi profili dell' espropriazione per pubblica utilità*, CEDAM, Padova, 1985., *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, a cura di Michele Constantino, Giuffrè, Milano, 1995.

⁴² Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN 91/96., 68/98., 137/99., 22/00., 73/00., 114/01., 79/06. i 141/06, 141/08, 38/09, 153/09.

2.1. Općenito o stvarima kao objektima stvarnih prava

Objekti stvarnih prava su tjelesni dijelovi prirode različiti od ljudi, uključujući i prirodne sile, a služe ljudima (fizičkim i pravnim osobama) radi zadovoljavanja njihovih materijalnih (ekonomskih) i duhovnih potreba ako po svojim prirodnim osobinama ili po zakonu (pravu) mogu biti u vlasti određenog pravnog subjekta (fizičke i pravne osobe)⁴³. Po ZV-u⁴⁴ prirodne sile su stvari „ako su podložne ljudskoj vlasti“ (čl. 2. st. 5.).

Pojam stvari kao objekt stvarnih prava jednako kao i prava na stvari tijekom povijesti se mijenjao⁴⁵. Iako rimski pravници nisu izgradili pojam subjektivnog prava u današnjem značenju, a sljedstveno tomu ni pojam stvarnog prava, rimsko pravo poznaje stvarna prava na tuđoj stvari (*iura in re aliena*)⁴⁶ koja su uživala posjedovnu i stvarnopravnu zaštitu, a imala su široku primjenu u praksi⁴⁷.

I samo pravo može biti izjednačeno sa tjelesnim stvarima kad je to zakonom određeno, kao npr. pravo građenja (čl. 280. ZV., čl. 286. ZSP RS), također i prirodne sile koje su podložne ljudskoj vlasti (čl. 2. st. 5. ZV-a).

Sve tjelesne stvari dijele se u dvije velike skupine: pokretne i nepokretne stvari – nekretnine. Pokretne su one stvari koje se mogu premještati u prostoru bez oštećenja njihove biti. Obrnuto, nepokretne stvari se ne mogu premještati bez oštećenja njihovih esencijalnih struktura. No, i pokretna stvar se smatra nepokretnom ako je pripadnost nekretnine (pripadak, pertinencija).

Kada je neka vrsta prava „ili bilo što drugo“ izjednačeno sa stvarima, to se ubraja u pokretne stvari, „a u nekretnine samo ako je spojeno s vlasništvom nepokretne stvari ili je njihov teret ili je zakonom proglašeno nekretninom“ (čl. 2. st. 6. ZV-a). Sve te pretpostavke ispunjava pravo građenja kao nekretnina u pravnom pogledu (čl. 280. ZV-a, čl. 286. ZSP RS.).

⁴³ O stvarima kao objektima stvarnih prava, Gavella, N., u: Gavella, N., Josipović, T., Gliha, I., Belaj, V. i Stipković, Z., *Stvarno pravo*, Informator, Zagreb 1998., str. 45.–69.; Stanković, O., *Stvar*, u: *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, NIU Sl. list SFRJ, Beograd, 1978., T. 3., str. 170.–182.; Krneta, S., *Posjed*, u: *Enciklopedija...*, T. 2., str. 1023.–1025.; Maurović, I., *Naert predavanja o općem privatnom pravu*, Kugli, Zagreb, 1919., str. 54.–70.; Marković, L., *Gradansko pravo*. Opšti deo i stvarno pravo, Beograd, 1927., str. 164.–190.; Trabucchi, A., *Instituzioni di diritto civile*, Trentesima settima ed., CEDAM, Padova, 1997., str. 396.–411.; Messineo, F., *Diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1957., Vol. 1., str. 380. - 382.

⁴⁴ Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN 91/96., 68/98., 137/99., 22/00., 73/00., 114/01., 79/06., 141/06., 141/08., 38/09., 153/09.

⁴⁵ Windcheid, B., *Diritto delle pandette*, UTET, Torino 1930., str. 1.–330.; Grossi, P., *Il dominio e le cose*, Giuffrè, Milano, 1990.; Egersdorfer, A., *O pandektama*. Opći dio i stvarna prava, Zagreb, 1928., str. 170. - 190.

⁴⁶ Krneta, S., *Stvarno pravo*, u: *Enciklopedija...*, T. 3., str. 183.

⁴⁷ Arangio – Ruiz, V., *Instituzioni di diritto romano*, Jovene, Napoli, 1934., p. 225. – 259.; Horvat, M., *Rimsko pravo*, Sv. I, Školska knjiga, Zagreb 1954., str. 196. – 214.; Pastori, F., *La superficie nel diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1962., gdje je izložena evolucija superficiesa od obveznog do stvarnog prava koje se približava pravu vlasništva na površini tuđeg zemljišta, u Justinijanovoj kodifikaciji.

Nekretnine kao objekti stvarnih prava su prostorno ograničeni dijelovi zemljišne površine i sve što je sa zemljištem trajno spojeno na površini ili ispod nje, ako zakonom nije drukčije određeno, do one dubine dokle dopire pravo vlasništva vlasnika površine zemljišta⁴⁸. Na površini zemljišta, ispod i iznad njegove površine, grade se različite zgrade, građevine i druge naprave i postrojenja.

3. Nekretnina po prirodi

Naprijed je rečeno: nekretnina je prostorno ograničena stvar (objekt prava) koja se ne može premjestiti bez razaranja njene strukture, a zemljište je nekretnina po prirodi do one dubine do koje se u određenom pravnom sustavu, prema konkretnim okolnostima prostire objekt (volumen) prava vlasništva. Zemljište u pravu je prostorno omeđena površina – zemljišna čestica, katastarska ili građevinska čestica, objekt prava. Ona ima tri dimenzije: prostire se u visinu i dubinu do općeg dobra dokle se prostire pravno zaštićeni interes vlasnika površine zemljišta⁴⁹, po horizontali je ograničena međama koje je odvajaju od susjednih nekretnina. Nepokretnost zemljišta je njegovo prirodno svojstvo. Pravo ne može negirati tako očiglednu prirodnu činjenicu ili fingirati nešto drugo. Ne može negirati ni pravni individualitet zemljišne površine, prostorno određenu nekretninu, jer na istom mjestu ne mogu postojati dvije površine zemljišta (u prirodnom smislu).

Samo zemljišne čestice su izvorno dijelovi prirode. Sve što je čovjek izgradio radi trajne namjene na površini ili ispod površine zemljišta – sastavni je dio zemljišta jednako kao i sve što raste na površini zemljišta samoniklo ili oplemenjeno, posijano, presađeno ili zasađeno, ako nije pravno odvojeno od zemljišta po samom zakonu ili na temelju pravnog posla u skladu sa zakonom.

4. Nekretnina „u pravnom pogledu“

Pravna norma može odrediti (fingirati) da je neko pravo na zemljište izjednačeno sa zemljištem u pravnom pogledu, kao npr. pravo građenja, ali time ne negira pravnu egzistenciju i identitet zemljišne čestice, pa ni zemljišta na kome je osnovano pravo građenja i koje ga opterećuje dajući njegovom nositelju pravo imanja vlastite zgrade na površini ili ispod njegove površine, prirodnog zemljišta pravno povezane s pravom građenja, a „ukopane u zemljište“. Prirodna nekretnina u tom slučaju je opterećena pravom koje je istovremeno samostalna nekretnina u pravnom pogledu, u pravnoj fikciji. Još jedan dokaz kako se objektivno pravo mora služiti fikcijama da bi proizvodilo pravne učinke i postizalo zadane pravne ciljeve.

⁴⁸ Opsežno o tome Tenella Sillani, Ch., „I limiti verticali“ della proprietà fondiaria, Giuffrè, Milano, 1994.

⁴⁹ Zakon o vlasništvu RH propisuje: „Vlasnik nekretnine nije ovlašten braniti tuđe zahvate poduzete na tolikoj visini ili dubini gdje on nema nikakva opravdanog interesa da ih isključi“ (čl. 31. podst. 3.).

Na istom mjestu može postojati zemljište i njime opterećeno pravo građenja koje je istovremeno posebna nekretnina u pravnom pogledu, a zgrada je njegova pripadnost kao da je ono zemljište (čl. 280. ZV, čl. 286. ZSP RS): ono (pravo) je posebno zemljišnoknjižno tijelo pravno odvojeno od zemljišta. Pravo građenja se, međutim, ne može u svemu poistovjetiti s prirodnim zemljištem (čl. 280.-294. ZV-a, čl. 286-300 ZSP RS) ⁵⁰. Pravo vlasništva na zemljištu ograničeno je ovlaštenjima imatelja objekta prava građenja bilo da je pravo građenja konstituirano na površini ili ispod površine zemljišta, jer pravo građenja potiskuje vlasnikovo ovlaštenje uporabe zemljišta za određenu namjenu. Ali time nije umanjen volumen prava vlasništva, jer upravo iz svojstva volumena prava vlasništva proizlazi vlasnikovo pravo na periodičnu naknadu, tj. obveza za pravo građenja koju je nositelj prava građenja dužan plaćati vlasniku zemljišta.

5. Pravni dualitet nekretnina

Samim zakonom (ex lege) ili na temelju pravnog posla, kada to dopušta pravna norma (zakon), razdvajaju se ili se mogu razdvojiti zemljišta i zgrada kao dvije posve samostalne nekretnine. U tom slučaju se uspostavlja pravni dualitet nekretnine: jedna nekretnina je zemljište (nekretnina po prirodi) opterećeno pravom građenja, a druga nekretnina je zgrada pravno povezana pravom građenja. U usporedbi sa zemljištem - zgrada je umjetna nekretnina: zato što je ljudska naprava i zato što je pravno, dakle umjetno, odvojena od zemljišta, iako prirodno s njime neraskidivo povezana. Pravo ne može ukinuti zakon sile teže, ali može odvojiti zgradu od zemljišta kao posve samostalnu nekretninu poništavajući privlačnu pravnu snagu zemljišta.

Po nekim suvremenim pravnim sustavima i drveće se može pravno odvojiti od zemljišta (infra). U tom slučaju je stablo umjetno odvojeno od zemljišta, kao nekretnina, dok se ne odvoji fizički (mehanički) - kao pokretna stvar. Stablo (presadeno ili samoniklo) je, inače po prirodi sastavni dio zemljišta, njegov unutarnji priraštaj (*accessorium intersecus*), kao i sve ostalo što zemlja rađa na svojoj površini. ⁵¹

6. Prirodni dijelovi zemljišta kao objekti prava

Ovdje se prikazuju dijelovi zemljišta koji su po prirodi njegovi integralni dijelovi, a pravno su odvojeni od zemljišta zbog gospodarskog, povijesnog, kulturnog, znanstvenog i drugog javnog značaja. Prirodni sastojci zemljišta postaju pokretne stvari samo fizičkim odvajanjem pojedinih dijelova od zemljišta.

⁵⁰ Simonetti, P., Pretpostavke, funkcije i priroda prava građenja, ZPFR, vol 19, br. 2 (1998), str. 438. – 440.

⁵¹ Pravno razdvajanje zemljišta i stabala moguće je npr. po francuskom, španjolskom, belgijskom, nizozemskom i japanskom pravu, a poznato je i u običajnom pravu nekih švicarskih kantona. Šire o tome u: Simonetti, P., Pravo građenja kao oblik raspolaganja građevinskim zemljištem jedinica lokalne samouprave, Informator (Male stranice), god. LIII., br. 5362-5363, od 27. i 30. srpnja 2005.

6.1. Integralni dijelovi zemljišta

Nekretnine su, razumije se, i uporabljivi prirodni sastavni dijelovi zemljišta, koji s obzirom na svoja svojstva predstavljaju posebne prirodne cjeline. Svi oni agregati što je priroda “svezala” sa zemljištem tijekom stvaranja planeta Zemlje, zemljine kore, koji imaju posebna svojstva, a na određenom stupnju tehnološkog razvoja imaju osobitu uporabnu vrijednost kao cjelina ili kao dio cjeline ili kada se njihovi dijelovi fizički odvoje od zemljišta. Uporabne mogućnosti prirodnih dijelova zemljišta stalno se umnožavaju zahvaljujući novim znanstvenim spoznajama i tehnološkom napretku, ali imaju granicu koju postavlja nepisani imperativ održivog razvoja – prirodne ravnoteže u užem i širem smislu.

Prirodni dijelovi zemljišta su biljke i drveće, sve što raste na površini zemljišta, spontano ili uz sudjelovanje čovjeka u skladu s agrotehničkim dostignućima i načinom njihove uporabe, s obzirom na tradiciju određene društvene zajednice (sijanje, sadenje, uzgajanje, i vrlo raznovrsnih načina njihova oplemenjivanja).

Sastavni dio zemljišta je dubeće stablo bez obzira je li samoniklo ili zasađeno. Ono postaje samostalna pokretna stvar kada se posiječe ili bilo kako fizički istrigne od zemljišta prirodnom silom ili ljudskom radnjom. Stablo koje je bilo sastavni dio nekretnine u prirodnom stanju ili je bilo samostalna nekretnina pravno odvojena od zemljišta, tek fizičkim izdvajanjem postaje samostalna pokretna stvar – autonomni objekat prava vlasništva i drugih stvarnih prava, ako nije bilo pravno odvojeno od zemljišta u dubećem stanju. Predmet ugovora o stjecanju prava vlasništva može biti i dubeće stablo, jer je predmet takvog ugovora činidba prijenosa prava vlasništva na budućoj samostalnoj pokretnoj stvari (*res sperata*), a ne sama stvar – neodvojeno stablo.

6.2. Pravno odvojeni prirodni dijelovi zemljišta

Svaki uporabljivi dio zemljišta koji je djelovanjem prirodnih sila srastao sa zemljištem, a po prirodnom, znanstvenom, gospodarskom ili pravnom određenju nije zemljište, npr. rudno blago: drago kamenje, mineralne sirovine, fosilna goriva, kao i stajaća ili tekuća voda u prirodnom ležištu, prirodni je dio zemljišta. Prema tomu, prirodni dijelovi zemljišta jesu i ležišta opekarske gline, pijeska, šljunka, kamena, kristala, zlata, granita, mramora, boksita, željezne rudače, ugljena, nafte i plina, kao i ležišta svih drugih mineralnih i fosilnih sastojaka (sirovina) u sva tri agregatna stanja.^{52, 53} Prirodni dijelovi zemljišta su tekuće i stajaće vode na površini ili ispod

⁵² Rudnim blagom, po Zakonu o rudarstvu, NN 35/95. (pročišćeni tekst), 114/01., 190/03. (pročišćeni tekst), smatraju se sve organske i neorganske mineralne sirovine koje se nalaze u čvrstom, tekućem ili plinovitom stanju u prvobitnom ležištu, u nanosima, jalovištima, tehničkim troskama ili prirodnim rastopinama (čl. 2.). Rudno blago je u vlasništvu Republike Hrvatske (čl. 1. st. 1.), a može se eksploatirati na temelju odobrenja nadležnih tijela vlasti (čl. 30.-56.) i koncesija za eksploataciju sirovina (čl. 9.).

⁵³ Vidi Josipović, T., Rudno blago (mineralne sirovine) u: Nekretnine kao objekti imovinskih prava, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 111.-115.

površine zemljišta u tekućem ili smrznutom (kristaliziranom) stanju.^{54, 55} Svi su ovi dijelovi zakonom odvojeni od zemljišta tako da ne pripadaju vlasniku zemljišta, ako zakon ne propisuje iznimku, ali time ne postaju pokretne stvari, jer su po prirodi nepokretni i tu prirodnu činjenicu pravo uvažava. Oni su u tom slučaju pravno samostalni prirodni dijelovi zemljišta – pravno samostalne nekretnine.

Prirodne šupljine ispod površine zemljišta (špilje, jame, ponornice i sl.) također su samostalni prirodni dijelovi zemljišta⁵⁶. Svi ovi dijelovi se razlikuju od zemljišta po prirodnim svojstvima pa i po namjeni, a od zemljišta su pravno odvojeni kao opća ili javna dobra kojima upravlja država preko svojih tijela i ustanova ili javnih poduzeća (trgovačkih društava), a mogu se dati na korištenje drugim osobama (pravnim ili fizičkim) na temelju koncesije koja omogućava biti svima dostupna pod određenim uvjetima, ako to zahtijeva njihova namjena. Takav položaj imaju i neki drugi „spomenici“ prirode koji imaju gospodarsku, znanstvenu, estetsku ili kulturno-povijesnu vrijednost, npr. mineraloška i fosilna nalazišta;⁵⁷ zatim oni dijelovi koji imaju izrazito znanstvenu i kulturnu vrijednost kao povijesna nalazišta, arheološke zone te nepokretne stvari umjetničkog, povijesnog, paleontološkog, arheološkog i znanstvenog značenja.^{58, 59} Takvu vrijednost imaju i prirodno (geološki) oblikovani dijelovi zemljišta (litosfere) ispod ili na površini zemljišta, npr. pećinski prirodni ukrasi: stalagmiti i stalaktiti,⁶⁰ litice na površini zemljišta ili pojedini krajobrazi (pejsaži).⁶¹

⁵⁴ Vode su opće dobro koje zbog svojih prirodnih svojstava ne mogu biti ni u čijem vlasništvu (čl. 3. st. 1. Zakona o vodama, NN 107/95.), ali je vodno dobro neotuđivo vlasništvo Države (čl. 61. st. 1.). Vodno dobro je skup zemljišnih čestica koje obuhvaća uređeni i neuređeni inudacijski pojas, otoke koji su nastali ili nastanu u vodonosnom koritu presušivanjem vode, njenom diobom na više rukavaca, naplavlivanjem zemljišta i ljudskim djelovanjem (čl. 57. st. 1.). Vodno dobro može se koristiti za gospodarske i druge djelatnosti na temelju koncesije (čl. 57.-67.). Šire o tome: Omejec J., Površinske tekuće vode kao dobro u općoj uporabi (Osnove prava javnih stvari) doktorska disertacija, Zagreb, 1993. (komparativno i povijesno).

⁵⁵ Vidi Josipović, op. cit., str. 123.-127.

⁵⁶ Po Zakonu o zaštiti prirode, NN 162/03. i 100/04. špilje, jame, prirodne ponornice su speleološki objekti, ako su ti otvori duži od pet metara u koje može ući čovjek, a dimenzije ulaza su im manje od dubine i dužine objekta (čl. 7. t. 51.). Speleološki objekti su u vlasništvu Republike Hrvatske (čl. 235. st. 2.), a mogu se gospodarski iskorištavati samo na temelju koncesije nadležnog tijela (čl. 206.-219.), Zakon o zaštiti prirode propisuje da speleološki objekti predstavljaju prirodne vrijednosti, uživaju zakonsku zaštitu i u vlasništvu su Republike Hrvatske (čl. 35.); njihova zaštita je uređena odredbama iz čl. 36.-39., sada Zakon o zaštiti prirode NN br. 70/05.

⁵⁷ Čl. 10. ranijeg Zakona o zaštiti prirode, NN 30/94., 72/94., 107/03.; čl. 142.-149. sadašnjeg Zakona o zaštiti prirode, NN 162/03. i 100/04.

⁵⁸ Čl. 2. st. 2. i 3. Zakona o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara, NN 69/99., 151/03., 157/03.

⁵⁹ Radi usporedbe, vidjeti: Amoroso, S., Beni ambientali culturali e territoriali, CEDAM, Padova, 1995.

⁶⁰ Šire o tome u talijanskoj pravnoj literaturi Tenella Sillani, Ch., I „limiti verticali“ della proprietà fondiaria, str. 424.-571.

⁶¹ Krajobraz je, po zakonskoj definiciji određeno područje, opaženo ljudima, čija je „osobnost“ rezultat međusobnog djelovanja prirodnih i/ili ljudskih čimbenika i koje obilježava prevladavajuća prisutnost prirodnih sastojina. Krajobrazne vrijednosti su svojstvenosti prirodnog, kultiviranog ili kulturnog

Neki od ovih pravno izdvojenih djelova mogu se iskorištavati samo fizičkim izdvajanjem iz ležišta kao npr. mineralne sirovine; drago kamenje; drugi – isključivo u svom ležitu ne dirajući njihovu strukturu (kao npr. špilje s njihovim prirodnim ukrasima, stalagmiti i stalaktiti, pa i s ugrađenim artefaktima u izvornom obliku kao npr. likovna djela drevnih umjetnika koja tisućljećima ukrašavaju njihove prostore)⁶²; treći se mogu iskorištavati na jedan i drugi način kao npr. vode u prirodnom ležištu i zahvaćene vode, odvojene od prirodnog ležišta, na površini ili ispod površine zemljišta.

6.3. Pokretne stvari fizički odvojene od zemljišta

Pokretne stvari su oni dijelovi nepokretnih dijelova zemljišta koji su fizički i pravno izdvojeni od zemljišta. Posječeno ili na drugi način od zemljišta istrgnuto drveće, ubrani šumski plodovi, pokošena trava (sijeno), ubrano: žito, voće, grožđe, masline, drugi plodovi zemlje itd.; kao i oni koji su odvojeni iz zemljinog ležišta, npr. rudno blago, mineralne sirovine, fosilna goriva. Također i pokretnom napravom zahvaćena voda, nafta, plin itd. Ali je nepokretna stvar, npr. voda u bunaru, bazenu, akumulaciji, jer je naprava kojom je zahvaćena – nekretnina, bilo da je ta naprava sastavni dio zemljišta ili je pravno odvojena od zemljišta pravom građenja, pravom služnosti ili koncesijom, te pripada vlasniku druge nekretnine, a ne vlasniku zemljišta. Pokretna stvar je npr. voda u spremnicima koji nisu sastavni dio ili pripadnost zemljišta, kakve zgrade ili građevine, već su pokretne stvari po prirodi (npr. voda u bačvi, autocisterni ili u nekom spremniku koji je fizički i pravno odvojen od zemljišta). Napravama zahvaćene nafta, plin i sl., također su nepokretne stvari, dok se fizički ne odvoje od naprava i postrojenja koje su sastavni dio zemljišta ili pravno odvojene od zemljišta pravom građenja, stvarnom služnošću ili koncesijom na površini ili ispod površine zemljišta ili na dnu mora (podmorje).

Pravno izdvojeni dijelovi stječu svoju autonomnost, postaju samostalni objekti prava vlasništva i drugih stvarnih prava dok se ponovno ne integriraju s nekretninom u istom ili preoblikovanom obliku, npr. preradom, građenjem ili ugrađivanjem na površini, ispod ili iznad površine zemljišta ili s pokretninom: spajanjem, miješanjem i slijevanjem u sva tri agregatna stanja.

krajobraza, koje određuju njegovu prirodnu, kulturno-povijesnu i estetsku „osobnost“ (čl. 2. st. 1. t. 8. i 9. Zakona o prostornom uređenju i gradnji, NN 76/07.).

⁶² Npr. lokalitet Lascaux kod Montignaca u Francuskoj sa špiljom u kojoj je 1940. slučajno nađen «najmonumentalniji poznati ansambl špiljskog slikarstva mlađeg paleolita» (Enciklopedija likovnih umjetnosti, izd. i naklada Jugoslovenskog leksikografskog zavoda u Zagrebu, MCMLXI., T.3., str. 280.).

7. Prirodni dijelovi zemljišta koji su po zakonu pravno odvojeni od zemljišta

Odstupanja od načela pravnog jedinstva nekretnine u odnosu na prirodne sastavne dijelove zemljišta koja će se pobliže izložiti, postoje i u svim drugim suvremenim pravima u većem ili manjem opsegu,⁶³ ali će se rasprava usredotočiti na domaće pravo.

Za razliku od trave, drveća, plodova zemlje, svih uporabljivih stvari koje zemlja rađa na svojoj površini koje se od nje po našem pravu ne mogu pravno odvojiti, rudno blago, podzemne i površinske vode, ako nisu zahvaćene odgovarajućim napravama uz odobrenje nadležne vlasti (bunari, bazeni, umjetna jezera, akumulacije itd.), nisu sastavni dijelovi zemljišta, već su po zakonu izdvojeni kao javna dobra kojima upravlja država preko svojih tijela, ustanova ili javnih poduzeća ili njima upravljaju općine, gradovi, županije. Ova se dobra mogu prisvajati fizičkim odvajanjem od zemljišta ili iskorištavanjem njihovih svojstava u prirodnom stanju (npr. termalne vode, mehanička snaga vode ili iskorištavanje vode za plovidbu, za poljoprivredne, industrijske i druge gospodarske potrebe; za zdravstvo i rekreaciju, turizam i razonodu), ali samo uz odobrenje (koncesiju) nadležne vlasti.

7.1. Rudno blago

Rudno blago u prirodnom ležištu je po zakonu pravno odvojeno od zemljišta. Ovo pravilo je imperativno, zakonom određeno tako da se od njega ne može odstupiti pravnim poslom, odnosno privatnom voljom. Raniji Zakon o rudarstvu⁶⁴ propisuje: “Rudno blago je u vlasništvu Republike Hrvatske (čl. 1. st. 2.), jednako kao i sadašnji ZR⁶⁵ (čl. 3. st. 2.) bez obzira što je sastavni dio zemljišta u vlasništvu neke druge osobe (fizičke ili pravne)”. Rudnim blagom po zakonu⁶⁶ smatraju se sve organske i neorganske mineralne sirovine koje se nalaze u čvrstom, tekućem ili pli-

⁶³ U postklasično doba rimskog prava bilo je određeno „pod kojim uslovima mora vlasnik dozvoliti da drugi vadi mramor, kamen i rudu, koje je otkrio na njegovom zemljištu, uz davanje po jedne desetine fisku i vlasniku zemlje“ (Horvat, op. cit., str. 171.). Za suvremeno pravo vidi npr., Tenella Sillani, Ch., I „limiti verticali“ della proprietà fondiaria, Giuffrè, Milano, 1994., str. 93.-225. i 308.-395.; Messineo, F., Manuale di diritto civile e commerciale, 9. ed., Giuffrè, Milano, 1965., vol. 2, str. 551.-557. Nasuprot tomu, prema američkom pravu nalaznik rudnog blaga pod određenim zakonskim pretpostavkama stječe pravo vlasništva kako na rudno blago, tako i na državno (federalno) zemljište gdje se nalazi ležište rudnog blaga (prema Zakonu iz 1872. koji je uz izmjene i dopune i danas na snazi). Vidi Mining Law Administration (Bureau of Land Management solid minerals), 5.2. <http://www.blm.gov/nhp/300/wo.320mmlaw.htm>, Gerard, D., The Mining Law of 1872., Digging a Little Deeper, page 5 of 18 – <http://www.perc.org/perc.htm?id=646-9.10.2007>. Rudarenje se oporezuje.

⁶⁴ Zakon o rudarstvu NN 35/95., proč. tekst. 114/01. i 107/03.

⁶⁵ Zakon o rudarstvu NN 75/09, 49/11.

⁶⁶ Čl. 2. raniji ZR kao i čl.4.

novitom stanju u prvobitnom ležištu, u nanosima, jalovištima, tehničkim troskama ili prirodnim rastopinama (u daljnjem tekstu: mineralne sirovine). Mineralne sirovine zakonom su razvrstane u sedam skupina (čl. 3.)⁶⁷. Rudno blago je kao javno dobro pravno odvojeno od zemljišta i kada se nalazi na površini zemljišta, što znači da ni u tom slučaju ne pripada vlasniku zemljišta (npr. treset, boksit, ugljen). Slično tomu, bila su definirana prirodna bogatstva i mineralne sirovine, te njihova pripadnost po propisima ranijeg Zakona o rudarstvu (čl. 1.-3.)⁶⁸ koji je bio na snazi u sustavu društvenog vlasništva.

Vlasnik zemljišta nije ovlašten braniti otkopavanja ili potkopavanja zemljišta poduzeta radi istraživanja i eksploatacije rudnog blaga. Naprotiv, njegova nekretnina se može izvestiti uz naknadu tržišne vrijednosti kada je to u interesu Republike Hrvatske (javni interes) radi "istraživanja i eksploatacije rudnog i drugog blaga" (čl. 1. st. 2. i čl. 32. – 42. ZI)⁶⁹ ili se na njoj može osnovati služnost – nepotpunim izvlaštenjem (čl. 4. st. 1. i 2. ZI) radi iste svrhe, a za te svrhe može se ustanoviti i zakup do pet godina (čl. 4. st. 3. ZI). Za takve svrhe mogla se ekspropirirati nekretnina u općem interesu i po ranijem pravnom sustavu.⁷⁰

Po ranijem Zakonu o rudarstvu eksploatacija rudnog blaga odobravala se specijaliziranim organizacijama udruženog rada (rudarske organizacije). Samo eksploatacija tehničkog građevnog kamena, pijeska i šljunka, te opekarske gline se mogla odobriti, pod određenim uvjetima, mjesnim zajednicama, općinama i gradovima.⁷¹

Budući da vlasnik zemljišta nije bio vlasnik ležišta pijeska, šljunka, kamena, granita, mramora, gline i sl., što proizvodno čini sastavni dio zemljišta, ali je od nje pravnomo odvojeno, ni sam nije smio eksploatirati ove mineralne sirovine, bez odobrenja nadležnog tijela, ako zakonom nije drukčije određeno, jer su ti slojevi javna dobra kojima upravlja država preko svojih tijela, ustanova, javnih poduzeća. Vlasnik zemljišta nije bio ovlašten, upravo zbog toga, ni braniti drugome eksploatiranje ovih sirovina, a ni tražiti naknadu zbog njihovog prisvajanja.⁷² Od osobe koja je eksploatirala pijesak, kamen itd., vlasnik je mogao tražiti samo naknadu štete zbog oštećenja zemljišta ili onoga što je sa zemljištem spojeno samoniklo, zasađeno ili ugrađeno (čl. 154. i 155. ZOO-a) kao i naknadu zbog uporabe zemljišta bez pravne osnove⁷³

⁶⁷ Zakon o rudarstvu, NN 190/03. (pročišćeni tekst).

⁶⁸ Zakon o rudarstvu NN 19/83. i 20/83.

⁶⁹ Zakon o izvlaštenju, NN 9/94., 35/94. (ispr.), 112/00. – USRH, 114/01. i 79/06.

⁷⁰ Čl. 1. st. 3. al. 7. Zakona o eksproprijaciji iz 1957., pročišćen tekst, Sl. list SFRJ 11/68. i 30/68.; čl. 1. i 3.; republički Zakon o eksproprijaciji iz 1978., pročišćen tekst, NN 46/82., 28/87. i 39/88.

⁷¹ (Čl. 118.–133. Zakona o rudarstvu).

⁷² Zaključak sjednice VSH od 19. studenog 1963., VSH Gž 206/66 od 12. lipnja 1966. ; Gž 4833/74 od 24. rujna 1973., VPSM 195/80 od 10. listopada 1980., Žuvela (3) str. 448.– 452.

⁷³ VSH Gž 1354/73 od 13. studenog 1973.; Gž 1814/73 od 29. kolovoza 1974. Gž 831/86 od 12. svibnja 1976., Žuvela (3), str. 448. – 452., Vidi čl. 219. ZOO-a.

(*versio in rem*) po čl. 219. ZOO-a⁷⁴. Mogao je vlasnik, naravno zabraniti ili tražiti zabranu samovlasnog pristupa ležištu rudnog blaga štiteći svoje pravo vlasništva na zemljištu vlasničkim i posjedovnim tužbama (čl. 37.–43. i čl. 77.–81. ZOVO-a).⁷⁵

7.2. Vode

Voda kao uvjet života čovjeka i svih živih bića, cjelokupne flore i faune, predstavlja opće dobro koje pripada svima zajedno, nikome isključivo pa u prirodnom ležištu ne može biti predmet prava vlasništva i drugih stvarnih prava.⁷⁶

Po zakonu, vode su pravno odvojene od zemljišta kao opće dobro koje zbog svojih prirodnih osobina ne može biti ni u čijem vlasništvu (čl. 3. st. 1. Zakona o vodama⁷⁷, sada novi Zakon o vodama⁷⁸ NN čl. u nastavku ZoV). Razvrstane su po njihovom prirodnom položaju i svojstvima u:

- površinske i podzemne kopnene vode uključujući i ušća rijeka koje se slijevaju u more i kanale spojene s morem do crte razgraničenja iz čl. 4. t. 6. ZoV-a;

- mineralne i termalne vode, osim mineralnih i geotermalnih voda iz kojih se mogu izdvojiti mineralne sirovine ili koristiti akumulirana toplina u energetske svrhe što se određuje Zakonom o rudarstvu⁷⁹;

- nalazišta vode za piće u teritorijalnom moru.

Općenito, zalihe vode se obnavljaju po prirodnim zakonima, ovisno o klimatskim i hidrometeorološkim uvjetima, ali se potrošnja vode stalno povećava. S druge strane, zbog raznovrsnih ljudskih djelatnosti, vode se sve više onečišćuju i troše na razne načine, za različite potrebe i namjene, s druge strane, klimatske promjene koje uzrokuju ljudske djelatnosti mogu dovesti do dubokih i trajnih poremećaja režima voda i već dovode do njihove oskudice, pa i trajne nestašice u pojedinim područjima naše planete (šire se područja pustinja).

Vode kao opće dobro imaju osobitu zaštitu Republike Hrvatske, a za njihovo korištenje moraju se ispuniti uvjeti propisani Zakonom o vodama i drugim posebnim zakonom (čl. 3. st. 2. i 3.). Vode se mogu koristiti na sve dopuštene načine⁸⁰, pa i prisvajati određene količine na temelju koncesije (obvezno pravo) koja je zakonom i ugovorom ograničena.⁸¹

⁷⁴ Cigoj, S., u: Komentar Zakona o obligacionim odnosima I (redaktor: Blagojević, T.B. – Krulj, V.), Savremena administracija, Beograd 1980., uz navedene članke.

⁷⁵ Stojanović, D., Pop-Georgijev, D., Komentar Zakona o osnovnim svojinskopравnim odnosima, Beograd 1980., uz navedene članke; Gavella, N., Sadržaj vlasnikovog reivindikacijskog i publicijanskog zahtjeva i posjednikovih protuzahitjeva, Privreda i pravo, br. 12, 1981.

⁷⁶ Šire o tomu, Omejec, J., Površinske tekuće vode kao dobro u općoj uporabi (osnove prava javnih stvari), doktorska disertacija, Zagreb, 1993., str. 26.-32. i dalje.

⁷⁷ Zakon o vodama, NN 107/95.

⁷⁸ NN 153/09, čl. 4.

⁷⁹ Zakon o rudarstvu, NN 190/03. (pročišćeni tekst).

⁸⁰ Glavač, op. cit., str. 95. – 102.

⁸¹ Vidi Zakon o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara, NN 66/99, 151/03, 153/03, 87/09, 88/10, 61/11.

8. Umjetni dijelovi zemljišta prema hrvatskom pravu

Umjetni su oni dijelovi koji su sa zemljištem spojeni ljudskim radom ili su to ljudske tvorevine nenamjerno spojene sa zemljištem, skriveno blago, kao i arheološki⁸² i paleontološki ostaci, ostaci građevina i naselja, ostaci davno potonulih brodova i brodskih tovara⁸³ itd. Ovo se odnosi na postojeće trajne zgrade i sve druge trajne građevine, sve pokretne stvari koje su inkorporirane u zemljište, odnosno u trajne zgrade i sve druge trajne građevine na njegovoj površini i ispod površine, na dnu rijeka i ispod površine dna rijeka, jezera i teritorijalnog mora.

Pretpostavka pravnog jedinstva zemljišta i zgrade i svih pokretnih stvari koje su spojene sa zemljištem je - trajna veza.

8.1. Ljudske tvorevine, paleontološki i arheološki ostaci

Od zemljišta su pravno odvojene, po samom zakonu i one po prirodi pokretne stvari koje su sa zemljištem trajno spojene kroz duga vremenska razdoblja, kao što su: ljudske tvorevine koje imaju kulturnopovijesno značenje, npr. paleontološki i arheološki ostaci minulih civilizacija⁸⁴. Svi „spomenici“ (tj. kulturna i povijesna baština) koji su poslije 31. srpnja 1945. bili izvađeni iz zemlje ili iz vode ili nađeni pri iskopavanju i istraživanju, smatrali su se po ZZSK⁸⁵ društvenim vlasništvom,

⁸² Podvodna arheologija u Republici Hrvatskoj prije nekoliko godina identificirala je oko četiri stotine arheoloških lokaliteta.

⁸³ S potonulim brodovima potonule su i mnoge dragocjene povijesne, kulturne i umjetničke vrijednosti. Nedavno je restaurirana kopija Apoksiomena, brončanog kipa starogrčkog atleta koji je stotine godina ležao na dnu mora kod Lošinja do 1999. godine, a sada je vlasništvo Republike Hrvatske, iako pripada antičkoj kulturi koju formalno baštini druga zemlja. Detaljni podaci o ovom likovnom djelu u Enciklopediji likovnih umjetnosti Jugoslovenskog leksikografskog zavoda FNRJ, Zagreb, MCMLIX, T.1., str. 118. Vidi istraživanja u Jadranskom moru; Cambi, N., Tipološka i kronološka razmatranja o antičkim nalazištima na dnu srednjeg Jadrana, Podmorske djelatnosti s gledišta medicinskih i društvenih nauka (naučne rasprave), Pomorska biblioteka str. 22; izdanje Mornaričkog glasnika, Beograd, 1969.); arheologije s posebnim osvrtom na područje na kojem djeluje muzej grada Šibenika op.cit.

⁸⁴ Vidi Arheološka iskopavanja i istraživanja, U: Pravna enciklopedija, Savremena administracija, Beograd, 1985., T. 1., str. 63.; Rudolf, D., Enciklopedijski rječnik međunarodnog prava mora, Split, 1989., str. 26. (arheološki i povijesni predmeti u moru zaštićeni Konvencijom UN-a o pravu mora iz 1982.); O prisutnosti čovjeka i njegovoj djelatnosti od prvih početaka do zaključno brončanog doba u Hrvatskoj i susjednim zemljama, vidi: Praistorija jugoslovenskih zemalja, u četiri toma enciklopedijskog formata, Akademije nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 1979., (T. 2. i 3.), 1983. (T. 4.). Jedno od najznačajnijih arheoloških nalazišta u Europi je Lepenski Vir na desnoj obali Dunava u Đerdapskoj klisuri (Srbija), otkriveno 1965. Kultura Lepenskog Vira trajala je od otprilike 5800. do otprilike 4950. god. prije nove ere. Vidi Povijest svijeta (Weltgeschichte), preveli s njemačkog Alka Škiljan / Hrvoje Šarinčić i Drago Štajduhar / Melita i Milorad Rončević, izd. Marijan tisak, Split, 2005., I. dio, str. 41.

⁸⁵ Čl. 10. st.1. Zakona o zaštiti spomenika kulture, NN 7/67., 13/67., 25/77., 31/86., 47/86., 47/89., 19/91., 26/93., 52/94.; Zakon o zaštiti spomenika kulture i prirodnačih retkosti Demokratske

odnosno općenarodnom imovinom. Spomenicima kulture po Zakonu smatrali su se „nepokretni i pokretni predmeti, kao i grupe predmeta koji su zbog svoje arheološke, povijesne, sociološke, etnografske, umjetničke, arhitektonske, urbanističke, tehničke i druge naučne ili kulturne vrijednosti od značaja za društvenu zajednicu“ (čl. 2. ZZSK). Jednako tako i skriveno blago na površini ili ispod površine zemlje, u zgradama i drugim građevinama (stvari i dragocjenosti nepoznatog vlasnika).^{86, 87} Isti je pravni položaj ovih dobara na površini ili ispod površine zemljišta u javnom vlasništvu na kopnu i na dnu mora, rijeka i jezera. Ova dobra nemaju isti pravni položaj izvan granica teritorijalnog mora kao ona u teritorijalnim granicama, ili u granicama gospodarskog pojasa, ili zaštićenog ekološkog pojasa obalne države.^{88, 89}

8.1.1. Spomenici kulture

Od toga treba razlikovati spomenike kulture koji su, u načelu, i dobra društvenog vlasništva u razdoblju od 15. svibnja 1945. do 20. lipnja 1991. mogli biti u vlasništvu fizičkih i građanskopravnih osoba (po pravilu vjerskih zajednica i vjerskih ustanova) koje je bilo ograničeno propisima o njihovoj zaštiti (čl. 17. – 29., 75. ZZSK), kao i pravom prvokupa u korist lokalnih društvenopolitičkih zajednica (čl. 12. – 16. ZZSK).⁹⁰ Spomenici kulture u privatnom vlasništvu mogli su se ekspropriirati i radi znanstvenih istraživanja⁹¹.

Federativne Jugoslavije, Sl. list DFJ 54/45. – Zakon o potvrdi Zakona (Opći Zakon o zaštiti spomenika kulture i prirodnih retkosti – pročišćeni tekst, Sl. list FNRJ 81/46., 4/51.); Opći zakon o zaštiti spomenika kulture od 16. travnja 1959., Sl. list. FNRJ 17/59. i Osnovni zakon o zaštiti spomenika kulture koji je bila preuzela SRH na temelju Ustavnih amandmana iz 1971., NN 52/71. Na snazi je Zakon o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara, NN 69/99., 151/03., ispr. 157/03. Vidi odredbe Zakona o plovidbi unutarnjim vodama, NN 19/98. i 151/03. koje se tiču vađenja potonulih stvari. Po tome Zakonu, ako vlasnik ne izvadi potonulu stvar u roku od pet godina, ta stvar „postaje vlasništvo Republike Hrvatske“ (čl. 194. st. 1.). Spašavanje imovine za koje se pretpostavlja da ima svojstvo kulturnog dobra ne može se poduzeti bez odobrenja ministarstva nadležnog za poslove kulture (čl. 787. st. 1. Pomorskog zakonika, NN 181/04.).

⁸⁶ §§ 395. i 398. OGDZ-a, vidi Uputstvo o postupku s nađenim stvarima od 31. listopada 1949., Sl. list FNRJ 93/49. i 52/57.;

⁸⁷ Rajačić, Č., *Stvarno pravo-predavanja*, Zagreb, 1956., str. 161.-162; Stanković, O.-Orlić, M., *Stvarno pravo*, 5. izmijenjeno i dopunjeno izd., NIU, Sl. list SFRJ, Beograd, str. 185., 1990.

⁸⁸ Vidi čl. 6.-46. Pomorskog zakonika, NN 17/94., 74/94. i 46/96. te čl. 3.-39. Zakona o pomorskom dobru i morskim lukama, NN 158/03.

⁸⁹ Degan, V. Đ., *Međunarodno pravo mora*, Pravni fakultet, Rijeka, 2000., str. 642.– 681.

⁹⁰ Tomić, S., *Pravna zaštita spomenika kulture u Jugoslaviji*, Savezni institut za zaštitu spomenika kulture, Beograd, 1958.; Brguljan, V., *Pravna zaštita spomenika kulture*, Opština, vol. XVII., br. 8., 1965., str. 30. – 38.; Maksimović, M., *Povodom prodaje i ustupanja na korištenje spomenika kulture u društvenoj svojini privatnim licima*, Zbornik za zaštitu spomenika kulture, tom XII., Beograd, 1961.; *Zaštita spomenika kulture*, Narodna uprava, god. 10., br. 4.-5., 1959., str. 312. – 316.

⁹¹ J. R., *Opšti zakon o zaštiti spomenika kulture*, Nova administracija, god. VIII., br. 2., 1959., str. 206. – 208.

8.2. Skriveno blago

Skriveno blago (thesaurus), tj. razne dragocjenosti, bilo je pod posebnim pravnim režimom i u rimskom pravu⁹², što se u različitim formama produžilo do građanskih kodifikacija s početka 19. stoljeća.

Skriveno blago, po OGZ-u, sastoji se ‘u novcu, nakitu ili inim dragocjenostima koje su tako dugo ležale sakrivene, da se njihov prijašnji vlasnik više saznati ne može’ (§ 398.)⁹³. Tako i po ZV-u blagom ‘se smatraju novac, dragocjenosti i druge stvari od vrijednosti koje su bile skrivene tako dugo da se više ne može utvrditi tko im je vlasnik’ (čl. 140. st. 1.)⁹⁴

8.2.1. Pravna pravila OGZ-a i pozitivni propisi do 1. siječnja 1997.

Prema pravnim pravilima OGZ-a prvobitno je treći dio nađenog blaga pripadao ‘državnoj imovini’; jedna trećina nalazniku i jedna trećina vlasniku zemljišta (§ 399.). Jedna trećina pripada i radnicima, koji slučajno nađu blago, ali ako ih je vlasnik ‘naročito najmio... da traže blago, treba da se zadovolje svojom urednom plaćom’ (§ 401.)⁹⁵. Ova pravna ustanova novelirana je Dekretom dvorske kancelarije od 16. lipnja 1846. tako što se nađeno blago dijeli na jednu polovinu nalazniku, a drugu vlasniku zemljišta (državi ne pripada ništa).⁹⁶ Ako je vlasništvo zemlje razdijeljeno (feudalno vlasništvo) onaj dio koji pripada vlasniku dijeli se između ‘vlasnika vrhovnoga i koristovnoga’. Prema Rušnovu skriveno blago se ne može smatrati pripadnošću zemljišta ‘jer je već činom što ga je nalaznik zauzeo odijeljeno od zemljišta’⁹⁷. Budući da su pravni propisi koji su bili na snazi do 6. travnja 1941., ‘izgubili pravnu moć’,⁹⁸ skriveno blago, koje je od 31. srpnja 1945., smatrano opće-

⁹² Tako je bilo riješeno i u rimskom pravu, iako su se u nekim razdobljima carskog doba isticali i „zahtjevi fiska na dio pronađenog blaga“ (Horvat, M., Rimsko pravo, Školska knjiga, Zagreb, 1954., Tom I., str. 181.).

⁹³ Gotovo prepisana definicija thesaurusa u rimskom pravu (D. 41. 1. 31. § 1.) „vetus quedam depositio pecuniae cuius non exstat memoria, ut iam dominium non habeat“. Vidi, Arangio – Ruiz, V., *Instituzioni di diritto romano*, Jovene, Napoli, 1834., p. 184. Slično suvremenom talijanskom pravu, Barassi, L., *La proprietà nel nuovo Codice civile*, Giuffrè, Milano, 1941., § 4., p. 426. – 441.

⁹⁴ Gavella, N., Josipović, T., Gliha, I., Belaj, V., Stipković, Z., *Stvarno pravo*, Informator, Zagreb, str. 376.-377.

⁹⁵ Vidi *Commentario sopra il Codice civile universale della Monarchia austriaca* di Francesco nobile de Zeiller, vol secondo, Venezia, str. 170.–173.

⁹⁶ Horvat, op. cit. str. 161.

⁹⁷ Gornji Dekret je u cijelosti citiran u komentaru, A., Rušnov: *Tumač Obćemu austrijskomu građanskomu zakoniku*, Knj. 1., Zagreb 1893., str. 550.

⁹⁸ Čl. 2. Zakona o nevažnosti pravnih propisa donesenih prije 6. aprila 1941. i za vrijeme neprijateljske okupacije, pročišćeni tekst, Sl. list FNRJ 86/46.

narodnom imovinom i time pravno odvojeno i od zemljišta u općenarodnoj imovini, kao poseban entitet, nalazi se pod ovim pravnim režimom retroaktivno od 6. travnja 1941.⁹⁹ Ono je pravno odvojeno i od zemljišta u općenarodnoj imovini (društvenom vlasništvu), jer pravo upravljanja, korištenja ili raspolaganja društvenopravne osobe na zemljište, ne proteže se na skriveno blago koje po zakonu pripada državi.¹⁰⁰

8.2.2. Zakon o vlasništvu

Prema Zakonu o vlasništvu nađeno blago „ako zaista nema vlasnika“ u cijelosti je vlasništvo Republike Hrvatske (čl. 140. st. 2.). Interpolacija „ako zaista nema vlasnika“ je nepotrebna, jer po zakonskoj definiciji skriveno blago nema vlasnika (čl. 140. st. 1.)¹⁰¹. Republika Hrvatska duguje odgovarajuću naknadu nalazniku i vlasniku nekretnine. Ona se može osloboditi ove obveze ako nalazniku i vlasniku nekretnine preda blago u samostalni posjed “u kojem će se slučaju na odgovarajući način primjenjivati odredbe ovoga Zakona o predaji stvari nalazniku i o stjecanju vlasništva nađene stvari” (čl. 140. st. 7.). Ove odredbe na odgovarajući način primjenjuju se i na nositelja prava građenja, ako je blago nađeno u zgradi koja je pripadnost zemljišta na kojem on ima pravo građenja (čl. 140. st. 8.)¹⁰². Prema tomu, skriveno blago je *ex lege* po sadašnjem pravu pravno odvojeno od nekretnine, osim u slučaju kada je vlasnik nekretnine, odnosno zgrade na pravu građenja, u kojoj je nađeno blago, Republika Hrvatska, koja je po zakonu, inače, vlasnik skrivenog blaga.

⁹⁹ Vidi Opći zakon o zaštiti spomenika kulture, Sl. list FNRJ 17/59. i potonji Zakon o zaštiti spomenika kulture SRH-a, NN 7/67., 13/67., 25/77., 31/86., 47/86., 47/89., 19/91., 26/93., 54/94.

Rajačić, Stvarno pravo, str. 161.-162.; Čepulić, Sistem općeg privatnog prava, Zagreb, 1925, str. 231.-232.; Spaić, V., Građansko pravo, Opšti dio i stvarno pravo, Sarajevo, 1971., str. 568.-569.

¹⁰⁰ Vuković, M., Pravila građanskih zakonika, Školska knjiga, Zagreb, 1961., str. 211.

¹⁰¹ Novac, dragocjenosti i druge stvari od vrijednosti koje su bile skrivene tako dugo da se više ne može uvrđiti tko im je vlasnik.

¹⁰² Zakon se pogrešno izražava jer zgrada, u tom slučaju, nije pripadnost zemljišta, nego prava građenja kao da je ono zemljište (čl. 280. st. 3. ZV-a).

ИМИСИЈЕ У ГРАЂАНСКОМ ПРАВУ

Др Илија Бабић*

Апстракт: *Имисије су материје које потичу с једне непокретности и ваздухом, водом односно земљиштем продиру на друге непокретности и онемогућавају или отежавају њихово коришћење. Овлашћење да се до одређене границе испуштају имисије и да их суседи до те границе трпе проистиче из суседског права. Заштита од имисија могућа је стварноправним тужбама. Ове тужбе не могу заштитити лица која нису у суседскоправној заједници непокретности. Због тога је уведена и облигациона еколошка тужба коју могу поднети и лица која нису у суседскоправној заједници, а обухвата не само штету од имисија, него и од других шкодљивих материја.*

Кључне речи: *имисије; суседско право; communiо pro diviso; непосредне имисије; посредне имисије; actio negatoria; еколошка штета; еколошка тужба; опасност штете; actio popularis.*

1. Увод

Због прекомерних имисија шкодљивих материја казнени закони прописују одговорност за прекршаје, преступе или кривична дела. Овај рад се ограничава на дејства имисија у грађанском праву. Обавеза да се трпе имисије до одређене границе и овлашћење да се неко лице штити од претераних имисија произилази из суседског права и обавезе накнаде проузроковане штете.

Правна власт власника непокретности ограничена је суседским правом. Законом су прописани стандарди поступања сваког власника непокретности приликом вршења овлашћења из права својине.¹ Суседско право настаје услед

* Др Илија Бабић, редовни професор Факултета за европске правно–политичке студије у Новом Саду, Универзитет „Сингидунум“

¹ Према одредбама члана 66. став 1. Закона о стварним правима (ЗСП „Службени гласник Републике Српске“, бр. 124/08, 58/09 и 95/11) власник непокретности, при извршавању својих овлашћења из права својине има обавезу да поступа пажљиво према лицу које је власник неке друге непокретности. Члан 100. став 1. Закона о власништву и другим стварним правима (ЗВ) „Народне новине“, бр. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 129/00 и 114/01) одређује да се суседска права морају узајамно обзирно извршавати, док члан 250. Закона о својинско–правним односима

физичке везаности непокретности различитих власника. Физичка повезаност може бити непосредна када земљишта и објекти² различитих власника директно граниче. Суседско право, међутим, делује и на оне непокретности које непосредно не граниче (могу бити међусобно удаљене и више километара), али су на одређени начин повезане.³ Ово право произилази из права својине⁴ и нужно га ограничава. Право својине власника непокретности је правно одвојено од права својине других власника, али и физички везано за непокретности осталих власника (тако што непосредно граниче или посредно – путем воде или ваздуха).

Суседска права се због тога морају вршити тако да се што мање оптерећује власник оне непокретности који је дужан да ова ограничења права трпи. Међусобна понашања суседа одређује члан 850. Општег имовинског законика из 1888 (ОИЗ): „По томе, закон, угађајући њиховове интересе, с обзиром на ред, пробитак и потпуније уживање њихових добара, наређује да, у неким приликама, сусјед због сусједа нешто претрпи, у нечем се стегне, нешто од цјелине свога права уступи што, без тих сусједских додира, не би требало да буде“. По свом значају данас се издвајају она суседска права која овлашћују једног суседа да од другог захтева одређено пропуштање у обављању делатности које стварају имисије, изузев оних које се морају трпети.⁵ Технички и технолошки развој не само да повећава круг непокретности на које се суседско право односи, него се јављају и нове врсте имисија.⁶ Тако, пре две деценије нису уопште постојале антене мобилне телефоније, док се број врло токсичних материја све више повећава.

(ЗСПО), „Службени лист ЦГ“, бр. 19/09 обавезује имаоца суседског права да, при вршењу тог права, „поступа у духу добросусједских односа“.

² Израз објекат је општи и обухвата не само зграде свих врста него и саобраћајнице, грађевине инфраструктуре, гробља итд. – види члан 2. тач. 22. и 23. Закона о планирању и изградњи („Службени гласник РС“, бр. 72/09, 81/09 – испр., 64/10 – одлука Уставног суда Србије и 24/11).

³ У том смислу члан 849. Општег имовинског законика из 1888. одређује суседна земљишта: „закон називље помеђашким земљама не само оне земље које су једна до друге, него и оне које и ако су једна од друге подаље, ипак могу долазити у међусобни додир ради какве радње или посла који се тиче једне од њих или њих више“.

⁴ Gavella, N., Josipović, T., Gliha, I., Belaj., Stipković, Z., *Stvarno pravo*, Informator, Zagreb 1998, str. 470.

⁵ Овај став прихватила је и судска пракса: „Суседско право је својеврсно ограничење својине кога намеће и обликује живот зависно од ситуације и месних обичаја“ (Одлука Врховног суда Србије, Рев. 2701/94 од 8. јуна 1994, наведена код Самардџић, М., Чолић Б., *Зборник судске праксе из области имовинског права*, Глосаријум, Београд 1995, стр. 194).

⁶ Тороман, М., Суседско право, одредница у *Енциклопедији имовинског права и права удруженог рада*, том I, страна 237; Рашовић, З., *Стварно право*, Службени лист СЦГ и Правни факултет у Подгорици 2005. стр. 364.

2. Појам имисија

Имисије су материје које потичу с једне непокретности и ваздухом, водом односно земљиштем продиру на друге непокретности и онемогућавају или отежавају њихову употребу или коришћење.⁷ Поједини правни писци сматрају да се „Под имисијама подразумевају само они утицаји који долазе са једног земљишта на друго, који су материјалне природе, који се могу опазити...“⁸ Није, међутим, неопходно да се утицаји могу опазити, односно осетити чулима. Тако, човек не може чулима (без мерења инструментима) осетити радиоактивно зрачење (нпр. радиоактивни громобрани, мермер уграђен у зграду) и нека друга опасна зрачења (зрачења гаса радона, антена мобилне телефоније итд.), а она несумњиво представљају најопасније врсте зрачења. Сметње суседним непокретностима могу изазвати загађење воде (бактеријама, вирусима, хемијским једињењима, радиоактивношћу итд.), измењен нормалан састав ваздуха (услед присуства разних штетних честица: угљен монооксида, угљен диоксида, сумпора, хлора и других елемената органског или неорганског порекла), бука, светлост, разна зрачења итд.

Нацрт Законика о својини и другим стварним правима (Нацрт Законика)⁹, уместо израза имисије, усвојио је термин „шкодљиви утицаји“.

3. Имисије у римском праву

Суседско право, проистекло из физичке везе непокретности различитих власника, римско право је почело да регулише још у Закону XII таблица (*Leges duodecim tabularum* – донет је 451–449. године п. н. е)¹⁰. Јустинијанова кодификација је право својине регулисала као апсолутно и искључиво право. Право својине на земљишту, наине, простирало се неограничено на ваздушни простор изнад земљишта и испод земљишта *cuius est sollum, usque od caelum ad usque ad inferos* – „све до неба и до пакла“.¹¹

Власник земљишта могао је употребљавати и користити своје земљиште како хоће ако он на тај начин не угрожава право својине својих суседа. Сусед

⁷ Поједини правници дефинишу имисије као утицаје у виду гасовитих, чврстих или течних материја што долазе са једне непокретности – Кларић, П., Ведриш, М., *Грађанско право*, Народне новине, Загреб 2009, стр. 241.

⁸ Стојановић, Д., *Стварно право*, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац 1998, стр. 97.

⁹ Министарство правде Републике Србије, Београд 2007.

¹⁰ Маленица, А., *Извори римског права*, I том, Научна књига, Београд 1989, стр. 65.

¹¹ Мојовић, Н., *Сусједска права као sui generis ограничења власништва*, Правна ријеч, број 11/07.

може, међутим, захтевати забрану прекомерних имисија, док је обичне имисије дужан да трпи. Многе куће у Риму биле су наслоњене једна на другу те је римско право створило одговарајућа правила о имисијама. Тако је власник могао у својој кући имати базен за купање. Ако је базен на суседном зиду правио влагу то се, изгледа, толерисало. Власник, међутим, није могао имати топлу бању (*tepidarium*) која оставља трајну влагу на суседовом зиду куће, осим ако има посебну службеност која му омогућује такво право.¹²

Римско право забрањивало је власнику земљишта да у зиду свог суседа направи сметлиште. Власник земљишта није морао да трпи да на његово земљиште падају уситњени комади камена са суседног земљишта на коме се оно обрађује (*in meum fundum fragmenta cadant*).¹³

Власник коме се причињавају прекомерне имисије могао је поднети својинску тужбу *actio negatoria*. Тужилац подноси тужбу против туженог које му не оспорава право својине и не држи његову ствар. Тужени, међутим, омета власника штетним имисијама и тиме повређује право својине тужиоца. Стога је подносилац тужбе морао доказати своје право својине и његову повреду, а није морао доказивати да право туженог не постоји.¹⁴ Тужилац је тужбом, по правилу, захтевао уклањање противправног стања и накнаду штете. Он је могао захтевати да тужени да *cautio de amplius non turbando* – тј. да се обавезе стипулацијом да убудуће неће сметати. Поједини романисти, сматрају да је тужилац могао захтевати „да тужени даде обезбеђење или јемство“.¹⁵ Уколико тужени не би добровољно, на позив судије, успоставио раније стање тужени је обавезиван да тужиоцу исплати накнаду штете.¹⁶

По једном мишљењу власник суседне непокретности могао је захтевати да се забрани рад неког уређаја или преправка учињена *vi* или *clam* (супротно забрани власика суседне непокретности или без његовог знања) ако се тиме вређају његова суседска права. На основу овог захтева претор је могао издати налог *interdictum quod vi aut clam* – забрану рада уређаја или преправку.¹⁷ Супротно томе, истакнуто је да се овим интердиктом захтевало обустављање радова који су вршени на имању тужиоца противно његовој вољи.¹⁸

¹² Мојовић, Н., н. д., стр. 117.

¹³ Исто.

¹⁴ Аранђеловић, Д., *Предавања из римског права*, Геца Кон, Београд 1938, стр. 188; Хорват, М., *Римско право*, Школска књига, Загреб 1974, стр. 151.

¹⁵ Аранђеловић, Д., н. д., стр. 188.

¹⁶ Исто.

¹⁷ Хорват, М., н. д., стр. 154.

¹⁸ Пухан, И., *Римско право*, Научна књига, Београд 1970, стр. 227.

4. Правна природа. Разграничење

Овлашћење на заштиту од имисија има сваки власник непокретности који је у суседскоправној заједници (*communio pro diviso*). Исти тај власник дужан је да трпи ограничења која проистичу из истог суседског права осталих власника непокретности. Параграф 364. став 1. Општег аустријског грађанског законика (ОАГЗ), у том смислу, прописује: „Уопште вршењу права својине има места само дотле, докле се тиме не вређају права трећих лица, или док се не прекораче законска ограничења, прописана ради одржавања и потпомагања општег благостања“. Обавезе у погледу имисија које је један власник дужан да трпи и, евентуално, предузима неке радње или пропушта нека чињења, али и овлашћење да имисије ослобађа у одређеној мери не ограничавају право својине у ужем смислу.

Могућност да се захтева престанак или ограничење имисија и обавеза суседа то их трпе у одређеној мери не представља стварно право једног лица на непокретности другог лица (на туђој ствари). Ово овлашћење сваког власника или држаоца непокретности према непокретности суседа и обрнуто не представља субјективно право имаоца непокретности којим би се ограничило право својине. Због тога што су власници непокретности у суседскоправној заједници, садржина права својине ограничава извршавање правне власти.¹⁹

Дужност трпљења имисија у одређеној мери и овлашћење да се у истој сразмери испуштају са једне непокретности на друге разликују се од права службености. Право службености је стварно право на туђој ствари, а имисије (трпљење и испуштање) нису субјективно право. Службености најчешће настају на основу правног посла, одлуком државног органа (суда или органа управе), одржајем а само изузетно и на основу закона. Оне представљају ограничење права својине (терет), док имисије само ограничавају извршавање правне власти и својствене су за све власнике (законите држаоце) непокретности у суседској заједници. Начин стицања права службености јесте упис у катастар непокретности на основу правног посла (уговора, тестамент), одлуке државног органа (суда или органа управе), а само изузетно на основу закона. Дужност суздржавања од имисија и обавеза њиховог трпљења до одређених граница настаје на основу закона за сваког власника и законитог имаоцима непокретности у суседској заједници. (не настају уписом у катастар непокретности), без уписа у катастар непокретности.²⁰ Ималац права службености овлашћен је да на послужном добру, у свом интересу, предузима одређене

¹⁹ Глиха, И., Ново уређење сусједских односа у свјетлу прилагодбе хрватског грађанскоправног поретка еуропским, *Будимпештански симпозијум*, страна 50.

²⁰ Медић, Д., *Ново стварно право Републике Српске*, Паневропски универзитет „Апеирон“, Бања Лука 2011, стр. 25.

радње (употребљава послужно добро ради проласка моторним возилима, користи га тако што са њега прибира плодове итд.) или да захтева од власника послужног добра да не предузима одређене радње. Власник или законитит држалац непокретности мора водити рачуна и о интересима власника суседних непокретности²¹ односно о добросуседским односима.²² Стварна службеност престаје истеком времена ако је установљена на одређено време (а код личних службености најкасније смрћу титулара те службености), одрицањем, невршењем, укидањем одлуком државног органа ако није потребна за власника повласног добра, стицањем права својине на послужном добру.²³ Овлашћење на забрану имисија настаје на основу императивних прописа, незастариво је и траје без ограничења.

5. Врсте имисија

Према начину на који продиру на суседне непокретности имисије могу бити посредне (индиректне) и непосредне (директне). Ову поделу имисија је прихватили су поједини закони²⁴ и један део правне науке у интерпретацији ових закона.²⁵

Непосредне (директне) имисије предвиђа члан 76. став 4. ЗСП. Власник непокретности није дужан да трпи да га било ко без правног основа узнемирава. То се може чинити посебним уређајима или на други начин. Узнемиравање настаје када се на тај начин непосредно одашиље на непокретност власника дим, неугодни мириси, отпадне воде, потрес, бука и друго. Радње власника једне непокретности су уперене директно на то да суседно земљиште изложи имисијама. Због тога су директне имисије забрањене. Оштећени власник непокретности овлашћен је да захтева да узнемиравање престане и накнаду штете. Одашиљање ових имисија могуће је ако за то постоји правни основ – нпр. уговором је основано право службености.

Посредне (индиректне) имисије су оне које доспевају на непокретности суседа случајно или деловањем природних сила. Ове имисије потичу од активности на суседном земљишту и могу доспети ваздухом (дим, неугодни

²¹ Лазаревић, Д., *Службености и суседско право*, Пословни биро, Београд 2011, стр. 446.

²² Медић, Д., *н. д.*, стр. 25.

²³ Рајачић, Ч., *Стварно право – предавања*, Загреб 1956, стр. 367, 368.

²⁴ Види члан 76. ЗСП и члан 110. ЗВ.

²⁵ Рајачић, Ч., *н. д.*, стр. 124; Благојевић, Т. Б., Круљ, В. (редактори) Коментар Закона о облигационим односима I, Савремена администрација, Београд 1980, стр. 434; Петар, К., Ведриш, М., *Грађанско право*, Народне новине, Загреб 2009, стр. 241; Gavella, N., Josipović, T., Gliha, Belaj, V., Stirković, Z., *Стварно право, свезак I*, Народне новине, Загреб 2007, стр. 664; Бабић, И., Медић, Д., Хашић, Е., Повлакић, М., Велић, Л., *Коментар Закона о стварним правима Републике Српске*, Привредна штампа, Сарајево 2011, стр. 313.

мириси, чађ, бука, светлост итд), путем земљишта (нпр. потреси) или водом (нпр. загађеном отровним супстанцама). Уобичајене посредне имисије дужан је да трпи власник непокретности јер су оне допуштене. У тој ситуацији лице које трпи уобичајене посредне имисије нема право на накнаду штете. Правни стандард уобичајених посредних имисија конкретизује на основу намене непокретности, места и времена у коме се имисије испољавају. Тако су људи у градовима дужни да трпе уобичајену буку од градског саобраћаја и других активности, али на селу бука тог интензитета није дозвољена јер је неуобичајена.

Прекомерне посредне имисије одређује члан 76. став 1. ЗСП (он је, у основи преузео решења члана 110. став 1. ЗВ). Појам ових имисија обухвата: 1) имисије ако су прекомерне с обзиром на намену која одговара тој непокретности у складу са местом и временом или 2) имисије које изазивају знатнију штету, или 3) ако су имисије недопуштене на основу одредаба посебног закона.²⁶

Поједини правни писци из основног појма имисија издвајају индустријске имисије и идеалне имисије.²⁷ Индустријске имисије потичу од неке производне активности и дозвољене су и кад прекорачују границе толеранције.²⁸ Тако је члан 156. став 3. Закона о облигационим односима²⁹ (ЗОО) прописао да, ако штета настане у обављању „општекорисне делатности“ за коју је добијена дозвола надлежног органа, оштећени може захтевати само накнаду штете која прелази нормалне границе. Уместо колико толико одређеног стандарда обављања „општекорисне делатности“ за коју је добијена дозвола надлежног органа члан 110. став 3. ЗВ и члан 76. став 3. ЗСП прописују да су дозвољене посредне прекомерне имисије ако потичу од делатности за коју постоји дозвола надлежног органа. Према томе, делатност не мора бити општекорисна (привредно друштво у приватној својини или јавно предузеће у државној својини итд.) довољно је да је за њу добијена дозвола надлежног органа. Оштећена лица у овој ситуацији имају право да захтевају накнаду штете коју су им ове имисије нанеле, као и предузимање одговарајућих мера да се убудуће спрече или смање прекомерне имисије, односно наступање штете.

Идеалне имисије су активности на једној непокретности супротне добрим обичајима (бестидни призори, суседство озлоглашене кафане, тоалета итд.) које се, по мишљењу дела правне теорије, могу забранити односно

²⁶ Подела имисија на посредне и непосредне усвојена је и у параграфу 364. став 2. ОАГЗ: „Власник једног земљишта може суседу забранити да са свог земљишта пушта на земљиште првога власника воду, дим, гасове, топлоту, задах, звук, потрес и слично утолико, уколико то прелази уобичајену меру према месним приликама, и уколико то знатно шкоди месном уобичајеном искоришћавању земљишта. Непосредно спровођење, без нарочитог правног основа, забрањено је под свим околностима“.

²⁷ Рашовић, З., *Коментар Закона о својинско-правним односима, књига прва*, Правни факултет у Подгорици, Подгорица 2009, стр. 1362 и 1363.

²⁸ *Исто*, стр. 1363.

²⁹ „Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89 и „Службени лист СРЈ“, бр. 31/93.

захтевати накнада штете.³⁰ Супротно томе, чини се прихватљивим мишљење које истиче да у тим ситуацијама не постоје имисије него да је реч о идеалним сметњама. То су случајеви кад се власник суседног земљишта омета у мирном извршавању права својине на непокретности али та сметња није физичка (нпр. отварање у суседству секс шопа или нудистичког клуба) те се оправдано тврди да сметње ове врсте не престављају суседско право.³¹ Посебни императивни прописи (закони и подзаконски акти) и акти урбанистичке регулативе уређују да ли ће на неком месту бити саграђен тоалет, отворен секс шоп, саграђен базен за купаче или неки део плаже намењен за нудисте итд.

Зависно од начина деловања имисије се деле на позитивне и негативне. Позитивне имисије продиру на непокретност оштећеног лица – нпр. дим, отпадне воде, потрес, бука, вештачки произведена топлота или хладноћа, светло и светлосни ефекати, глодари, пчеле. Негативне имисије састоје се у одузимању ваздуха, светлости и изгледа суседном земљишту због чега се обезвређује непокретност суседа или му се таквим утицајима наноси штета.³² Ову поделу имисија прихвата и новија судска пракса.³³

³⁰ Рашовић, З., *н. д.*, стр. 1362; Стојановић, Д., *н. д.*, стр. 96. Као идеалне имисије, по једном мишљењу, сматрају се утицаји који не делују на непокретност директно, али само постојање одређеног објекта на суседној непокретности утиче на смањење тржишне цене (као што је близина нуклеарне централе, близина фабрике муниције итд.) – Лазаревић, Д., *н. д.*, стр. 446.

³¹ Рајачић, Ч., *Стварно право*, Загреб 1956, стр. 124.

³² Стојановић, Д., *н. д.*, стр. 96.

³³ „Није основан тужбени захтев власника парцеле да се обавезе власник суседне парцеле за уклањање засађених стабала са своје парцеле због наступања штете услед хлада, јер радњама туженика није отежано коришћење парцеле од стране тужиоца, преко мере која је уобичајена, и не постоји извесност о наступању знатније штете.

Из образложења:

Стоји чињеница да се овом одредбом директно не пружа заштита од негативних имисија, у које спада и штета од хлада, али за оцену и правилну примену одредбе става 2. члана 3. Закона примењују се критеријуми и услови предвиђени одредбом става 1. члана 5. на основу којих се утврђује да ли постоји основ за наведену заштиту, те у конкретном случају за захтев за сечу стабала дрвећа. За одлуку по овом захтеву другостепени суд сматра да је одлучујуће да ли постојање засада црног бора и багрема на парцели туженика отежава коришћење тужиоцеве парцеле преко мере која је уобичајена, с обзиром на природу и намену његове парцеле и на месне прилике, и да ли се тиме проузрокује знатнија штета. Исти критеријуми морају се користити и приликом разматрања тужбеног захтева за наведену чинидбу применом одредбе члана 156. ЗОО. Наиме, одредбом става 1. члана 156. ЗОО прописано је да свако може захтевати од другог да уклони извор опасности од кога прети знатнија штета њему или неодређеном броју лица, као и да се уздржи од делатности од које прозилази узнемиравање или опасност штете, ако се настанак узнемиравања или штете не може спречити одговарајућим мерама. Одредбом става 2. истог члана прописано је да ће суд на захтев заинтересованог лица наредити да се предузму одговарајуће мере за спречавање настанка штете или узнемиравања.

Из наведених одредаба произилази да је основни услов за извршење спорне чинидбе извесност о наступању знатније штете.

На основу утврђених чињеница, а посебно да тужилац своју парцелу у вишегодишњем периоду није користио за сетву ратарских култура, да у истом периоду није наступила материјална штета

Истакнута подела имисија („шкодљивих утицаја“) није усвојена у одредбама члана 156. ст. 3. и 4. ЗОО, члана 5. ЗОСПО, чл. 305. и 306. Нацрта Законика и члана 266. Закона о својинско-правним односима³⁴ (ЗСПО).

6. Границе трпљења имисија

Границе трпљења имисија су првенствено одређене начином одашиљања. Закони који имисије деле на посредне и непосредне одређују забрану непосредних имисија, ако за то не постоји посебан правни основ (чл. 76. став 4. ЗСП, члан 110. став 4. ЗВ). Власник непокретности који трпи такве имисије овлашћен је да захтева да то узнемиравање престане и да му се надокнади проузрокована штета.

Посредне уобичајене имисије су допуштене, а ако нису уобичајене, онда су недопуштене. Границе између уобичајених (допуштених) и неуобичајених (недопуштених) имисија одређује се на основу правних стандарда: намене непокретности у складу са местом и временом, изазивање знатније штете итд. Тако се у делу насеља намењеног индустријској производњи допуштене имисије у већој мери него у стамбеном насељу, ваздушној бањи. У граду се морају трпети бројне имисије које нису уобичајене и допуштене на селу као што су бука, потреси, чађ, светлост која потиче од саобраћајних превозних средстава, индустријске производње, великог броја људи на разним окупљањима (на утакмицама, концертима, угоститељским објектима итд.). Граница трпљења имисија у истом месту је већа у току дана и радним данима, а мања за време док се људи одмарају (ноћу, недељом, за време празника итд.).

Право на накнаду штете има власник непокретности због имисија које изазивају знатнију штету или ако су недопуштене на основу закона.

Велике кодификације грађанског права, у одредбама које регулишу имисије, користе правне стандарде које ће, у поједином спорном случају, конкретизовати суд. Тако параграф 906. Немачког грађанског законика из 1896. године (НГЗ) прописује:

„1. Власник једне непокретности не може да забрани допирање гасова, паре, мириса, дима, топлоте, буке, потреса и сличних дејстава са другог

због хлада који потиче са парцеле туженика, да би и у случају да се на тужиочевој парцели до међе са парцелом туженика налази засад пољопривредних култура штета наступила на површини од 50 м², да туженик у вишегодишњем периоду уназад није мењао намену парцеле, произилази закључак да се постојањем засада црног бора и багрема на парцели туженика не отежава коришћење тужиочево парцеле преко мере која је уобичајена, с обзиром на природу и намену непокретности и на месне прилике, нити се на парцели тужиоца проузрокује штета, тако да није основан тужбени захтев којим се тражи да се туженик обавезе да изврши сечу наведених стабала на својој парцели” (Пресуда Окружног суда у Чачку, Гж. 1506/2008 од 11.3.2009. године, Paragraf Lex).

³⁴ „Службени лист ЦГ“, бр. 19/09.

земљишта, уколико тај утицај не делује на умањење коришћења те непокретности, или само незнатно умањује коришћење исте.

2. Исто важи и у случају када знатнији утицај настане путем уобичајеног коришћења суседне непокретности, који се не може спречити мерама, које се од корисника ове врсте економски не могу захтевати (у смислу настанка несразмерних трошкова). Уколико власник непокретности због овога утицаја трпи, овлашћен је да захтева од корисника суседне непокретности одговарајућу накнаду у новцу, ако тај утицај умањује уобичајено коришћење његове непокретности или умањује њену корист преко подношљиве мере.

3. Довођење имисија путем посебног довода није дозвољено.“

Швајцарски грађански законик из 1912 (ШвГЗ), у поређењу са параграфом 906. НГЗ и знатно краћем члану 684. употребио је уопштеније правне стандарде и препустио већу слободу суду у њиховој конкретизацији: „1. Власник је дужан да се, у оквиру свог права, посебно при индустријским радовима, уздржава од свих прекомерности које нарушавају својину суседа. 2. Посебно су забрањене имисије дима или чађи, изазивање прекомерне буке, потреса који могу да штете и који прелазе границе подношљивости, с обзиром на месне обичаје и природу непокретности“.

Закон о облигационим односима, у члану 156. став 3. ЗОО прописује накнаду штете „која прелази нормалне границе“. Члан 5. ЗОСПО потпуније, али користећи више правних стандарда, одређује да је власник непокретности дужан да се при коришћењу непокретности уздржава од радњи и да отклања узроке које потичу од његове непокретности, „којима се отежава коришћење других непокретности (преношење дима, непријатних мириса, топлоте, чађи, потреса, буке, отицања отпадних вода и др.) преко мере која је уобичајена с обзиром на природу и намену непокретности и на месне прилике, или којима се проузрокује знатнија штета“.³⁵

³⁵ Тако је судска пракса, поред осталих случајева, оценила да су имисије непријатни мириси: „За основаност захтева тужилаца за накнаду вредности незаузетог дела парцеле није од одлучног значаја правни основ на који су се тужиоци позвали, већ чињенице да незаузети део парцеле не могу да користе због претераних имисија са дела парцеле на којој је депонија смећа“ (Решење Врховног суда Србије, Рев. 2102/2009 од 17.9.2009. године) али и бука: „Суддржалац уз чију кућу пролази пут дужан је да трпи пролаз колима и уобичајени ниво имисија (буке и гасова) који су створени приликом редовне и примерене употребе колског пролаза, који је сагласан начину коришћења земљишта који су суддржаоци међусобно утврдили“.

Из образложења:

“Према утврђеном чињеничном стању, парничне странке су сукорисници земљишта - катастарских парцела 1823/3, 1823/16 и 1823/17 уписаних у ЗКУЛ 841 катастарске општине К. Правноснажним решењем 1Р.бр.131/02 од 20.11.2002. године уређен је начин коришћења земљишта тако што тужени, чија се кућа и део дворишта налазе даље од улице, ради редовне употребе свог објекта, између осталог има право да користи пешачки и колски пролаз у ширини од 3,80 метара поред куће тужиоца која се налази ближе улици. Тужени и чланови његове породице свакодневно употребљавају пешачки и колски пролаз до улице, узрокујући на тај начин онај степен буке и загађења који је уобичајен и нужан за употребу овог дела земљишта.

Члан 266. став 1. Закона о својинско-правним односима прописује да се уобичајена (неуобичајена) мера испуштања имисија одређује с обзиром на природу и намену непокретности и на месне прилике или којима се проузрокује знатнија штета.

Нацрт Законика у члану 305. став 1. предвиђа: „Власник непокретне ствари, чије је коришћење отежано преко мере уобичајене с обзиром на природу и намену непокретне ствари и месне прилике, штетљивим утицајем који потиче од радње или извора са суседне непокретне ствари (бука, прашина, дим, чађ, мирис, отпадна вода, потрес, топлота, светлост, електромагнетни таласи и сл.), може захтевати од њеног власника да се од радње уздржи, односно извор утицаја отклони.

Ако прекомерне посредне имисије потичу од делатности које су допуштене од надлежног органа, власници чије су непокретности угрожене имисијама не могу захтевати забрану испуштања имисија (обављања делатности) него само накнаду „штете која прелази нормалне границе“ (члан 156. став 3. ЗОО), али и „предузимање одговарајућих мјера да се убудуће спријече или смање прекомјерне имисије, односно наступање штете“ (члан 76. став 3. Закон о стварним правима, који је у суштини преузео решење из члана 110. став 3. ЗВ). Слично решење усвојено је и у члану 266. став 4. ЗСПО.

Члан 305. Нацрта Законика предвиђа да се уздржавање од радње, односно отклањање извора штетљивог утицаја због имисија не може захтевати, „ако се радња врши односно извор користи са дозволом надлежног органа или у оквиру општекорисне делатности, као ни ако уздржавање од радње односно отклањање извора представља несразмеран терет за власника“ (став 2). У тим ситуацијама власник непокретности има „право на правично обештећење односно накнаду штете“ (став 3).

Из ових одредаба произлази да се не може захтевати уздржавање од радње емитента или отклањање извора имисија и када се врши општекорисна делатност, иако нема дозволу надлежног органа. Појам општекорисне делатности није поуздано одређен (то својство може имати и делатност која је заснована на приватној својини), напуштен је у једном броју нових закона (члан 76. став 3. ЗСП, члан 110. став 3. ЗВ и члан 266. став 4. ЗСПО) и изазваће недоумице у пракси. Требало би, осим тога, у Нацрту Законика преузети решење усвојена у ЗСП, ЗВ и ЗСПО о могућности да се емитенту нареди предузимање одговарајућим мера да се убудуће спрече или смање прекомерне имисије, одно-

Наиме, када је између суддржалаца уређен начин коришћења земљишта тако да један од њих има и право колског пролаза који се налази уз кућу другог, не може се сматрати сметањем државине то што услед проласка моторног возила поред куће другог држаоца долази и до имисија у виду уобичајене буке и гасова. У таквој ситуацији, држалац уз чију кућу пролази колска стаза дужан је да трпи такав пролаз колима, што подразумева и његову обавезу да трпи примерен ниво имисија (буке и гасова) које се стварају редовном и примереном употребом колског пролаза” (Решење Окружног суда у Београду, Гж. 3815/2005 од 3.8.2005. године).

сно наступање штете. Употреба израза „правично обештећење односно накнада штете“ које може захтевати власник угрожене непокретности, у члану 305. став 3. Нацрта Закона, омогућиће неједнаку примену закона. Наиме, из разлога правичног обештећења, оштећеном може бити досуђено обештећење мање од штете коју је претрпео.

7. Заштита од имисија

7.1. Вансудска заштита

Заштита од имисија може се остварити вансудским или судским путем. Вансудска заштита врши се самозаштитом. Она се може предузети: 1) ако постоји право које се судским путем може остварити (тј. ликвидно право), 2) ако би изостала благовремена и ефикасна судска заштита и 3) да су радње титулара права нужне, одговарајуће (сразмерне). Најчешћи начин вансудске заштите је самопомоћ. Самопомоћ је нужно потребна радња титулара права којим повређује туђе право да би заштитио своје право или реализовао своје или туђе имовинско право. Поред општих услова за вршење самопомоћи морају бити испуњен и посебни услови предвиђени законом. Члан 76. ЗОСПО одређује да држалац ствари и права има право на самопомоћ против оног ко га неовлашћено узнемирава у државини или му ју је одузео, под следећим условима: 1) да је опасност непосредна, 2) да је самопомоћ нужна, 3) да начин вршења самопомоћи одговара приликама у којима постоји опасност.³⁶ Слично решење прихватио је и члан 162. став 2. ЗОО одређујући да се у облигационим односима кумулативно морају стећи следећи услови за предузимање самопомоћи: 1) да је опасност непосредна, 2) да је таква заштита нужна и 3) да начин отклањања повреде права одговара приликама у којима настаје опасност.

Вансудску заштиту од једне врсте имисија - роја пчела и других ствари које су доспеле на непокретност власника, предвиђа члан 72. став 3. ЗСП и члан 106. став 3. ЗВ. У том случају власник непокретности који је због тога имао нужне трошкове, има право здржавања на ствари све док му штета и трошкови не буду потпуно надокнађени. Власник непокретности може се вансудским путем заштити од евентуално будућих имисија, а не и оних које су на његову непокретност већ доспеле. Према томе, могућа је вансудска заштита од понављања имисија.

³⁶ Види: Бабић, И., *Грађанско право, књига 1. Увод у грађанско право*, Службени гласник, Београд и Факултет за европске правно – политичке студије, Нови Сад 2011, стр. 246 – 248.

7.2. Судска заштита

7.2.1. Тужба због узнемиравања државине

Због узнемиравања државине имисијама држалац непокретности може против лица које га узнемирава подићи посесорну тужбу у року од 30 дана од дана сазнања за сметање и учиниоца, а најкасније у року од годину дана од насталог сметања. Суд пружа заштиту према насталом сметању, при чему није од утицаја право на државину, правни основ државине и савесност држаоца. Решењем по тужби за заштиту од сметања државине одређују се забрана даљег узнемиравања државине под претњом новчане казне као и друге мере потребне за заштиту од даљег сметања.³⁷

По тужби због узнемиравања државине не може се одредити спровођење одговарајућих мера ради спречавања имисија – чл. 76. став 5. ЗСП (као што је уградња филтера на димњаку или прављење базена или постројења) или њихово свођење на уобичајену и дозвољену меру. Решењем суда се само може одредити забрана даљег узнемиравања.

7.2.2. Негаторна тужба (*actio negatoria*)

Право на петиторну заштиту од имисија има власник непокретности или онај ко непокретност држи на основу права изведеног из права власника - нпр. купац непокретности, плодоуживалац, ималац права грађења (члан 66. став 2. ЗСП, члан 100. став 2. ЗВ, члан 306. Нацрта Законика). Негаторна тужба је својинска тужба власника (држаоца) против оног ко га узнемирава на други начин а не одузимањем ствари. Формула ове тужбе је у римском праву била састављена негативно због чега се сматра да је по њој и добила име.³⁸

Док реивиндикациону тужбу и публицијанску тужбу подиже власник, односно претпостављени власник (држалац) због одузимања државине, негаторну тужбу подиже власник непокретности или лице које ствар држи на основу права изведеног из права власника када му државина ствари није одузета али је ометен у вршењу овлашћења на ствар. Ова тужба је слична тужби због сметања државине тако да власник држалац може поднети или државинску тужбу или негаторну тужбу. Предност негаторне тужбе је што не застарева за

³⁷ Види чл. 313. ЗСП и чл. 77, 78. и 79. ЗОСПО.

³⁸ Хорват, М., *н. д.*, стр. 151. Супротно томе, истиче се мање прихватљиво мишљење да је ова тужба добила назив по тврдњи тужиоца који негира претензију туженог да му ограничи његову својину. По правилу, странка негира (побија) тврдње друге странке у било којој парници – Гамс, А., *Основи стварног права*, Нолит, Београд 1955, стр. 201.

разлику од државинске која се мора поднети у релативно кратком року. За разлику од класичне својинске негаторне тужбе овом тужбом се може захтевати и уклањање извора недопуштених имисија.

Негаторна тужба се може подићи ако су остварене следеће претпоставке: 1) да једно лице узнемирава власника или држаоца (претпостављеног власника) ствари јер са његове непокретности потичу имисије као што су: бука, јака светлост, чађ, загађена вода које сметају власнику – држаоцу – члан 5. ЗОСПО-а); 2) да је узнемиравање неосновано, тј. противправно (негаторна тужба се не може основано поднети када је власник обавезан да трпи утицаје других лица на своју ствар)³⁹; и 3) да узнемиравање власника (држаоца) постоји и у време подношења тужбе (а не да се очекује). Стварноправни карактер негаторне тужбе испољава се у тужбеном захтеву управљеном на престанак претераних имисија и предузимању мера од стране туженог потребних да се оне спрече или смање.

Тужилац негаторном тужбом не мора захтевати и накнаду штете. Захтев за накнаду штете може бити истакнут и у посебној тужби. Ова, облигациона тужба основано се може поднети у субјективном року року од три године - од када је тужилац дознао за штету и лице које је штету учинило, а у објективном року од пет година - од кад је штета настала (члан 376. ст. 1. и 2. ЗОО)

Тужба се подноси против власника непокретности с које потичу имисије или од лица које су држаоци те непокретности на основу права изведеног из права својине.⁴⁰ Тужилац претходно мора доказати да је власник ствари или претпостављени власник. Он не мора доказивати правни основ стицања ствари а ни начин њеног стицања, него само државину, при чему се савесност државине претпоставља.⁴¹ Да би тужбени захтев био усвојен, тужилац, осим тога, мора доказати да га тужени неосновано (противправно) узнемирава.

Тужилац, такође, може захтевати престанак одређених чињења или понашања услед којих са непокретности туженог продиру имисије, успостављање пређашњег стања, и забрану будућег узнемиравања. Тужбени захтев може се односити и на престанак тзв. негативних имисија.⁴²

³⁹ Стојановић, Д., *н. д.*, стр. 109. и Станковић, О. и Орлић, М., *н. д.*, стр. 141.

⁴⁰ Gavella, N., Josipović, T., Gliha, V., Belaj, V., Stipković, Z., *н. д.*, стр. 664.

⁴¹ Кларић, П. и Ведриш, М., *Грађанско право*, Народне новине, Загреб, 2009, стр. 300. и Станковић, О. и Орлић, М., *н. д.*, стр. 142. Овај правни стандард преузет је, у основи, из члана 5. став 1. ЗОСПО-а: „Власник непокретности дужан је да се при коришћењу непокретности уздржава од радњи и да отклања узроке који потичу од његове непокретности, којима се отежава коришћење других непокретности (преношење дима, непријатних мириса, топлоте, чађи, потреса, буке, отицања отпадних вода и сл.) преко мере која је уобичајена с обзиром на природу и намену непокретности и на месне прилике, или којима се проузрокује знатнија штета.“

⁴² „Нема ограничења у коришћењу стамбеног објекта услед отварања прозора на суседном објекту, ако се кроз окно на отвореном прозору не може вршити увид у суседни стамбени објекат“ (Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 10047/2010 од 15.9.2010. године, Paragraf Lex).

Тужилац који је изложен прекомерним посредним имисијама тужбом може од туженог захтевати да отклони узроке имисија и накнаду штете која му је тиме нанесена и да убудуће на својој непокретности не предузима радње које су узрок претераних имисија, док не предузме потребне мере да се онемогуће претеране имисије (види члан 76. став 2. ЗСП, члан 110. став 2. ЗВ). Ако са непокретности туженог потичу имисије од делатности за коју је добио дозволу надлежног органа тужилац нема право (док та дозвола траје) да захтева пропуштање обављања те делатности. У овом случају тужилац је овлашћен да захтева накнаду штете проузроковане прекомерним имисијама и предузимање одговарајућих мера да се убудуће спрече или смање прекомерне имисије (уградња филтера на димњаку фабрике или пекаре, изградња базена у којима ће се вода претходно задржавати пре испуштања, постављање звучне изолације на зидовима радионице), односно наступање штете (види члан 76. став 3. ЗСП и члан 110. став 3. ЗВ). Тужилац нема право на накнаду штете за имисије које нису прекомерне односно не прелазе границе одређене законом. У случају да законом није одређена граница изнад које су имисије прекомерне, суд ће ову границу одредити конкретизујући правне стандарде одређене законом. Да ли су имисије прекомерне утврђује се с обзиром на намену која одговара тој непокретности у складу са местом и временом (члан 76. став 1. ЗСП и члан 110. став 1. ЗВ). Имитент одговара свим својим суседима на једнак начин – онима које је затекао у крају кад се доселио а и онима који су се после њега доселили. Настањивањем у одређеном крају пре неких суседа, имитент не стиче право да им намеће неповољније стандарде у односе на оне које је затекао.⁴³

Непосредне имисије су забрањене с обзиром да су радње туженог предузимане с циљем да разне материје доспеју на земљиште тужиоца. Сходно томе тужилац је овлашћен да захтева да то узнемиравање у потпуности престане и да му се надокнади целокупна штета (члан 76. став 4. ЗСП и члан 11. став 4. ЗВ).

Тужилац тужбом може захтевати повраћај у пређашње стање (нпр. да тужени са земљишта тужиоца уклони покварени аутомобил или смеће које је истоварио). У тужби се, по правилу, захтева да такво узнемиравање убудуће престане. Ако је тим узнемиравањем проузрокована штета, власник има право да захтева накнаду штете по општим правилима о накнади штете (члан 42. став 2. ЗОСПО-а).

7.2.3. Облигациона (еколошка) тужба

Технички и технолошки развој проширио је штете далеко изван суседних непокретности и на оне људе који нису власници ни држаоци непокрет-

⁴³ Станковић, О., Орлић, М., *Стварно право*, Номос, Београд 2001, стр. 210.

ности.⁴⁴ Осим људима штета се све више наноси и животној средини – еколошким системима не само у виду имисија него и на други начин и то загађењем ваздуха, воде и земљишта. Разне врсте вештачког зрачења, бука и потреси угрожавају здравље човека. Превентивне мере прописане законима, нажалост, не спречавају наступање штете.⁴⁵ Са циљем заштите животне средине донесено је више међународних конвенција и закона.⁴⁶ Стварноправна тужба се није могла применити на неке нове ситуације у животу. Ову тужбу може поднети власник непокретности и онај који непокретност држи на основу права изведеног из права власника, а не и остали држаоци непокретности. Стога је у правни систем уведена и облигациона тужба коју, због еколошке штете, може поднети и лице које није непосредно угрожено. Појам еколошке штете одређује се на основу еколошке валенце (еколошке амплитуде). Еколошка валенца је обим варирања еколошких фактора у коме је могућ опстанак одређене врсте. Сходно томе, еколошка штета је онај степен загађења животне средине који превазилази дозвољене границе (оптерећење животне средине) и угрожава еколошку валенцу човека.⁴⁷

Еколошку тужбу може поднети превентивно свако лице ако њему или неодређеном броју лица прети знатнија штета. Тужбу може поднети и једно лице које је претрпело мању штету ако докаже да су знатнију штету претрпела друга лица.⁴⁸ Ако штета настане у обављању општекорисне делатности за коју је издата дозвола надлежног органа, њена накнада се може се захтевати ако прелази прописом утврђене, односно нормалне границе.

⁴⁴ Тако је највећа америчка корпорација Етил-бензин 1923. почела производњу оловног бензина (тетраетил-олово је зауставило лупање мотора). „Најмање петнаест радника умрло је на почетку производње оловног бензина, а небројено их се поразбољевало, често са силовитим симптомима; тачан број се не зна зато што је компанија готово увек успевала да заташка вести о непријатном цуркању, изливима и тровањима. Повремено, међутим, заташкавање вести није било могуће – посебно 1924. године, када је за само неколико дана пет производних радника умрло, док је још тридесет пет неповратно преобработено у посрћуће рутине, у једном једином лоше проветреном погону“ – Брајсон Б., *Кратка историја безмало свачега*, Лагуна 2005, Београд страна 155. У Лондону је 1952. услед смога и других климатских прилика, умрло 3000 људи за пет дана, а још 1500 је умрло у току следећих недеља. Такође, услед сличног загађења 1956. умрло је за 18 сати 1000 људи – Пећанац, Б., *Особеност грађанскоправне одговорности за еколошке штете*, *Правни живот* бр. 9/06, стр. 624.

⁴⁵ Цигој, С., *Грађанска одговорност*, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, том први, Службени лист СФРЈ, Београд 1978, стр. 515. и 516.

⁴⁶ У међународним размерама заштита животне средине штити се све већим бројем међународних аката: Рио декларација о животној средини и развоју из 1992, Штокхолмска декларација из 1972, Хелсиншка правила из 1966, Конвенција о грађанској одговорности за штете настале услед активности које су опасне за животну средину из 1993, Конвенција о праву непловидбеног коришћења међународних водотока из 1997, Протокол из Кијота из 1997 – в. потпуније: Виг З., Гајинов, Т., *Стање и перспективе еколошкоправне регулативе у Србији*, Факултет за европске правно-политичке студије, Нови Сад 2011, стр. 31 - 35.

⁴⁷ Пећанац, Б., *н. д.*, стр. 627.

⁴⁸ Благојевић, Т. Б., Круљ, В., *н. д.* стр. 441.

Поједини правни писци ову тужбу називају популарна тужба (*actio popularis*⁴⁹). Супротно томе, истакнуто је и мишљење да „наше право не познаје популарне тужбе“ иако се предлаже њихово увођење „на подручју које је још ново у погледу правног регулисања, као што је управо заштита човекове средине.“⁵⁰ Тужба коју свако може поднети са циљем да се уклони опасност штете (члан 156. ЗОО) може се сврстати у популарне тужбе. Оправдано се истиче да у савременом праву популарну тужбу не може подићи свако лице него само оно које припада одређеној категорији и да тужилац не мора доказивати постојање свог властитог интереса.⁵¹ Одредбе члана 156. ЗОО уклапају се у такво одређење популарне тужбе. Тужбу са захтевом да се уклони опасност штете може поднети и оно лице које није директно угрожено (нпр. један од пољопривредника, један или неколико станара солитера, удружење еколога). Ова тужба се може поднети ако неком лицу (тужиоцу) „или неодређеном броју лица“ прети „знатнија штета“ од неког извора опасности.⁵² Ако се настанак узнемиравања или штете не може спречити одговарајућим мерама тужилац може захтевати да суд нареди туженом да уклони извор опасности или да се уздржи од делатности од које произлази узнемиравање или опасност штете.

У случају да је штета настала у обављању општекорисне делатности за коју је добијена дозвола надлежног органа, тужба се ограничава на захтев за накнаду штете која прелази нормалне границе.⁵³ И у том случају се може захтевати предузимање друштвено оправданих мера за спречавање наступања штете или за њено смањење (члан 156. ст. 3 и 4. ЗОО). Које су то мере у сваком поједином случају оцењује суд.⁵⁴ Ако је штета настала обављањем делатности

⁴⁹ Назив *actio popularis* потиче из римског права за тужбу коју је могао подићи „било ко из народа“ (*quivis ex populo*) или „ко хоће“ *qui volet* – Даниловић, Ј., Популарна тужба, одредница у *Енциклопедији имовинског права и права удруженог рада*, Службени лист СФРЈ, Београд 1978, том II, стр. 998.

⁵⁰ Даниловић, Ј., *н. д.*, стр. 1004 и 1005.

⁵¹ Даниловић, Ј., *н. д.*, стр. 998.

⁵² Тако је у одлуци Врховног суда Војводине Рев. 1063/88 од 28. децембра 1988. усвојен став да: „Власник суседне парцеле има право да тражи од суседа да уклони објекат који се налази на међи и који је склон паду и представља извор опасности од кога прети знатнија штета“ Радованов, А., *Врховни суд Војводине – Зборник судске праксе (грађанскоправна област)*, Правни факултет за привреду и правосуђе, Нови Сад 2009, стр. 134.

⁵³ Такав став усвојила је и судска пракса: „Није оправдан захтев власника постојеће стамбене зграде за накнаду материјалне штете у висини тржишне вредности те зграде због штетних имисија услед близине постројења туженог, без обзира на интензитет тих имисија, уколико се оне могу отклонити или спречити одговарајућим мерама на ниво који не прелази нормалне границе“ (Пресуда Врховног суда Србије Рев – 2269/05 од 24. августа 2006, наведена код: Вељковић, Д., *Облигациони односи – кроз правне ставове, закључке и судску праксу највиших судова*, Београд 2009, стр. 239. и 240).

⁵⁴ У одлуци Врховног суда Војводине Рев – 761/89 од 20. септембра 1989. основано је заузет став: „Отклањање извора опасности штете одређује се на начин који је најлакши за обезбика“ – Радованов, А., *н. д.*, стр. 134.

без дозволе надлежног органа, лице која обавља делатност одговара за целокупну штету – и када не прелази нормалне границе.⁵⁵

Уколико је радњом или нерадњом штетника проузрокована еколошка штета, а између радње или нерадње штетника односно одговорног лица и штете постоји правно релевантна узрочна веза, настаје одговорност за штету. У правној литератури и судској пракси прихваћен је став да ствар или делатност (извор опасности) од кога прети знатнија штета представљају опасну ствар односно опасну делатност те да се одговара по правилима о објективној одговорности за штету.⁵⁶ Сходно томе, ако је штета настала у вези са опасном ствари, односно опасном делатношћу важи претпоставка узрочности - претпоставља се да штета потиче од те ствари односно делатности.⁵⁷ Ималац опасне ствари односно лице које се бави опасном делатношћу може доказивати да опасна ствар и опасна делатност нису биле узрок штете (чл. 173. и 174. ЗОО). Они се ослобађају одговорности ако је штета настала услед више силе, искључиво радњом оштећеника или трећег лица, коју он није могао предвидети и чије последице није могао избећи или отклонити (в. члан 177. ЗОО).

Одговорност за еколошку штету регулишу и посебни закони. Тако члан 103. став 1. Закона о заштити животне средине (ЗЗЖС)⁵⁸ прописује објективну одговорност загађивача за загађење животне средине. Став 2. тог члана, супротно томе, одређује да је за загађење животне средине одговорно правно и физичко лице које је незаконитим или неправилним деловањем омогућило или допустило загађење животне средине – тј. усваја принцип субјективне одговорности за штету. На случајеве одговорности за штету нанету животnoj средини која нису уређена ЗЗЖС супсидијарно се примењују општа правила ЗОО (члан 108. ЗЗЖС). Право на накнаду еколошке штете има свако лице које је претрпи. Република Србија задржава право на накнаду штете ако нема других лица која имају то право.

У тужби се кумулативно може истаћи више захтева - члан 197. став 1. Закона о парничном поступку (ЗПП)⁵⁹: захтев за уклањање извора опасности,⁶⁰

⁵⁵ Шулејић, П., Загађивање животне средине и загађење, *Правни живот* бр. 11/00, страна 470.

⁵⁶ Слободан, П., (главни редактор, са групом аутора), *Коментар Закона о облигационим односима, књига прва*, Савремена администрација, Београд 1995, стр. 354, 357; Лазаревић, Д., н. д., стр. 476; Пећанац, Б., н. д., стр. 632.

⁵⁷ Станишић, С., *Објективна одговорност за штету*, Паневропски универзитет „Апеирон“, Бања Лука 2012, стр. 199 – 203.

⁵⁸ „Службени гласник РС“, бр. 135/04, 36/09 – др. закон и 72/09 – др. закон.

⁵⁹ „Службени гласник РС“, бр. 72/11.

⁶⁰ “Заштита од штетних дејстава имисија може се тражити не само кад штетна дејства имисија већ постоје, него и ако само прети опасност од штетних дејстава.”

Из образложења:

Када је реч о неспорној чињеници да је туженикова септичка јама водопропусна, несумњиво је да постоји опасност од процеђивања отпадних вода у парцелу тужноца. Вештак се свакако могао изјашњавати само о опасности односно о могућности да до тога дође (првостепени суд погрешно сматра да је потребно да је заиста и до тога дошло) и то је сасвим довољна чињеница

захтев да се власник непокретности с које допиру имисије уздржи од делатности (ако су непосредне) од које произлази узнемирање или опасност штете, ако се настанак узнемиравања или штете не може спречити одговарајућим мерама (члан 156. став 1. ЗОО). Такође, тужилац може поднети и евентуални захтев, тако да суд усвоји следећи од тих захтева, ако нађе да претходни захтев није основан (члан 197. став 2. ЗПП). Тако, тужилац може захтевати од туженог да отклони извор опасности, а ако овај захтев буде одбијен, да суд нареди предузимање одговарајућих мера за спречавање настанка штете или узнемиравања, на трошак туженог (држаоца извора опасности), ако овај сам то не учини.

ЗАКЉУЧЦИ

Имисије су материје које потичу с једне непокретности и ваздухом, водом односно земљиштем продиру на друге непокретности и онемогућавају или отежавају њено коришћење. Право на заштиту од имисија има власник непокретности који је у суседскоправној заједници (*communio pro diviso*). Он је дужан да трпи и ограничења која проистичу из истог суседског права осталих власника непокретности.

Имисије могу бити посредне, непосредне, позитивне и негативне. Непосредне имисије настају када власник једне непокретности директно одашиље на непокретност другог власника дим, неугодне мирисе, отпадне воде, потрес, буку и друго. Због тога што су радње власника једне непокретности уперене директно на то да суседно земљиште изложи имисијама, оне су забрањене.

Посредне имисије су оне које доспевају на непокретности суседа случајно или деловањем природних сила. Оне потичу од активности на суседном земљишту. Уобичајене посредне допуштене имисије дужан је да трпи власник непокретности и нема право на накнаду штете која би настала услед ових имисија.

Позитивне имисије продиру на непокретност оштећеног лица – нпр. дим, отпадне воде, потрес, бука, глодари, пчеле. Негативне имисије састоје се у одузимању ваздуха, светлости и изгледа суседном земљишту због чега се обезвређује непокретност суседа или му се таквим утицајима наноси штета.

Заштита од имисија може се остварити вансудским или судским путем. Вансудска заштита врши се самозаштитом. Држалац непокретности који трпи имисије може против лица које га узнемирава подићи тужбу због сметања државине. Право на тужбу (*actio negatoria*) има власник непокретности или онај ко непокретност држи на основу права изведеног из права власника. Ово је својинска тужба власника против оног ко га узнемирава на други начин, а не одузимањем ствари.

за закључак о опасности од загађења тужиоцеве непокретности” (Решење Окружног суда у Ваљеву, Гж. 1247/2006 од 3.8.2006. Paragraf Lex).

Облигациону - еколошку тужбу може поднети превентивно свако лице ако њему или неодређеном броју лица прети знатнија штета. Тужбу може поднети и једно лице које је претрпело мању штету ако докаже да су знатнију штету претрпела друга лица. Ако штета настане у обављању општекорисне делатности за коју је издата дозвола надлежног органа, њена накнада се може захтевати ако прелази прописом утврђене, односно нормалне границе.

Ilija Babić, LL.D

**Professor at the Faculty of European Legal and Political Studies in Novi Sad,
“Singidunum“University**

IMMISSIONS IN CIVIL LAW

Summary

Immissions are substances that come from a real property and are introduced into other real properties by air, water or soil, making their use difficult or impossible. The right to be protected against immissions has the owner of the real property that is in a co-owned community (communio pro diviso). He is bound to suffer the restrictions arising from the same neighbour's rights of other property owners.

Protection against immissions can be achieved in or out of court. Out of court protection is achieved by self-protection. A real property owner suffering immissions can file a lawsuit for disturbance of possession against a person disturbing it. The right to possessory action (actio negatoria) has the owner of the real property (or the one who owns the real property based on the rights derived from the rights of owner) against the one who disturbs him in a way other than dispossession.

Obligation - environmental lawsuit may be filed preventively by any person if they, or an unspecified number of persons, are in danger of suffering considerable damage. The lawsuit may be filed by a person who has suffered minor damage if they prove that the others sustained more considerable damage. If damage occurs during the performance of an activity of public interest for which the permit was issued by the competent authority, its compensation may be required if it exceeds the specified regulatory, that is normal limits.

„Власник непокретности нема право на накнаду штете која настаје услед уобичајених и мањих штетних дејстава која долазе са суседне непокретности“, одлука ВСС-а, Рев. 1700/82, објављена у књизи *Актуелна судска пракса*, н. д., стр. 44.

ИМИСИЈЕ И ГРАЂАНСКОПРАВНА ЗАШТИТА¹

Мирослав Лазии*

Апстракт: Рад се бави суседскоправним ограничењима својине, а посебно заштитом својине од шкодљивих утицаја (имисија), појмом суседства, мером прекомерности имисија, и грађанскоправном заштитом од недопуштених штетних утицаја. Такође, указује се на сродност и разграничење заштите од имисија и заштите еколошке средине од сметања истим материјалним честицама, као и могућности њиховог квантифицирања и примене ових мерила код грађанскоправне заштите.

Кључне речи: Својина – суседска права – имисије - заштита.

I. Уводна разматрања

Својина представља друштвено регулисани начин присвајања ствари (res) који служи задовољавању најразличитијих човекових потреба.² Индивидуалистички појам својине, као апсолутног и искључивог права власника, настао је у римском праву. Власници су у вршењу свог права уживали велику слободу. Qui suo iure utitur, neminem laedit (Sec. Paulus - D. 50, 17, 155). Индивидуалистичко схватање својине прихваћено је и у првим грађанским кодификацијама³ које су својину третирали као право човека на «суверено» коришћење и располагање предметом својине.

Пораст становништва и њихове међузависности, развој културних потреба, као и технолошка модернизација живота, постепено су «гасиле» индивидуалистичко схватање својине као «тврђаве» где је забрањено питати «како и зашто»⁴ власник поступа са предметом својине. Друштвени развој је усло-

* Мирослав Лазии, редовни професор, Правни факултет Универзитета у Нишу

¹ Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта: „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (Република Србија, бр. пр. 179046).

² А. Гамс, Својина, Београд, 1991, стр. 12.

³ “Својина је право које допушта коришћење ствари на неограничен начин, под условом да се она не врши у циљеве противне закону и уредбама” - чл. 544. С. с.); Слично § 354 ABGB; §§ 211 и 216 СГЗ; Чл. 93 ОИЗ ЦГ; § 903 BGB.

⁴ Р. Родијер (R. Rodière), Злоупотреба права, Анали ПФ у Београду, 1-2/1960, стр. 7.

вио схватаће да «наша правна овлашћења нису апстрактна него имају једну социјалну вредност, па зато морају и да се остварују социјално, саобразно циљу који је променљив са земљама, с временом и с правним односима у питању...»⁵ Одређивање садржине својине више није било могуће без одређивања све бројнијих ограничења својине. Она све више губи индивидуалистички карактер и постаје социјална категорија која се сужава како у приватном, тако и у општем интересу.⁶

Власнику се, поред традиционалних ограничења, као што су суседска права која су се стално развијала - посебно у форми имисија, намећу и нека нова ограничења - попут забране злоупотребе права⁷ и др. Такође, шири се и круг јавноправних ограничења, а посебно у новије време, нпр. еколошким прописима који регулишу забрану или ограничење емитовања прекомерних честица које могу бити и предмет имисија и облик загађења животне средине (бука, загађеност воде, ваздуха итд.). То условљава двоструку заштиту од ових штетних утицаја – грађанскоправну и јавноправну, како превентивну, тако и реактивну.

У нашем раду бавићемо се посебно прекомерним штетним утицајима (имисијама) као суседскоправним ограничењима својине, њиховим дејством и грађанскоправном заштитом од штетних утицаја. Ова разматрања су значајна посебно због очекиваног доношења новог Закона о својини и стварним правима Србије. Такође, направићемо паралелу са заштитом животне средине која објективизира мерила за неке облике прекомерних имисија.

II. Појам и врсте суседских права

Најстарије ограничење својине је суседско право.⁸ Власник је, одувек, морао водити рачуна и о својини комшије из суседског односа, било тако што је морао да му допусти делимично коришћење своје непокретности или могао

⁵ М. Марковић, *Злоупотреба права, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, Београд, 1978, том III, стр. 1008; Више, М. Марковић, *diss. La théorie de l'abus des droits en droit comaré*, Paris, 1936, pp.128, 140, 151.

⁶ Након Првог светског рата, преовлађује социјални карактер својине. «Својина обавезује. Њена употреба треба истовремено да служи општој користи» (чл. 153 ст. 3 Вајмарског устава из 1919).

⁷ Још је у римском праву иречено: *Malitis non est indulgendum* (Celsus - D. 6,1,38); «Заблуда је да је забрана злоупотребе права скорашњег порекла и да се индивидуализам и забрана злоупотребе права искључују» - М. Константиновић, *Забрана злоупотребе права и социјализација права*, Архив, Београд, 1925, прештампан у *Аналима ПФ у Београду*, бр. 3-4/1982, стр. 269. Као да је правило: *Utī, non abuti.* (Ulpianus - D.7,1,15,1) одувек саставни део појма својине. Својина је «чедо свога времена» - Д. Стојановић, *Право својине у ЕЕЗ, Правни живот*, 11-12/1991, стр. 1176.

⁸ Ограничења у интересу суседа су постојала још у Закону 12 таблица. Тако је сваки власник земљишта морао оставити дуж међе две и по стопе необрађено...Власник није имао право да скрене природни ток воде.., В. О. Станојевић, *Римско право*, Београд, 1992, стр. 184.

користити суседову непокретност, било тако што на одређени начин узајамно нису могли користити своје непокретности или, пак, имали одређене позитивне обавезе према суседу. Суседско право регулише колизију два апсолутна права својине из односа суседства са циљем да индивидуалне, а често и супротстављене и егоистичке интересе власника суседних непокретности, помири и претвори у чиниоце добросуседских односа и друштвеног реда и мира. Од власника - суседа се захтева узајамна обзирност у вршењу својих права.

С обзиром да Србији предстоји доношење стварноправног закона, најпре ћемо указати на место суседских права у законској систематизацији. Суседска права су законска ограничења својине *suī generis* и требало би да се нађу у оквиру регулативе института својине, односно њених ограничења. Нови стварноправни закони држава с простора бивше Југославије им углавном и додељују такву позицију.⁹ Једино црногорски Закон о својинско-правним односима из 2009. године одступа, сматрамо непотребно, од овог решења, и суседска права смешта после стварних службености. Иако нека суседска права садржински подсећају на стварне службености, од њих се суштински разликују.¹⁰

Код регулисања суседских права, веома је важно одредити појам суседства. Намеће се питање и да ли је могуће одредити јединствени појам суседства. Тако, иако у аустријском праву важи један јединствени појам суседства непокретности, одређен § 364 ABGB, који се примењује код свих суседских права, појам суседства се може и другачије прецизирати појединим специјалним законима. Према §364 ABGB суседи нису само власници непосредно граничних земљишта, већ и сви власници непокретности из те области који врше узнемиравање тог земљишта, без обзира на удаљеност, било тако што заклањају видик и светлост или са којих допире непријатан мирис због постојања погона или неке производње. Суседско право се не односи само на суседна земљишта, већ и на зграде које се налазе на суседним земљиштима. Суседи су лица која путем постојања земљишта, подизања зграде, пословања или постојања намере одузимања или узнемиравања својине или других стварних права у земљи

⁹ Закон о власништву и другим стварним правима (ЗВСП) - „Народне новине“, Република Хрватска 91/96; Закон за сопственост и други стварни права (ЗССП), „Сл. весник“, БЈР Македонија, 18/2001; Стварноправни законик, *Урадни лист Р Словеније*, бр. 87/02; Закон о стварним правима Републике Српске ентитета из састава државе БИХ (ЗСП), „Службени гласник“ Републике Српске, 124/2008); и Закон о својинско-правним односима Црне Горе (ЗСПО) – „Сл. лист Црне Горе“, 19/09). Држава Србија и Ентитет Федерација БИХ нису донеле нове стварноправне законе. У Србији се примењује Закон о основама својинскоправних односа (ЗОСПО), «Сл. лист СФРЈ», бр. 6/80 и 36/90, «Сл. лист СРЈ», бр. 29/96 и «Сл. гласник РС», бр. 115/2005 - др. закон.

¹⁰ Тако: М. Тороман, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада («Суседско право»), Београд, 1978, 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..

и иностранству, могу извршити сметање својине.¹¹ Мишљења смо да појам суседства треба одредити грађанским закоником, а евентуалне специфичности посебним законима (нпр. прописима о грађевинским објектима, о рудницима...).

Важан задатак законодавца је и прецизно одређивање начела и граница у оквиру којих се врше суседска права. Тако, по црногорском закону, то су: начело поштења, начело рестрикције при вршењу права, правни стандард добросуседских односа и месни обичаји (чл. 250, ст. 2 и 3 ЗСПО), што одговара традиционалним решењима суседских права. У српском Нацрту Законика о својини и другим стварним правима из 2006. год. (у даљем тексту: Нацрт¹²) предвиђено је да је „ималац суседског права дужан је да поступа у складу са обичајима доброг суседства и узајамном обзирношћу у суседском односу, а нарочито на начин којим, најмање шкодећи власнику суседне непокретне ствари односно њеном овлашћеном кориснику, подједнако остварује своје право“ (чл. 290 ст. 3 Нацрта). Поред стандардних начела узајамности и рестриktivности. Нацрт садржи стандард „обичаји доброг суседства“ као замену за традиционални стандард „месни обичаји“. Ова формулација, вероватно, представља покушај да се повећа квалитет месних суседских односа („добросуседство“). У супротном, мишљења смо да предложена промена термина није неопходна.

Као спорно питање може се јавити и дилема да ли суседско право важи само за власнике или и остале кориснике непокретности? У праву нових закона држава насталих из бивше Југославије, појам субјекта суседског права није поистовећен са појмом власника, већ је проширен на непосредне држаоце непокретности, осим детентора. Сматрамо да је ово решење правилно проширило субјекте суседских права, јер њихов циљ није само разграничење власничких, већ и корисничких сфера код непокретности.¹³ У нашој досадашњој пракси је, на основу решења ЗОСПО-а, одговоран за прекомерне имисије био само власник, а право на накнаду је имао и корисник земљишта.¹⁴ Тако, „на заштиту од штетних имисија овлашћен је не само власник земљишта, већ и свако ко земљиште поседује на основу ограниченог стварног личног права (нпр.

¹¹ Опширније, E. Feil, Privates Nachbarrecht und Immissionen, Eine systematische Darstellung für die Praxis unter Berücksichtigung des ZivRÄG 2004 und der ZivVerfNov, Wien, 2005, Rz. 8, str. 47, Rz. 13, str. 65.

¹² Нацрт Законика о својини и другим стварним правима је израдила радна група на челу са председником проф. В. В. Водинелићем. В., Ка новом стварном праву Србије, Београд, 2007.

¹³ О томе Д. Стојановић, Стварно право, Београд, 1980, стр. 107-108; М. Лазих – Н. Планојевић, Службености и суседска права у стварном праву Црне Горе, Правна ријеч, 28/2011, стр. 98.

¹⁴ За претеране имисије одговара власник земљишта са кога се те имисије проузрокују - било да сам проузрокује претеране имисије или лица која је он овластио да користе његово земљиште (закупци) или лица која му помажу у вршењу његовог права.

закупац)¹⁵. Сматрамо да је прихватљиво решење из Нацрта – да су одговорни власници или корисници земљишта.

Функција суседских права је да суседима наметне узајамну обавезу вршења права својине на поштеђујући начин.¹⁶ Суседскоправна ограничења су законска ограничења која повезују три циља: узајамност права и обавеза суседа, забрана ометања суседа и корелативност права и обавеза суседа. У правној теорији се суседска права различито разврставају¹⁷, а ми се опредељујемо за поделу у три групе:

- Суседска права која забрањују ометање суседа у мирном и рационалном коришћењу своје непокретности (право на заштиту од поткопавања земљишта које би угрозило стабилност суседних зграда, заштита од промене природног тока воде, заштита од имисија и др.);

- Суседска права која карактерише узајамност права и обавеза суседа (међусобно коришћење заједничке ограде, међа, гранични засади и др.);

- Суседска права која карактерише корелативност права и обавеза суседа. Слична су стварним службеностима и односе се на право употребе суседног земљишта и право нужног пролаза.

Савремени живот намеће потребу даљег развоја и настанка нових суседских ограничења својине. Циљ овог процеса својеврсне „социјализације“¹⁸ својине је да се успоставе минимални стандарди који ће обезбедити да заједнички живот суседа буде подношљив и могућ, а сфере коришћења непокретности разграничене.

Иако се законодавна пракса не бави разврставањем, већ регулативом, корисно је да се приликом одређивања редоследа хетерогених суседских права води рачуна о сродности елемената и садржине. Тако црногорски ЗСПО регулише двадесетак¹⁹ суседских права различитих врста, не групишући их фор-

¹⁵ Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2357/00 од 14. 02. 2002. г., ParagrafLex-a. <http://www.paragraf.rs/arhiva>.

¹⁶ “Опште је правило: сусједи, већ ради тога што су сусједи и ради потпунијег уживања својих добара, треба да вршење свог власничког права, колико је год више могуће, тако удесе, како неће један другога узнемиравати нити му какву штету наносити” (чл. 141 ОИЗ ЦГ).

¹⁷ По једној подели то су: права која значе забрану ометања суседа, она са узајамним и она са корелативним правима и обавезама суседа (М. Тороман, Д. Стојановић). 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). По трећој подели то су: права из разграничења, имисије и права коришћења суседне непокретности (Р. Ковачевић Куштримовић).

¹⁸ М. Тороман, цит. дело, стр. 234.

¹⁹ Следећи традицију Богишићевог ОИЗ-а из 1888. године, који је потпуније регулисао материју суседских права у односу на Српски грађански законик из 1844., црногорски ЗСПО из 2009. год. уређује велики број суседских права (чл. 250–268 Главе девет). Службености – стварне и личне су регулисане у претходној Глави осам (чл. 193-249). В., М. Лaziћ – Н. Платојевић, цит. дело, стр. 98.

мално по целинама са посебним насловљавањем, што ретко који законодавац чини, али „ређајући“ их према сродности. Нацрт Законика о својини и другим стварним правима Србије, суседска права групише по сродности у посебне одељке, што повећава прегледност текста и олакшава сналажење у њему.

Српско позитивно право није регулисало целовито суседска права. Закон о основама својинско-правним односима (ЗОСПО) садржи само одредбу о заштити од имисија у суседско-правном односу (чл. 5), а за остала се примењују правна правила из Српског грађанског законика из 1844. Зато је неопходна потпуна регулатива суседских права, као што је и предложено у свим досадашњим српским нацртима. С обзиром да су имисије најкомплексније суседско право које захтева веома сложену регулативу, ова одредба из ЗОСПО-а није довољна. У наставку рада ћемо се детаљније бавити штетним утицајима, односно имисијама као суседским правом и спорним питањима у вези са њиховом регулативом и заштитом, *de lege ferenda*.

III. Појам и карактеристике штетних утицаја (имисија)

Под имисијама се подразумевају утицаји који долазе са једне непокретности на другу, суседну, који су материјалне природе и који се могу опазити. Они могу бити проузроковани преношењем дима, непријатних мириса, топлоте, чађи, потреса, буке, отицања отпадних вода или слично.²⁰ Имисије које се преносе природним путем са једног земљишта на друго морају да проузрокују знатну штету суседном власнику земљишта на начин да оштећују ствари које се налазе на том земљишту или само земљиште - тако што умањују његове приносе, умањују вредност земљишта и сл., или проузрокују штету лицима која на њему бораве.

Код регулисања суседских права у модерним законцима, посебну пажњу заслужује начин на који се регулише имисије, јер се ради о актуелном и важном суседском праву. Због тога се реформишу грађански законци, али се регулишу и посебним законима. У правној теорији постоји готово општа сагласност да имисије спадају у категорију суседских права чији је циљ забрана ометања суседа у мирном коришћењу непокретности.²¹

Имисије се одређују негативно, навођењем недопуштених начина вршења имисија коришћењем правног стандарда - месне уобичајености коришћења непокретности одређене природе и намене. Заштита се пружа само од пре-

²⁰ В., Пресуду Врховног суда Србије, Рев. 2357/00 од 14. 02. 2002. год., ParagrafLex-a. <http://www.paragraf.rs/arhiva>.

²¹ Д. Стојановић, нав. дело, стр.108; М. Тороман, нав. дело, стр. 237-238; О. Станковић – М. Орлић, нав. дело, стр. 209-210 итд..

комерних имисија. Због тога је код имисија веома важно одредити мерило за утврђивање „прекомерности“ штетних утицаја са суседове непокретности, односно за процену да ли се ради о недозвољеним радњама – које се не морају трпети, или о дозвољеним штетним утицајима, тзв. иделаним имисијама - које се у датом окружењу морају трпети. Да ли је загађивање ваздуха и земљишта допуштено или не зависи од тога да ли су утицаји на свог суседа претерани.

Месно уобичајено коришћење је правни стандард који се мења од „места до места“, зависно од тога да ли се земљиште или зграда на том земљишту налази на селу, у граду, бањском лечилишту или викенд насељу, али и од зоне у поједином насељу (стамбена четврт или индустријска зона града). Тако, једна имисија која се као неизбежна мора трпети у индустријској зони, у стамбеној четврти се не мора подносити (нпр. гар месно уобичајен у индустријској зони града не мора се подносити у зони у којој се налази клиника или стамбено насеље). Коришћење земљишта са кога имисије произилазе је месно уобичајено ако је исто са коришћењем већине земљишта у суседном окружењу. За утврђивање месне уобичајености коришћења непокретности узима се у обзир она са које имисије произилазе. „Задатак „мере сношљивости“ је да одреди када постоји прекомерна имисија. Ако постоји јавно одобрење, води се рачуна о утицају – непосредном и посредном учинку на људе, животиње, биљке и животни простор као што су земљиште, ваздух, вода и клима.“²²

Међутим, у новије време се, уместо правног стандарда у коме је, ма како објективизиран, садржан и елемент субјективне процене суда (мера просечне осетљивости човека), приступа техничко-технолошкој квантификацији појединих имисија. Тако се на основу техничких стандарда егзактних наука и медицине у погледу штетности на здравље човека, утврђују прецизни стандарди штетности, односно граница мере подношљивости појединих имисија. Тако нпр. код заштите од буке – одређивањем висине децибела и мерењем се утврђује да ли бука на појединим местима прелази постављене стандарде границе подношљивости; код органског или неорганског хемијског отпада мерилом за конкретну загађеност итд.²³ Мера просечне подношљивости човека може бити релативна²⁴, а квантитетом нечега (количина, множина, величина) се то објективизира. Ове мере су посебно применљиве код штетних утицаја чије материјалне честице уједно могу представљати како имисије, тако и угрожавање еколошке средине, а која се штити прописима јавног права. Квантификација штетних утицаја је посебно добила на значају развојем еколошког права и заштите животне средине од штетних утицаја.

²² Е. Feil, цит. дело, Rz. 13, str. 64.

²³ О томе, Д. Лепетић, Штетне имисије и природно право, Правни живот, Београд, 9/1995, стр. 382.

²⁴ Тако, један од најважнијих штетних медицинских ефеката комуналне буке јесте ометање спавања, при чему су најугроженије особе са високо израженом осетљивошћу на буку (10% становништва) и умереном осетљивошћу на буку (20% становништва). Поремећаји спавања се могу јавити код изложености нивоу буке већем од 40 dB, а код више од 50 dB су далеко чешћи.

У упоредном праву се поред непосредних утицаја, говори и о посредним штетним утицајима. Посредно недопуштени утицаји у аустријском праву, дати примера ради, а не еnumerацијом, су случајеви светлећих реклама и биоскопског снопа који штете суседу; јонизирајуће зрачење (радијација); крчење заштитне шуме против ветра код шумског земљишта; тканина која код обраде на суседном земљишту контаминира воду или земљу; издувни гасови који од суседа потичу. Код оваквих стварних терета постоје претпоставке за захтевање пропуштања ових радњи. Непосредни утицаји су грубе физичке провале у простор некретнине, путем бацања камена, кугле, фудбала, голф лоптица, тениских лоптица, земљишне масе, грана, стоке, бетонских делова, отпалог грађевинског материјала, постављање крана итд.²⁵

Међутим, под појмом имисија се не сматрају чисто психичка дејства на власника која повређују моралне или естетске осећаје. Нпр. градња високе куће, градња рампе или одузимање видика. Оваква сметања могу уживати заштиту правом на захтев за умањење штетног утицаја на допуштену меру и на накнаду штете. Стварноправни захтев према суседу подразумева једно неовлашћено задирање у ствари, чије значење додуше и од његовог деловања на људе зависи, али је неопходна повреда својине. У супротном, изостаје стварноправна заштита од имисија.²⁶

Идеалне имисије се могу јавити у форми проузроковања згражавања, љутње, озледе спољњег изгледа, естетских повреда итд. и не уживају правну заштиту иако субјективно сметају суседу. Тако, у аустријском праву²⁷, подизање једног ноћног купалишта, бордела или сметлишта или заклањање суседове непокретности није могуће спречити путем стварноправне заштите од имисија. Овде се може захтевати поштовање јавноправних прописа везаних за заштиту од буке и других прописе о заштити еколошке средине или грађевинских прописа и накнада штете.

У важећем српском законодавству регулатива имисија по чл. 5 ЗОСПО је недовољна за ефикасну грађанскоправну заштиту и захтева одређене измене и допуне.²⁸ ЗОСПО у погледу врсте имисија регулише позитивне имисије од

²⁵ В., § 364 ст. 2. ABGB. О томе, Е. Feil, цит. дело, Rz. 15, str. 68.

²⁶ Тако, постављање од суседа (власника или корисника – нпр. закупца) сигурносних камера или уређаја за прислушкивање на свом прозору, који „продире“ у башту суседа и иритирају суседа или његове госте, неће моћи да се отклони стварноправним захтевом и није предмет заштите од имисија, већ ће се решавати кроз питање заштите личности и приватне сфере. Пример наведен код Е. Feil, цит. дело, Rz. 15, стр. 69.

²⁷ Е. Feil, цит. дело, Rz. 15, стр. 70.

²⁸ „Власник непокретности дужан је да се при коришћењу непокретности уздржава од радњи и да отклања узроке који потичу од његове непокретности, којима се отежава коришћење других непокретности (преношење дима, непријатних мириса, топлоте, чађи, потреса, буке, отицања отпадних вода и сл.) преко мере која је уобичајена с обзиром на природу и намену непокретности и на месне прилике, или којима се проузрокује знатнија штета. Без посебног правног основа забрањено је вршење сметњи из става 1. овог члана посебним уређајима“ (чл. 5 ЗОСПО).

којих се пружа заштита. Такође, поставља критеријум за одређивање граница преко којих се оне не морају трпети – преко мере уобичајене с обзиром на природу и намену непокретне ствари и месне прилике. У Нацрту законика о својини и другим стварним правима предложено је потпуније регулисање права на заштиту и облици заштите: „*Власник непокретне ствари, чије је коришћење отежано преко мере уобичајене с обзиром на природу и намену непокретне ствари и месне прилике, шkodљивим утицајем који потиче од радње или извора са суседне непокретне ствари (бука, прашина, дим, чађ, мирис, отпадна вода, потрес, топлота, светлост, електромагнетни таласи и сл.), може захтевати од њеног власника да се од радње уздржи, односно извор утицаја отклони. На суседско право сходно се примењују одредбе о заштити својине*“.²⁹

Мишљења смо да је одређивања стандарда прекомерности трбало додати и критеријум времена вршења имисија, како је то урадио хрватски закон.³⁰ Наиме, време вршења имисије одређује и мерило границе подношљивоти, нпр. код буке чији ниво нужне толеранције није исти током дана и ноћи.

За разлику од ЗОСПО-а који не садржи правила о томе, српски Нацрт из 2006. регулише и категорију прекомерних штетних утицаја које се морају трпети. „Уздржавање од радње, односно отклањање извора шkodљивог утицаја из става 1. овог члана не може се захтевати, ако се радња врши односно извор користи са дозволом надлежног органа или у оквиру општекорисне делатности, као ни ако уздржавање од радње односно отклањање извора представља несразмеран терет за власника (чл. 305 ст. 2 Нацрта)“, Право погођеног суседа на заштиту од њих је ограничено само на захтев за накнаду штете.

Захтев да се ради о „општекорисној делатности“ је добро решење. Општекорисном делатношћу би се, свакако, сматрала производња енергије, експлоатација рудног блага, авиосаобраћај, железница и сл. Прихватљив је став из наше судске праксе да „из чињенице да је за изградњу објекта туженог издато одобрење надлежног органа не може се извести закључак да је овај објекат изграђен у општем интересу“³¹. Међутим, формулацијом Нацрта предлагач практично искључује стварноправну заштиту од имисија проистеклих из делатности које се врше са „дозволом надлежног органа или у оквиру општекорисне делатности“³², чиме се повећавају разлози у односу на постојеће решење. Сматрамо да заштита емитента који ради на основу добијене дозволе полази од претпоставке да су приликом њеног издавања сагледани законски ус-

²⁹ Српски Нацрт законика о својини и другим стварним правима из 2006 је у Делу пет - Суседска права, предвидео забрану „шkodљивих утицаја“ како је назвао имисије.

³⁰ Čl. 110 ZVSP RH: „Nitko se ne smije služiti ni koristiti nekretninom na način da zbog toga na tuđu nekretninu slučajno ili po prirodnim silama dospiju dim, neugodni mirisi, čađa, otpadne vode, potresi, buka i sl., ako su prekomjerni s obzirom na namjenu kakva je primjerena toj nekretnini s obzirom na mjesto i vrijeme, ili izazivaju znatniju štetu, ili su nedopušteni na temelju odredaba posebnoga zakona (prekomjerne posredne imisije).

³¹ Врховни суд Србије, Рев. 6866/97 од 12. 05.1998. г., ParagrafLex-a. <http://www.paragraf.rs/arhiva>.

лови за одређену делатност и рад потребних техничких уређаја. Произилази да би на основу решења из Нацрта суд могао утврдити постојање општекорисне делатности и када није дата дозвола за рад, што може бити веома проблематично у пракси. Такође, сматрамо да не би било добро решење из Нацрта које онемогућава стварноправну заштиту од имисија уколико је уклањање извора „несразмеран терет за власника“ (чл. 305 ст. 2 Нацрта). Облигационоправна заштита од оваквих имисија, путем накнаде штете, није ефикасна попут стварноправне. Зато сматрамо да су решења из хрватског права (чл. 110 ст. 3 ЗВСП) и права Републике Српске (чл. 76 ст. 3 ЗСП) која не пружају стварноправну заштиту од прекомерних имисија само ако потичу од делатности за које постоји дозвола надлежног органа, прихватљивија.

IV. Заштита од претерано шкодљивих утицаја (имисија)

Забрана прекомерних имисија ограничава својину тако што предвиђа да се свако мора прилагодити особеностима простора и времена, односно месним обичајима коришћења непокретности у месту где се она налази, а некада и саобразно времену коришћења. То захтева да регулативу имисија треба прецизно уредити одредбама о начину заштите од прекомерних имисија, 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.

Примарна грађанскоправна заштита од имисија је стварноправна заштита која се реализује негаторном тужбом. Карактерише је захтев за престанак неоснованог узнемиравања од стране трећих лица, чак и онда када ово овлашћење није, изричито, законом предвиђено. Власник ствари је овлашћен да од ограничавања коришћења ствари искључи свако треће лице.

Тужбу због узнемиравања права својине (*actio negatoria*) подиже власник у случају повреде својине које ограничава а не искључује власника у вршењу својинских овлашћења, односно не представља одузимање ствари. У модерном праву је ова тужба општа по свом карактеру и служи за заштиту у свим случајевима који се не могу квалификовати као одузимање својине. Код етажне својине, право на заштиту од имисија припада сваком власнику под општим условима.³² Намеће се питање, да ли поред власника, активну легитимацију *actio negatorie* треба признати и другим непосредним држаоцима. У нашем праву ову тужбу може подићи не само власник, већ и претпостављени власник,

³² E. Feil, cit. delo, Rz. 13, str. 64. „Право на заштиту од имисија има и власник само једног стана у згради коме је због посебног положаја према суседовој непокретности утицај са ове такав да премашује границу толерантности према месним обичајима (нпр. бука). Лица са којима се у контакт на основу јавног овлашћења долази (нпр. поштар), су од обавезе заштите изузета.“

односно квалификовани држалац, ако су имисије такве да се њима отежава коришћење непокретности преко мере (прекомерност) која је уобичајена с обзиром на природу и намену непокретности и на месне прилике, или којима се проузрокује знатнија штета.³³ Навели смо већ да ово право треба признати и осталим непосредним корисницима, осим детенторима, што је и учињено у новијим решењима за сва суседска права.

Тужени је лице које својим чињењем (или нечињењем, ако је обавезан на чињење) узнемирава власника у вршењу права својине. Ако узнемиравање врши у име другог, он га може именовати (*nominatio auctoris*), тако да се даље спор води против ауктора.

Тужилац доказује право својине или да је законити својински држалац.³⁴ Практично, он треба да учини неспорним право својине у односу на туженика и да докаже да постоји узнемиравање, а тужени доказује да је овлашћен на одређене радње на туђој ствари, нпр. да има службеност пролаза, да има овлашћење из суседских односа, овлашћење на основу судске одлуке и сл. Терет доказивања пада на туженика, јер се својина сматра слободном од сваког ограничења. Тужба због узнемиравања својине може се подићи ако су сметње без правног основа, односно противправне. Отуда, власник не може подићи тужбу против лица које му смета својину на основу конституисане службености или на основу јавноправних прописа. Власник је, традиционално, користио ову тужбу да би негирао постојање службености на ствари. Кривица лица које врши узнемиравање својине није услов за подизање негаторне тужбе; довољна је само неоснована, неовлашћена радња, односно противправност.

Тужбом се захтева престанак узнемиравања и повраћај у пређашње стање, као и забрана даљег узнемиравања ако се према приликама може очекивати да ће се оно поновити. Ако се понови сметање које је забрањено пресудом, суд ће туженоме запретити новчаном казном или притвором, без поновног покретања негаторне тужбе (у извршном поступку). Право на подношење негаторне тужбе не застарева.

Узнемиравање, као основ негаторног захтева, омогућава заштиту власника овом тужбом ако има трајан карактер или се понавља, односно да је узроковало настанак одређеног стања узнемиравања својине. У правној теорији и пракси је заступљено схватање да својина не ужива правну заштиту од имисије која је једнократног карактера, није дуго трајала и нема бојазни од њеног понављања.³⁵

³³ Види чл. 42 ст. 1 ЗОСПО и чл. 5 ЗОСПО.

³⁴ Нацрт предвиђа да се законитост и савесност држаоца претпостављају. Ова претпоставка је оборива. “За својинског држаоца сматра се да је власник ствари” (чл. 67 ст. 1 Нацрта). Види и § 323 АБГБ-а.

³⁵ E. Feil, , Rz. 8, стр. 49.

Због тога што се негаторном тужбом штити власник (претпостављени власник) од узнемиравања која прелазе уобичајену границу и које онемогућава потпуно и слободно коришћење ствари, негаторна тужба се сматра класичним средством за заштиту суседскоправних односа. Ако се узнемиравање са суседове непокретности не могу искључити, од њиховог емитента се може захтевати да их сведе на уобичајену меру.

Међутим, ако услед имисије дође и до проузроковања штете, поред или без стварноправне заштите, емитент је дужан да је накнади (облигационоправна заштита). „Будући да из утврђеног чињеничног стања, произилази да је услед изградње и коришћења објекта туженог умањена тржишна вредност тужиоцевог стана за 20% услед умањења функционалности стана, то према становишту Врховног суда изградњом и коришћењем овог објекта тужиоцу јесте проузрокована знатнија штета, те је стога тужени у обавези да исту накнади.“³⁶ “Накнада за смањење вредности земљишта погођеног имисијом обухвата у себи све штете које ће услед трајања недозвољених имисија настати у будућности према нормалном току ствари.”³⁷ Захтев за накнаду штете се заснива на објективној одговорност из чл. 173 ЗОО, што значи да се доказује узрочна веза између настале штете и опасне делатности. Одговорно лице је увек узрочник штете, без обзира на његов правни статус.³⁸

Поред стварноправне заштите негаторном тужбом – чији је циљ отклањање или смањење сметања и класичне облигационоправне заштите - права на накнаду штете која је проузрокована радњама узнемиравања, власник или претпостављени власник има право и на специфичну облигационоправну заштиту - на захтев за отклањање извора опасности. „Може се рећи да се негаторном тужбом која има свој основ у чл. 5 ЗОСПО и захтевом за уклањање извора опасности по чл. 156 ЗОО од проузроковања знатније штете, остварује заштита истих вредности – својине и њеног слободног вршења.”³⁹ Међутим, ове тужбе се знатно разликују.

Негаторни захтев има свој основ у праву својине као апсолутном и свеобухватном праву. Може се подићи само ако је дошло до трајног узнемиравања. Негаторна тужба се не може подићи у случају када до узнемиравања није уопште ни дошло, али власнику и тада стоји на располагању захтев из чл. 156 ЗОО. Отуда закључак „да је негаторни захтев садржан у захтеву за уклањање опасности од знатније штете, али не и обрнуто. Правни објект заштите негаторном тужбом је ужи од оног из чл. 156 ЗОО“.⁴⁰

³⁶ Врховни суд Србије, Рев. 6866/97 од 12. 05.1998. год.

³⁷ Из пресуде Врховног суда Србије, Рев. 2357/00 од 14. 02. 2002. године.

³⁸ Д. Лепетић, цит. дело, стр. 385.

³⁹ В. Strohsack, *Имисије – однос између стварноправне и обвезноправне заштите*, „*Naša zakonitost*“, Zagreb, бр. 9-10/1990, стр. 1164.

⁴⁰ Р. Ковачевић Куштримовић, *Захтев да се уклони опасност штете*, Правни живот, Београд, 9-10/1992, стр. 1225.

Основ облигационоправног захтева из чл. 156 ЗОО лежи у опасности од проузроковања знатније штете.⁴¹ Овај захтев је шири по свом домашају од негаторног захтева. Облигационоправну заштиту по чл. 156 ЗОО може захтевати свако лице ако њему или неодређеном броју лица од недозвољене делатности прети знатна штета, а ако се ради о дозвољеној делатности, ако прети штета која прелази нормалне границе. Значи, број лица који га могу користити је неограничен, па се ова тужба, с правом, сматра тужбом која има карактер народне или популарне тужбе. Одговорност из чл. 156 ЗОО је одговорност без кривице, без штете, па чак и без стварне узрочне везе између радње одговорног лица и штете.

Оредбом чл. 156 ЗОО је предвиђено и да правни субјекти који обављају општекорисну делатност не дугују накнаду целокупне штете која настане у њеном вршењу, они су дужни да накнаде само штету која прелази „нормалне границе. Али, законодавац је за њих предвидео обавезу предузимања „друштвено оправданих мера ради спречавања наступања штете или њеног смањења“ (ст. 4 чл. 156). У овим случајевима се и приликом давања дозволе за рад од стране надлежног органа предвиђа испуњавање одређених услова.⁴²

Заштита од имисија се, поред својинских, може захтевати и државинском тужбом због сметања својине.⁴³ Тако, у принципу, претерана светлост, бука, смрад, прашина и сл. представљају сметање државине суседне непокретности ако се врше од стране суседа и доводе до ограничења коришћења суседове непокретности. Свакако, државинска тужба је секундарног карактера, примарна је стварноправна заштита негаторном тужбом и облигационоправна заштита за отклањање извора опасности када само постоји опасност штете. Свакако, важна допуна стварноправне заштите је и право на накнаду штете.

Иако је за заштиту од имисија, стварноправну и облигационоправну, надлежан суд, модерно право тежиште заштите од штетних утицаја помера ка јавном праву, тако да се шире управноправна и кривичноправна регулатива ове материје. То омогућавају прописи о заштити еколошки здраве животне средине и квантифицирање нивоа допуштености појединих штетних утицаја. Тако, Уредбом о заштити од буке су постављени стандарди допуштене комуналне буке у децибелима.

⁴¹ Негаторном тужбом се може захтевати престанак сметања права својине за будуће само ако је противправно и ако је већ постојало, а постоји оправдано очекивање да се оно може поновити.

⁴² Р. Ковачевић Куштримовић, Захтев да се уклони опасност штете, Правни живот, Београд, 9-10/1992, стр. 1225.

⁴³ О допуштености државинске тужбе због имисија постоје и другачији ставови. Тако, В. Strohsack, *Vlasništvo i druga prava u praksi, zbornik radova*, „Narodne novine“, Zagreb, стр. 225-235, цит. по Д. Лепетић, цит. дело, стр. 382.

Европска унија означава комуналну буку као један од главних проблема здраве животне средине⁴⁴. Директива о процени и управљању буком 2002/49/ЕС има за циљ да се утврде заједничке мере намењене избегавању, спречавању или смањивању штетних деловања услед изложености становништва буци у животној средини. Чланом 1 Директиве “бука у животној средини” је дефинисана као нежељени или по здравље штетни звук у спољашњем простору изазван људским активностима, укључујући буку коју емитују превозна средства, путнички, железнички и ваздушни саобраћај као и буку из подручја с индустријским делатностима (комунална бука⁴⁵). Директива се примењује на буку којој су људи изложени посебно у градским/урбаним подручјима, у јавним парковима или другим тихим подручјима, у тихим подручјима у природи, поред школа, болница и других зграда и подручја осетљивих на буку.

Међутим, Директива се не примењује на буку коју изазива особа изазивач буке, буку од свакодневних активности домаћинства, буку коју изазивају комшије, буку на радном месту, буку унутар превозних средстава или буку од војних активности у војним подручјима (члан 2). Заштита од ове буке може се вршити путем заштите од имисија, а прекомерност би се утврђивала према квантитатвним стандардима допуштености буке у месном окружењу и времену изазивања (нпр. дан/ноћ).

Заштита здраве животне средине и заштита од комуналне буке је шира, али се критеријум прекомерности може и треба да примени и на заштиту од сметње имисијом буке. Применом ових стандарда се проблем буке, али и неких других штетних утицаја, може сасвим објективно процењивати на основу постојећих прописа, без обзира да ли долази од суседа као имисија, или се ради о емисији комуналне буке. Свакако, стандард месне уобичајености коришћења суседних непоокретности је и даље значајан, штавише кључан код утврђивања начина заштите, али његов значај слаби код квантифицирања прекомерности штетног утицаја.

Иако се ове две заштите разликују и уперене су према различитим адресатима, оне могу имати исти циљ и међусобно се допуњавати. У Србији је Законом о заштити од буке у животној средини, делимично започета имплементација Директиве 2002/49/ЕЗ о процени и управљању буком у животној средини.⁴⁶ У

⁴⁴ Животна средина је природно окружење: ваздух, вода, земљиште, животињски и биљни свет; појаве и деловања: клима, јонизујућа и нејонизујућа зрачења, бука и вибрације; окружење које је створио човек: градови и друга насеља, инфраструктурни, индустријски и други објекти, укључујући и историјско-културну баштину.

⁴⁵ Један од најважнијих штетних медицинских ефеката комуналне буке јесте ометање спавања и други поремећаји. Према усвојеним стандардима, поремећаји спавања се могу јавити код изложености нивоу буке већем од 40 dB, а код више од 50 dB су далеко чешћи, што доказују бројне студије.

⁴⁶ Закон о заштити животне средине (Сл. гласник РС, бр. 135/04); Правилник о дозвољеном нивоу буке у животној средини (Сл. гл. РС бр. 54/92); Методе мерења буке у животној средини (Сл.

наредном периоду предстоји потпуна имплементација Директиве 2002/49/ЕЗ о процени и управљању буком у животној средини, али и усвајање подзаконских прописа на основу Закона о ваздушном саобраћају који ће имплементирати Директиву 89/629/ЕЕЗ, Директиву 2006/93/ЕЗ и Директиву 2002/30/ЕЗ.

Судска пракса одавно захтева техничка мерила ради процене прекомерности код заштите од имисије. Тако, „бука која настаје у вези рада компресора даје право оштећеном на заштиту ако је по свом интезитету становање у одређеној средини отежано преко подношљиве мере, а не и онда ако се ради о емисији која је сношљива. У поновљеном поступку првостепени суд ће оценили да ли је потребно *техничким апаратима утврдити интензитет буке у овом случају, с обзиром да је осетљивост на буку релативно индивидуална ствар, али постоје стандарди који интензитет буке дозвољавају у одређеној средини до прописане мере*⁴⁷.

Закључна разматрања

Забрана претераних имисија обезбеђује равнотежу између садржине права својине и начина њеног вршења, а у циљу помирења супротстављених интереса власника суседних непокретности. Уздржавање власника од имисија је утемељено на равнотежи интереса суседа-власника у вршењу својих права. Дилема, да ли је одређени штетни утицај са суседове непокретности, тј. имисија, прекомерна или идеална, уједно је дилема о граници толеранције, односно прекомерности вршења/сметања својине. Критеријум месне уобичајености је питање процене судије и мера вештака. Судија је тај који мора у сваком конкретном случају, зависно од ситуације и месних обичаја, процењивати исправност начина вршења признате садржине права водећи рачуна и о једнаким правима других титулара и друштвеном миру и равнотежи као општем интересу.

Међутим, савремено наука, техничка и медицинска, омогућава све већу објективизацију мерила прекомерности штетних утицаја. С обзиром да карактер имисија које потичу од суседа, може по садржини емитовања узроковати и угрожавање здраве животне средине, објективни критеријуми за процену повреде тзв. еколошких прописа, могу бити коришћени и за процену прекомерности имисија, односно штетних утицаја који потичу са суседове непокретности (нпр. буке, јонизујућег зрачења, дима итд.).

Развој културе здравог живота и еколошког васпитања је заједничка прерентива коју свака држава, кроз школски систем и низ мера и акција, треба

гл. РС бр. 54/92); СРПС У Ј6 090:1992 Мерење буке у комуналној средини; СРПС У Ј6 205:1992; Акустичко зонирање простора и др. Уредба о индикаторима буке, граничним вредностима, методама за оцењивање индикатора буке, узнемиравања и штетних ефаката буке у животној средини, („Сл. гласник РС”, бр.75/2010).

⁴⁷ Врховни суд Србије бр. 1935/98. ParagrafLex-a. <http://www.paragraf.rs/arhiva>.

систематски да развија. Схватања да нам је најважније нешто што нам природа даје, а то су Сунце, ваздух, вода, шуме, али и живот у тихој средини, смањивање и рециклажа отпада, уштеда сировина итд., захтева учење још у предшколском периоду, као предуслов за остваривање права човека на живот и развој у здравој животној средини у глобалним размерама. Свакако, суседска права и посебно имисије, и грађанскоправна заштита, остаће једно од основних правних начина за заштиту од сметања својине штетним утицајима са суседне непокретности.

Међутим, право уопште и суседска права, иако могу много допринети хармонији суседских односа, не могу их самостално потпуно ефикасно уредити. Суседски односи се, и то не само у недостатку позитивних прописа, регулишу и обичајним правилима и нивоом културе – опште, еколошке и правне. Принцип узајамне пажљивости у вршењу права својине представља израз моралног дуга човека према себи, заједници и свету у коме живи, којим се истовремено одређује начин понашања према другима. Морални принцип „не чини другоме оно што не би волео да други теби учини“, се може модификовати, али тиме и сузити, у правни принцип: Немојте да чините суседу оно што вам закон забрањује. Међутим, тек када примена првог принципа изостане, други дејствује као минимум толеранције који треба да постоји у суседским односима и који је правно санкционисан. Први принцип изграђује хармоничне комшијске односе који врло често прерастају у пријатељске. Други принцип претвара комшијски однос у суседскоправни однос, санкционише га и испуњава елементом принуде. Свакако, потребно је њихово обострано постојање и деловање.

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

ИМИСИЈЕ И ГРАЂАНСКОПРАВНА ЗАШТИТА⁴⁸

Резиме

Под имисијама се подразумевају утицаји који долазе са једне суседне непокретности на другу, који су материјалне природе и који се могу опазити. Они могу бити проузроковани преношењем дима, непријатних мириса, топлоте, чађи, потреса, буке, отицања отпадних вода или слично. Имисије се одређују негативно, навођењем недопуштених начина вршења имисија коришћењем правног стандарда - месне уобичајености коришћења непокретности одређене природе и намене. Заштита се пружа само од прекомерних имисија. Поред стварноправне заштите негативном тужбом – чији је циљ отклањање или смањење сметања и класичне облигационоправне заштите - права на накнаду штете која је проузрокована радњама узнемиравања, власник или претпостављени власник има право и на специфичну облигационоправну заштиту - на захтев за отклањање извора опасности.

Модерно право тежиште заштите од штетних утицаја помера ка јавном праву - управноправној и кривичноправној заштити. То омогућавају и прописи о заштити еколошки здраве животне средине и квантифицирање нивоа допуштености појединих штетних утицаја. Тако, Уредбом о заштити од буке су постављени стандарди допуштене комуналне буке у децибелима који се користе и код процене прекомерности имисије буке.

⁴⁸ Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта: „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (Република Србија, бр. пр. 179046).

O ZAJEDNIČKOM VLASNIŠTVU

Prof. dr sc. Vlado Belaj*

***Apstrakt:** U uvodnom dijelu rada analiziraju se povijesni oblici zajedničkog vlasništva u svijetu i u nas. Definicija pojma zajedničko vlasništvo razlikuje se od autora do autora, no svi uviđaju temeljne razlike u odnosu na suvlasništvo. Temeljna su obilježja zajedničkog vlasništva da može postojati samo na nepodijeljenoj stvari, podrazumijeva najmanje dva vlasnika – zajedničara te udjele koji nisu određeni, ali su određivi.*

U našem se stvarnom pravu zajedničko vlasništvo može definirati kao poseban oblik vlasništva više osoba na nepodijeljenoj stvari pri čemu njihovi udjeli nisu određeni, ali su određivi.

U nas se zajedničko vlasništvo javlja u nasljedničkoj zajednici, kod ugovora o ortaštvu i kod zajedničke pričuve. S obzirom da više ne postoji zajednička imovina bračnih drugova kao oblik zajedničkog vlasništva značajno je umanjeno praktično značenje ovoga instituta.

Pravno značenje zajedničkog vlasništva u nas je danas bitno umanjeno i postavlja se pitanje potrebe opstanka ovoga instituta. Čini se da bi primjena suvlasništva u svim postojećim slučajevima zajedničkog vlasništva bila moguća, te bi ono moglo zamijeniti zajedničko vlasništvo.

***Ključne riječi:** zajedničko vlasništvo, suvlasništvo, nasljednička zajednica, zajednička pričuva, ugovor o ortaštvu.*

1. Uvod

1.1. Zajedničko vlasništvo kroz pravnu povijest

Relativno je teško utvrditi kada je nastalo zajedničko vlasništvo kao pravni pojam. Ono nije postojalo u rimskom pravu. Ipak nije isključeno postojanje zajedničkog vlasništva ili nekakvog sličnog oblika vlasništva, prvenstveno u najstarijim ljudskim zajednicama poput prvobitne zajednice, ali i kasnije u onim ljudskim zajednicama čije se gospodarstvo temeljilo na kolektivističkom iskorištavanju određenih

* Prof. dr sc. Vlado Belaj, redoviti profesor u trajnom zvanju, Pravni fakultet u Osijeku

dobara. To se prije svega odnosi na poljoprivredna zemljišta i šume koje su bile zajedničko vlasništvo, primjerice cijelog sela ili sličnih zajednica (kućnih zadruga i sl.). Sa stajališta pravne povijesti ipak bi se teško moglo poistovjeđivati moguće oblike zajedničkog vlasništva u najstarijim ljudskim društvima s današnjim poimanjem ovog instituta.

Naziv zajedničko vlasništvo, «odnosno vlasništvo zajedničke ruke, potječe iz njemačkoga prava – *Eigentum zur Gesamten Hand* – a vodi porijeklo iz običaja stiskanja ruku kod zaključenja ugovora, pošto zajednica osoba kod zajedničkog vlasništva nalazi svoj izraz u sjedinjenju ruku zajedničara, koji predstavljaju u odnosu na treće osobe jednu osobu».¹

1.2. Definicija zajedničkog vlasništva

Naziv zajedničko vlasništvo je službeni naziv za ovaj institut jer ga navodi Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (u nastavku ZV),² iako se ponekad javlja i naziv skupno vlasništvo. Prednost treba dati nazivu zajedničko vlasništvo jer osim što je normativno prihvaćen on je uvriježen i u praksi znatno više od naziva skupno vlasništvo. Naziv kolektivno vlasništvo pogotovo nije prihvatljiv jer nije karakterističan za robno-novčana gospodarstva tako da se praktički povezuje s vlasništvom u nerobnom gospodarstvu, ponajprije rodovskom društvenom uređenju. Međutim, ne može se poreći da zajedničko vlasništvo u sebi sadrži kolektivističke elemente te stoga i nije postojalo u individualistički koncipiranom vlasništvu rimskoga prava, nego upravo u rodovskom i ponegdje feudalnom društvenom uređenju.³

Temeljne odrednice zajedničkoga vlasništva, pa i izvjesnu definiciju ovoga pojma postavio je ZV u članku 57. stavak 1.: «Stvar je u zajedničkom vlasništvu kad na nepodijeljenoj stvari postoji vlasništvo dviju ili više osoba (zajedničara) koje sve u njemu imaju udjela, ali veličina njihovih udjela nije određena, bez obzira na to što je određiva».

Prema N. Gavelli «zajedničko vlasništvo je takvo sudjelovanje više osoba u pravu vlasništva iste stvari da im ta stvar pripada zajedno, jer sve imaju udjela u tom pravu vlasništva, ali veličina udjela niti jedne od njih nije određena, bez obzira na to što je određiva.»⁴

¹ Bosiljčić, M.: «Zajednička svojina», Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, III tom, Beograd, 1978, str. 831.

² Narodne novine, br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09 i 90/10.

³ Tako je u feudalizmu, a djelomično i kasnije u nas postojalo zajedničko vlasništvo kućnih zadruga, ali i zajedničko vlasništvo kućne zajednice i obiteljske zajednice koje se odnosilo prije svega na poljoprivredna zemljišta i šume.

⁴ Gavella, N. – Josipović, T. – Gliha, I. – Belaj, V. – Stipković, Z.: «Stvarno pravo», Zagreb, 1998., str. 524.

Prema P. Klariću i M. Vedrišu «zajedničko vlasništvo je pravo vlasništva više osoba na istoj stvari po udjelima koji nisu određeni, ni realno ni idealno, ali su određivi.»⁵

U inozemnim građanskopravnim uređenjima zajedničko vlasništvo je relativno rijedak pojam jer uglavnom postoji samo suvlasništvo. Zajedničko se vlasništvo ne spominje ni u Francuskom ni u Austrijskom građanskom zakoniku, a najcjelovitije je uređeno u Švicarskom građanskom zakoniku (ZGB)⁶ iz 1907. godine. Tako u švicarskom pravu zajedničko vlasništvo nastaje na temelju zakona ili ugovora. Pravna osnova zajedničkoga vlasništva (zakon ili ugovor) određuje prava i obveze zajedničara. Zajedničko vlasništvo obuhvaća cijelu stvar, a dioba i pravo raspolaganja dijelom zajedničke stvari nisu dopušteni dok zajednica traje.

I u njemačkom pravu postoji zajedničko vlasništvo (*Gesamthandseigentum*, *Gesamteigentum*), ali samo kao podvrsta suvlasništva. Ono se javlja u društvu (*Gesellschaft*) prema § 705. Njemačkog građanskog zakonika iz 1896. godine (BGB), zajednici dobara (*Gütergemeinschaft*) prema § 1415., nasljedničkoj zajednici (*Erbengemeinschaft*) prema § 2032. i trgovačkom društvu (*Handelsgesellschaft*) prema § 105. Njemačkog trgovačkog zakonika (HGB). Zajedničko se vlasništvo u njemačkoj literaturi shvaća kao jedan od oblika suvlasništva⁷ tako da se ne može govoriti o samostalnom institutu zajedničkog vlasništva u njemačkom pravu.

U Italiji postoji, primjerice, zajedničko vlasništvo na zajedničkim dijelovima zgrade,⁸ te na njima postoji tzv. prisilna zajednica jer zajednički dijelovi, u načelu, ne mogu biti objektom diobe.

Pojedini inozemni autori naglašavaju osobnu vezu određenih subjekata kod zajedničkoga vlasništva (brak, srodstvo),⁹ dok drugi naglašavaju da zajednička imovina ne pripada u cijelosti ni jednom članu zajednice nego svim članovima zajedno tako da se ni jedan od njih ne može smatrati isključivim vlasnikom.¹⁰

Postoje autori koji i ne pokušavaju na jedinstven način definirati zajedničko vlasništvo jer smatraju da je njegov pojam različit ovisno o pojedinom slučaju u kojem se u zakonodavstvu i praksi javlja zajedničko vlasništvo.¹¹

Zajedničko je vlasništvo oblik prava vlasništva i može postojati samo na nepodijeljenoj stvari. Zajedničko vlasništvo podrazumijeva najmanje dva vlasnika – zajedničara, ali može ih biti i više. Zajedničari imaju udjele u zajedničkom vlasništvu koji nisu određeni, ali su određivi.

⁵ Klarić, P – Vedriš, M.: «Građansko pravo», Zagreb, 2008, str. 256.

⁶ Zajedničko vlasništvo uređuju članci od 652. do 654.

⁷ Schwab, K. H. – Prütting, H.: «Sachenrecht», München, 1997, str. 271.

⁸ Određeno je čl. 1117. Talijanskog građanskog zakonika.

⁹ Baechtold, G.: «Le droit de propriété commune et la retransmission». Lozana, 1949, str. 7.

¹⁰ Josserand, L.: «Essai sur la propriété collective», Le Code civil 1804 –1904, tom I, Pariz, 1904.

¹¹ Tako, npr., Bosiljčić, M., op. cit., str. 831.

U našem se stvarnom pravu zajedničko vlasništvo može definirati kao poseban oblik vlasništva više osoba na nepodijeljenoj stvari pri čemu njihovi udjeli nisu određeni, ali su određivi.

1.3. Temeljna obilježja i razlike u odnosu na suvlasništvo

Jedno od najznačajnijih obilježja zajedničkog vlasništva u nas je pravni temelj uspostave. Naime, prema članku 57. stavak 2. ZV «stvar može biti u zajedničkom vlasništvu samo na temelju zakona». To je ujedno prva razlika u odnosu na suvlasništvo koje osim na temelju zakona može nastati i pravnim poslom te odlukom tijela državne vlasti.

Uspostava zajedničkog vlasništva samo na temelju zakona trpi određenu kritiku. «Takvo stajalište teško je prihvatljivo zbog slobode subjektivnog vlasničkog prava, a prije svega naravno zbog opće priznatog načela autonomnosti subjekata građanskoga prava.»¹² I doista nije sasvim jednostavno prihvatiti činjenicu da se zajedničko vlasništvo ne može uspostaviti, primjerice, pravnim poslom tim više što tome u prilog idu rješenja u inozemnim pravnim sustavima (npr. švicarskom). S obzirom da je u nas zajedničko vlasništvo poseban oblik vlasništva različit od suvlasništva i s obzirom na ograničen broj propisanih mogućih slučajeva ovoga vlasništva radi opstojnosti i afirmacije zajedničkog vlasništva trebalo bi razmisliti i o mogućnosti njegova osnivanja pravnim poslom.

«Kad je stvar na temelju zakona u zajedničkom vlasništvu dvaju ili više zajedničara, nema utjecaja na to činjenica da je u zemljišnim knjigama ili bilo gdje drugdje prikazana kao vlasništvo samo nekoga od njih, osim prema trećim osobama čije se povjerenje u prometu štiti.»¹³ S obzirom da je zakon jedini pravni temelj uspostave zajedničkog vlasništva razumljivo je da on ima prednost u odnosu na ono što je upisano u zemljišnim knjigama ili nekim drugim javnim registrima, osim ako se ne radi o primjeni načela povjerenja prema trećim osobama.

Temeljna sličnost između zajedničkog vlasništva i suvlasništva je u tome što se i kod jednog i kod drugoga vlasničkog oblika javlja više nositelja vlasništva. Od suvlasništva i zajedničkog vlasništva treba razlikovati *communio pro diviso* ili zajednicu vlasnika na dijelove koja predstavlja takvu vlasničku zajednicu u kojoj sudjeluje dva ili više individualnih vlasnika različitih stvari ili pravno odvojenih dijelova iste stvari na način da te stvari ili dijelovi iste stvari čine u faktičnom ili pravnom pogledu određenu cjelinu.

Između suvlasništva i zajedničkog vlasništva, međutim, postoje brojne razlike koje svojim postojanjem i opravdavaju postojanje zajedničkog vlasništva kao posebnog vlasničkog oblika. Osim već spomenute osnovne razlike koja se tiče pravnoga

¹² Sajovic, B.: «Osnove civilnoga prava», Stvarno pravo I, Ljubljana, 1994, str. 34.

¹³ Čl. 57. st. 3. ZV.

temelja uspostave zajedničko se vlasništvo razlikuje od suvlasništva i po drugim bitnim obilježjima. Tako se može naglasiti kako kod zajedničkog vlasništva postoji određena veza osobnopravne naravi između zajedničara (npr. nasljedstvo, ortaštvo, suvlasnička zajednica kod etažnog vlasništva, a ranije i brak). Kod suvlasništva toga uglavnom nema, nego postoji samo stvarnopravni odnos između suvlasnika koji nije u vezi s eventualnim osobnim odnosom između pojedinih suvlasnika.

Kod suvlasništva su određeni suvlasnički dijelovi, odnosno idealni dijelovi koji u potpunosti pripadaju pojedinom suvlasniku. Nasuprot tome, kod zajedničkog vlasništva zajedničari nemaju određene udjele¹⁴ nego im stvar pripada svima zajedno.

Suvlasnici samostalno raspolažu svojim suvlasničkim dijelovima, pri čemu doduše mogu postojati određena ograničenja, ovisno da li se radi o poslovima redovite uprave ili izvanrednim poslovima. Nasuprot tome, zajedničari upravljaju stvarju zajednički i sporazumno tako da ni jedan od njih ne može samostalno poduzeti posao osim ako svoj udio u zajedničkom vlasništvu prenosi na drugog zajedničara iste stvari.

Između zajedničkog vlasništva i suvlasništva postoji razlika i u pogledu zaštite. Dok je suvlasnik ovlašten štititi zasebno svoj suvlasnički dio, premda može štititi i stvar u cjelini, dotle zajedničar može zaštitu usmjeriti samo na zajedničku stvar kao cjelinu, a ne na svoj udio s obzirom da on nije određen.

I, na koncu razmatranja o odnosu zajedničkog vlasništva i suvlasništva treba naglasiti da se u sumnji sudjeluju li osobe u suvlasništvu ili zajedničkom vlasništvu neke stvari, smatra da je to suvlasništvo.¹⁵ Naime, glede onoga što o zajedničkom vlasništvu nije određeno ZV-om ili drugim zakonom, niti proizlazi iz naravi zajedničkog vlasništva, prava i dužnosti zajedničara prosuđivat će se odgovarajućom primjenom pravila postavljenih za suvlasnike.¹⁶

2. Sadržaj zajedničkog vlasništva

2.1. Ovlasti zajedničara

I zajedničari kao nositelji vlasničkih prava na zajedničkoj stvari načelno imaju jednake ovlasti kao i bilo koji vlasnik. Međutim, zajedničari su ipak specifični vla-

¹⁴ ZV kod suvlasništva spominje suvlasničke dijelove, dok se kod zajedničkog vlasništva spominju udjeli. Iako moguća jezična razlika između pojmova dio i udio ne ukazuje i na razliku glede pravnog značenja ovih pojmova, čini se da je zakonodavac upravo navođenjem ove razlike htio naglasiti da je kod suvlasništva dio koji pripada pojedinom suvlasniku određen, dok udio kod zajedničkog vlasništva to nije.

¹⁵ Proizlazi iz čl. 57. st. 4. ZV.

¹⁶ Proizlazi iz čl. 65. ZV.

snici tako da se kod svake ovlasti koja im pripada, kao i bilo kojem drugom vlasniku, ipak pridodaju određene posebnosti ili ograničenja.

«Zajedničar je ovlašten izvršavati sve vlasničke ovlasti glede zajedničke stvari jedino zajedno sa svim ostalim zajedničarima, ako što drugo nije određeno ovim ili drugim zakonom ili sporazumom zajedničara.»¹⁷ Ovdje se misli ne samo na posjedovanje, uporabu i korištenje nego i na raspolaganje zajedničkom stvarju. Plodovi i druge koristi od zajedničke stvari pripadaju zajedničarima te stvari jednako kao i sama stvar što znači pripadaju zajedno svim zajedničarima.¹⁸

«Troškove i terete koji se odnose na zajedničku stvar snose zajedničari solidarno.»¹⁹ «Svaki je zajedničar ovlašten zahtijevati da se zajedničko pravo vlasništva nekretnina upiše u zemljišne knjige u korist svih zajedničara kao njihovo zajedničko vlasništvo, a isto tako i da se zajedničko vlasništvo upiše u javne upisnike ako se vode za pokretnine.»²⁰ S obzirom da se zajedničko vlasništvo uspostavlja jedino na temelju zakona, u postojećim slučajevima zajedničkog vlasništva koje predviđaju naši propisi, upis u zemljišnu knjigu ili drugi javni upisnik koji se vodi za pokretnine (npr. brodove, zrakoplove i sl.) bit će samo iznimno moguć. Tako, primjerice, u nasljedničkoj zajednici bilo kakav upis vlasničkog prava u korist nasljednika, zapisovnika i drugih subjekata nije moguć prije pravomoćnosti rješenja o nasljeđivanju. Dakle, zahtjev za upis upućen od nasljednika ili zapisovnika koji se smatraju zajedničkim vlasnicima bio bi odbijen od strane zemljišnoknjižnog suda sve do pravomoćnosti rješenja o nasljeđivanju.

Ako je riječ o zajedničkom vlasništvu na zajedničkoj pričuvi kod etažnog vlasništva tu se radi o novčanim sredstvima prikupljenima u određenom fondu tako da zbog same prirode ne dolazi do upisa u bilo koji javni registar. Doduše, evidencija o stanju računa na kojem se vode sredstva zajedničke pričuve svakako postoji, no u sklopu nje nije moguće izvršiti upis vlasničkog prava, bar ne onakav koji bi bio pravno relevantan.

Upis zajedničkog vlasništva u zemljišnu knjigu ili neki drugi javni upisnik stoga bi bilo moguće provesti jedino kod zajedničkog vlasništva na zajedničkoj imovini ortaka kod ugovora o ortakluku.

U pogledu prava raspolaganja zajedničarima su određena velika ograničenja. «Zajedničar može svoj udio u zajedničkom vlasništvu prenijeti u cijelosti ili djelomično samo na drugoga zajedničara iste stvari, inače ne može pravnim poslovima među živima valjano raspolagati svojim udjelom.»²¹

¹⁷ Čl. 59. st. 1. ZV.

¹⁸ Proizlazi iz čl. 59. st. 2. ZV.

¹⁹ Čl. 59. st. 3. ZV.

²⁰ Čl. 59. st. 4. ZV.

²¹ Čl. 58. st. 1. ZV.

Detaljnije uređenje prava raspolaganja zajedničkom stvari sadržano je u članku 61. ZV. Sukladno odredbama spomenutog članka zajedničari zajedničkim stvarima raspoložu zajednički. Pojedini zajedničar može stvarju raspolagati samo na temelju ovlasti koju su mu za to dali svi ostali zajedničari. Ipak, iznimno će treća osoba, a radi zaštite povjerenja u pravnom prometu, na temelju pravnoga posla koji nije sklopljen sa svim zajedničarima, moći steći pravo vlasništva. To je moguće: 1. na pokretnoj stvari, ako je treća osoba stvar pribavila naplatnim pravnim poslom, postupajući u dobroj vjeri i 2. na nekretnini uz pretpostavke pod kojima se štiti povjerenje u zemljišne knjige ako vlasništvo nije upisano u zemljišnim knjigama kao zajedničko. Odredbe koje se tiču stjecanja prava vlasništva od strane treće osobe temeljem pravnog posla koji nije sklopljen sa svim zajedničarima, omogućuju iznimno, pod spomenutim pretpostavkama, stjecanje prava vlasništva, a na odgovarajući se način primjenjuju i na stjecanje drugih stvarnih prava na zajedničkoj stvari.

Udio koji pojedini zajedničar ima u vlasništvu zajedničke stvari može se naslijediti, a odgovornost zajedničara za dugove prema bilo kojoj osobi obuhvaća i odgovornost udjelom u zajedničkom vlasništvu.²²

Kod zajedničkog vlasništva, kao uostalom i kod suvlasništva, s obzirom da postoji više vlasnika iste stvari posebno se naglašava pravo upravljanja zajedničkom stvari. «Svaki zajednički vlasnik ima pravo sudjelovati u odlučivanju o svemu što se tiče stvari koja je u zajedničkom vlasništvu (upravljanje stvarju) zajedno s ostalim zajedničarima. Zajedničkom stvari upravljaju zajedničari zajednički, donoseći sve odluke sporazumno, ako odlučivanje nije povjereno upravitelju.»²³ Upravitelj može biti treća osoba ili netko od zajedničara. Upravitelj donosi odluke umjesto zajedničara, ali sukladno ovlastima koje je od njih dobio sklapajući s njima pravni posao glede upravljanja zajedničkom stvari.

2.2. Zaštita zajedničkog vlasništva

Zaštita zajedničkog vlasništva može biti usmjerena protiv nekog od ostalih zajedničara ili protiv treće osobe. «Svaki zajedničar ima pravo glede zajedničke stvari postavljati ostalim zajedničarima one zahtjeve koji proizlaze i iz njegova zajedničkoga vlasništva.»²⁴ Ti se zahtjevi mogu ticati, primjerice, diobe zajedničke stvari, povrata troškova i sudjelovanja u teretima koje je imao jedan zajedničar kao pasivni solidarni dužnik, a ostali nisu, podjele plodova i koristi od zajedničke stvari i sl.

Svaki zajedničar ima pravo glede cijele stvari postavljati protiv svake treće osobe one zahtjeve koje može postaviti vlasnik stvari, s time da predaju cijele stvari u posjed može od trećega zahtijevati samo prema obveznopravnim pravilima o

²² Proizlazi iz čl. 58. st. 2. i 3.

²³ Čl. 60. st. 1. i 2. ZV.

²⁴ Čl. 62. st. 1. ZV.

nedjeljivim obvezama.²⁵ Nedjeljive obveze uređuje članak 64. Zakona o obveznim odnosima,²⁶ a on glasi: «Na nedjeljive obveze u kojima ima više dužnika na odgovarajući se način primjenjuju propisi o solidarnim obvezama. Kad u nedjeljivoj obvezi ima više vjerovnika među kojima nije ni ugovorena ni zakonom određena solidarnost, jedan vjerovnik može zahtijevati da dužnik ispuni obvezu njemu samo ako je ovlašten od ostalih vjerovnika da primi ispunjenje, a inače svaki vjerovnik može zahtijevati od dužnika da obvezu ispuni svim vjerovnicima zajedno, ili da je položi sudu ili javnom bilježniku.» To znači da zajedničar kao vjerovnik nedjeljive stvari može zahtijevati od dužnika da njemu preda stvar, ali samo ako je na to ovlašten od svih ostalih zajedničara. To je prva mogućnost, a druga je da zajedničar zahtijeva od dužnika predaju stvari u posjed svim zajedničarima. Treća je mogućnost da zajedničar zahtijeva polaganje stvari u sud za sve zajedničare.

2.3. Dioba zajedničkog vlasništva

Zajedničari imaju pravo na diobu zajedničke stvari, a to pravo ZV uređuje u članku 63. Tako svaki zajedničar ima pravo na diobu stvari koja je moguća i dopuštena, a to mu pravo ne zastarijeva. Svaki je zajedničar ovlašten u svako doba zahtijevati da se zajedničko vlasništvo podijeli tako da se odredi koliki mu suvlasnički dio pripada na ime njegova udjela u zajedničkom vlasništvu. Određivanjem njegova suvlasničkog dijela, postaje on suvlasnik s ostalima, koji u preostalom dijelu ostaju zajednički vlasnici, sve dok se i oni ne podijele. Dakle, diobom se zajedničko vlasništvo pretvara u suvlasništvo. Potom je moguće ako to suvlasnici žele razvrgnuti i suvlasništvo prema pravilima o razvrgnuću suvlasničke zajednice. Diobom zajedničko vlasništvo nije moguće odmah pretvoriti u pojedinačno (individualno) vlasništvo, premda je, primjerice, moguća fizička dioba. Postoje, međutim, mišljenja da je zajedničko vlasništvo moguće diobom pretvoriti ne samo u suvlasništvo nego, ako je to u konkretnom slučaju izvodivo i odgovara strankama, odmah i u pojedinačno vlasništvo.²⁷ Naš ZV to ne omogućava jer je diobom zajedničkoga vlasništva neophodno utvrditi suvlasničke dijelove, a potom se doduše odmah može obaviti razvrgnuće suvlasničke zajednice i suvlasništvo pretvoriti u pojedinačno vlasništvo.

Veličina suvlasničkog dijela koji će diobom pripasti dotadašnjem zajedničaru određuje se sporazumom svih zajedničara, a inače o tome odlučuje sud na zahtjev bilo kojega od zajedničara. Sud odlučuje o veličini suvlasničkog dijela prema mjerilima koja za određivanje veličine udjela zakon postavlja za odnosni slučaj zajedničkog vlasništva, a u sumnji će se uzeti da niti jedan od zajedničara nema više prava nego drugi. Tako, primjerice, u nasljedničkoj zajednici ključ diobe će biti veličina

²⁵ Proizlazi iz čl. 62. st. 2. ZV.

²⁶ Narodne novine, br. 35/05 i 41/08.

²⁷ Tako Bosiljčić, M., op. cit., str. 831.

nasljedničkih dijelova koji pripadaju pojedinim nasljednicima. Kod diobe zajedničke imovine ortaka temeljem ugovora o ortaštvu ključ diobe će biti veličina unesenih sredstava u imovinu ortaštva. Pri određivanju dijelova uzet će se u obzir i one udjele u zajedničkom vlasništvu koje su jedni zajedničari valjano ustupili drugima.

Kad zakonske odredbe zabranjuju diobu zajedničke stvari, ta se zabrana odnosi isključivo na fizičku diobu stvari, ako izričito nije postavljena za diobu određivanjem suvlasničkih dijelova, ili protegnuta i na određene druge načine diobe.

Pravo na diobu zajedničkog vlasništva ne pripada samo svakom zajedničaru nego i nekim trećim osobama. Tako «pravo zahtijevati da se zajedničko vlasništvo podijeli određivanjem koliki suvlasnički dio pripada određenom zajedničaru na ime njegova udjela u zajedničkom vlasništvu imaju: vjerovnici glede udjela njihova dužnika, nasljednici glede ostaviteljeva udjela, svatko glede udjela bilo kojega od zajedničara, ako za to ima pravni interes.»²⁸

3. Područje primjene zajedničkog vlasništva

3.1. Zajedničko vlasništvo u nasljedničkoj zajednici

Nasljednička zajednica obuhvaća cjelokupnu ostavinu i zajedničko je vlasništvo svih nasljednika. «Nasljednička zajednica je zajednica dobara, koja nastaje među nasljednicima na zajednički naslijeđenoj imovini.»²⁹ Ova zajednica traje do diobe nasljedstva. «Do utvrđenja koliki dijelovi nasljednoga prava pripadaju pojedinim nasljednicima sunasljednici upravljaju i raspolažu svime što čini nasljedstvo po pravilima po kojima zajednički vlasnici upravljaju i raspolažu stvarima, osim onim što je povjereno na upravljanje izvršitelju oporuke ili skrbniku ostavine. Pošto bude utvrđeno koliki dijelovi nasljednoga prava pripadaju pojedinim nasljednicima, do razvrgnuća sunasljednici upravljaju i raspolažu svime što je do tada bilo zajedničko po pravilima po kojima suvlasnici upravljaju i raspolažu stvarima, osim onim što je povjereno na upravljanje izvršitelju oporuke ili skrbniku ostavine.»³⁰

Nasljednička zajednica nastaje smrću ostavitelja, a traje do diobe nasljedstva.³¹

²⁸ Čl. 64. ZV.

²⁹ Kreč, M. – Pavić, Đ.: «Komentar Zakona o nasljeđivanju sa sudskom praksom», Zagreb, 1964, str. 513.

³⁰ Čl. 141. Zakona o nasljeđivanju, Narodne novine br. 48/03 i 163/03.

³¹ «Nasljednička zajednica (članak 148. ZN) prestaje raspodjelom ostavinske imovine na nasljednike rješenjem o nasljeđivanju (članak 225. ZN) pa stoga nema mjesta odredbi da postoji nasljednička zajednica i da se upisuje u zemljišnu knjigu». Okružni sud u Zagrebu, Gž-3315/70 od 15. prosinca 1970, objavljeno u Crnić, J. – Končić, A.: Zakon o nasljeđivanju s komentarom, sudskom praksom, prilogima i abecednim kazalom pojmova», Zagreb, 2003, str. 395.

Razvrgnuće ili dioba nasljedstva³² je postupak stjecanja konkretnih dijelova nasljedstva od strane nasljednika. Do diobe nasljedstva potencijalni su nasljednici zajednički vlasnici ostavine.

Dioba nasljedstva može biti sporazumna i sudska. Sporazum o diobi ostvaren u tijeku ostavinske rasprave unosi se u rješenje o nasljeđivanju. Sudsku diobu može obaviti i ostavinski sud osim ako time ne bi došlo do odugovlačenja ostavinskoga postupka. Diobu nasljedstva može zahtijevati svaki nasljednik u svako doba, samo ne u nevrjeme. Ovo pravo ne može zastarjeti. Ugovor kojim bi se nasljednik odrekao prava tražiti diobu ništetan je. Ništetna je i odredba u oporuci kojom se dioba zabranjuje ili ograničava. Način diobe ovisi ponajviše o vrsti stvari koja se dijeli.

3.2. Zajedničko vlasništvo zajedničke pričuve

Zajednička pričuva javlja se kod etažnog vlasništva ili vlasništva na posebnom dijelu nekretnine. Suvlasnici imaju dužnost osnivanja zajedničke pričuve. Zajednička pričuva je namjenski vezana zajednička imovina svih koji su suvlasnici nekretnine, a namijenjena je za pokriće troškova održavanja i poboljšavanja nekretnine te za otplaćivanje zajma za pokriće tih troškova.³³ Dakle, zajednička pričuva ima karakter zajedničkog vlasništva svih suvlasnika nekretnine, a svrha u koju se može rabiti je strogo određena. «Zajedničku pričuvu tvore novčani doprinosi koje su suvlasnici uplatili na temelju odluke donesene većinom suvlasničkih dijelova, odnosno odluke koju je na zahtjev nekoga suvlasnika donio sud s obzirom na predvidive troškove i uzimajući u obzir imovinsko stanje svih suvlasnika.»³⁴ «Etažni vlasnik je u obvezi snositi troškove održavanja zajedničkih dijelova i uređaja zgrade.»³⁵ «Zajedničkom pričuvom upravljaju suvlasnici, odnosno upravitelj nekretnine kao imovinom odvojenom od imovine bilo kojega suvlasnika, uloženom na način da donosi plodove. Dopusštena su samo ona plaćanja iz pričuve koja su učinjena radi plaćanja troškova održavanja i poboljšavanja nekretnine³⁶ ili radi otplate zajma uzetoga za pokriće tih troškova, a ovrhu je dopušteno provoditi na zajedničkoj pričuvi samo radi podmirenja tih tražbina.»³⁷

«Suvlasnik koji je otuđio svoj suvlasnički dio nekretnine nema pravo zahtijevati povrat svoga doprinosa u zajedničku pričuvu, nego taj ostaje i dalje u njoj

³² Pravila o diobi nasljedstva Zakon o nasljeđivanju sadrži u čl. 142. do 145.

³³ Proizlazi iz čl. 90. st. 1. ZV.

³⁴ Čl. 90. st. 2. ZV.

³⁵ Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev-2347/98, od 27. veljače 2002.; Sudska praksa, br. 5/2002, str. 28.

³⁶ «Samo ako su naručeni radovi po upravitelju zgrade izvedeni radi održavanja i poboljšavanja zgrade, mogu se isplatiti na teret zajedničke pričuve». Županijski sud u Bjelovaru, Gž-1109/02-2, od 31. svibnja 2002.; Sudska praksa, br. 5/2002, str. 29.

³⁷ Čl. 90. st. 3. i 4. ZV.

kao doprinos toga suvlasničkoga dijela.»³⁸ Promjena u osobi suvlasnika ne utječe na plaćanje doprinosa u zajedničku pričuvu jer on nije osobne prirode već je vezan uz suvlasnički dio. U trenutku promjene osobe suvlasnika, dužnost plaćanja doprinosa u zajedničku pričuvu tereti novog suvlasnika, a raniji suvlasnik nema pravo tražiti povrat onog što je do toga trenutka doprinio u zajedničku pričuvu. «Sredstva zajedničke pričuve dužni su plaćati samo suvlasnici zgrade,»³⁹ a ne, primjerice, najmoprimci, zakupnici i druge osobe koje po nekoj nevlasničkoj osnovi rabe ili koriste posebni dio nekretnine.

«Ako troškovi za nekretninu budu podmireni iz zajedničke pričuve u skladu s njezinom namjenom, oni se neće dijeliti na suvlasnike koji su uplatili svoje doprinose u tu pričuvu.»⁴⁰ To je i logično s obzirom da je zajednička pričuva strogo namijenjena, između ostaloga, i za pokriće troškova održavanja i poboljšavanja nekretnine, tako da suvlasnici koji su uplatili svoje doprinose u tu pričuvu već samim time sudjeluju u podmirivanju tih troškova. Dakle, oni suvlasnici koji eventualno nisu uplatili svoj doprinos u zajedničku pričuvu na način i u obujmu kako je bilo predviđeno bili bi dužni sudjelovati u razmjernom dijeljenju troškova nekretnine koji su podmireni iz zajedničke pričuve u skladu s njezinom namjenom.

Stvaranje, odnosno doprinošenje zajedničkoj pričuvi jedna je od dužnosti suvlasnika glede cijele nekretnine. «Troškove za održavanje i za poboljšavanje nekretnine snose svi suvlasnici nekretnine razmjerno svojim suvlasničkim dijelovima, ako nije drukčije određeno. Doprinosi za zajedničku pričuvu radi pokrića troškova održavanja i poboljšavanja nekretnine te za otplaćivanje zajma za pokriće tih troškova snose svi suvlasnici razmjerno svojim suvlasničkim dijelovima, ako nije drukčije određeno.»⁴¹ Veličina suvlasničkog dijela predstavlja temeljnu kategoriju u sustavu etažnog vlasništva u nas tako da je i logično što je ona i glavna okosnica glede ključa raspodjele troškova i doprinosa zajedničkoj pričuvi. Drukčije može biti određeno samo voljom suvlasnika ili eventualno odlukom suda, ali samo u slučaju kada se radi o troškovima održavanja onih uređaja nekretnine koji nisu u podjednakom omjeru korisni svim suvlasnicima. Inače, snošenje troškova cijele nekretnine predstavlja dužnost suvlasnika glede cijele nekretnine, a ona se ispunjava kroz stvaranje odnosno doprinošenje zajedničkoj pričuvi.

3.3. Zajedničko vlasništvo kod ugovora o ortaštvu

Zajedničko vlasništvo javlja se i kod ugovora o ortaštvu glede imovine ortaka. Ugovor o ortaštvu uređuje Zakon o obveznim odnosima u člancima od 637. do 660. Ugovorom o ortaštvu obvezuju se dvije ili više osoba uložiti svoj rad, a moguće i

³⁸ Čl. 90. st. 6. ZV.

³⁹ Županijski sud u Bjelovaru, Gž-1371/01-2, od 18. lipnja 2001.; Sudska praksa, br. 1/2002, str. 5.

⁴⁰ Čl. 89. st. 6. ZV.

⁴¹ Čl. 89. st. 1. i 2. ZV.

imovinu radi postizanja zajedničkog cilja. Ortaštvo je zajednica osoba i dobara bez pravne osobnosti. Imovinu ortaštva čine uloženi ortaci koji predstavljaju glavicu te imovina stečena poslovanjem ortaštva. Imovina ortaštva zajednička je imovina ortaka. Imovina ortaka koja kao ulog nije unesena u zajedničku imovinu ostaje njegova posebna, od zajedničke imovine odvojena, imovina.

Ulog se može sastojati u stvarima, pravima, novcu, radu i drugim dobrima. Ako se ulaže cijela imovina, pod njom se podrazumijeva samo stečena, a ne naslijeđena imovina, osim ako su obje izrijeком ugovorene. Ako nije drukčije ugovoreno, ortaci su obvezni na jednake uloge. Ortak nije obvezan na naknadno povećanje ugovorenog uloga, ali ako se zbog promijenjenih okolnosti zajednički cilj ne bi mogao postići bez povećanja uloga, ortak koji ne pristaje na povećanje može istupiti iz ortaštva, a može ga se iz njega i isključiti. Svi su ortaci, u pravilu, dužni jednako sudjelovati u ostvarivanju zajedničkog cilja, bez obzira na vrstu i veličinu njihovih uloga.

Stvari i prava koji čine ulog postaju imovinom ortaštva temeljem ugovora o ortaštvu na način propisan za stjecanje pojedinih imovinskih prava. Ortak odgovara za materijalne i pravne nedostatke svoga uloga. Glede snošenja rizika za slučajnu propast ili oštećenje stvari i glede odgovornosti za nedostatke stvari na odgovarajući se način primjenjuju odredbe o zakupu, ako se stvar daje na korištenje, a odredbe o kupoprodaji, ako se ulaže u vlasništvo stvari. Kad se ulažu novac i stvari procijenjene u novcu, u dvojbi se smatra da se daju u vlasništvo.

Ortak ne može raspolagati svojim udjelom niti pojedinim stvarima i pravima iz zajedničke imovine, niti može zahtijevati njezinu diobu. Time se jasno ocrtava činjenica da je zajednička imovina ortaka jedan od oblika zajedničkog vlasništva. Tek nakon prestanka ortaštva moguća je dioba zajedničke imovine. Međutim, ortak može raspolagati s pravom na naknadu izdataka koje je imao u obavljanju poslova ortaštva, ako dospijevaju prije prestanka ortaštva, na kamate koje mu pripadaju za predujmljeni novac i na isplatu onoga što će mu pripasti po prestanku ortaštva.

Nakon prestanka ortaštva slijedi dioba zajedničke imovine. Stvari koje je ortak dao na korištenje odnosno uporabu ortaštvu, vraćaju mu se s time da nema pravo na naknadu za slučajnu propast ili oštećenje stvari, niti za njezino pogoršanje zbog redovite uporabe.

Iz zajedničke imovine najprije se podmiruju dugovanja ortaštva, a ako su nedospjela i sporna ostavlja se onoliko koliko je potrebno za njihovo podmirenje. Nakon podmirenja zajedničkih dugova vraćaju se uloženi s time da se za nenovčane uloge, osim onih koji su se sastojali u radu ili prepuštanju stvari na uporabu, naknađuje vrijednost koju su imali u vrijeme ulaganja. Radi namirenja dugova i vraćanja uloga unovčiti će se zajednička imovina, ako je to potrebno. Ostatak zajedničke imovine, nakon podmirenja dugova ortaštva i vraćanja uloga, dijeli se na ortake prema njihovim udjelima u dobiti. Ako je to potrebno radi diobe imovine, smatra se da se ortaštvo nastavlja glede okončanja poslova u tijeku, sklapanja novih poslova potrebnih za okončanje tih poslova kao i za održavanje i upravljanje zajedničkom imovinom.

Ako zajednička imovina nije dostatna za podmirenje zajedničkih dugova i vraćanje uloga, ortaci doplaćuju manjak prema razmjeru snošenja gubitka, ali ako se od nekog ortaka ne bi mogao naplatiti dio koji na njega otpada, ostali ortaci ga snose na jednake dijelove.

Na pitanja u vezi s diobom zajedničke imovine koja nisu uređena Zakonom o obveznim odnosima, na odgovarajući se način primjenjuju propisi o razvrgnuću suvlasničke zajednice.⁴²

4. Zaključak

Zajedničko vlasništvo nema danas u našem stvarnopravnom uređenju onoliko značenje kao što je imalo ranije dok je zajednička imovina bračnih drugova bila njihovo zajedničko vlasništvo. Obiteljski je zakon bračnu stečevinu odredio kao oblik suvlasničke zajednice i time ukinut jedan od najznačajnijih oblika zajedničkoga vlasništva u praksi. U većini stvarnopravnih uređenja u svijetu zajedničko vlasništvo uopće ne postoji nego se sva pitanja vlasništva više osoba na istoj stvari rješavaju kroz pravna pravila o suvlasništvu. Zbog toga se i u nas postavlja pitanje opstojnosti zajedničkog vlasništva kao posebnog instituta i oblika prava vlasništva.

Temeljna sličnost između zajedničkog vlasništva i suvlasništva je u tome što se i kod jednoga i kod drugog vlasničkog oblika javlja više nositelja vlasništva. Između suvlasništva i zajedničkog vlasništva, međutim, postoje brojne razlike koje svojim postojanjem i opravdavaju postojanje zajedničkog vlasništva kao posebnog vlasničkoga oblika, barem sa stajališta ZV-a. Međutim, pitanje je da li bi se moglo apstrahirati te razlike i podvesti ih pod suvlasništvo te time pokazati nepotrebnost postojanja zajedničkog vlasništva u našem stvarnopravnom sustavu.

Ako se uzme u obzir temeljna razlika glede pravnog temelja uspostave po kojoj zajedničko vlasništvo nastaje isključivo na temelju propisa, a suvlasništvo može nastati i pravnim poslom i temeljem propisa onda se pokazuje kako ta razlika ne bi bila bitna kada bi postojalo samo suvlasništvo jer mogućnost uspostave je i kod njega moguća propisom.

Često se naglašava kako kod zajedničkog vlasništva postoji određena veza osobnopravne naravi između zajedničara (npr. nasljedstvo, ortaštvo, suvlasnička zajednica kod etažnog vlasništva, a ranije i brak), dok kod suvlasništva toga navodno uglavnom nema nego postoji samo stvarnopravni odnos između suvlasnika koji nije u vezi s eventualnim osobnim odnosom između pojedinih suvlasnika. Jasno je da je da se ranije možda i moglo prihvatiti ove argumente, no pretvaranjem bračne stečevine u suvlasništvo pokazalo se da upravo i kod suvlasništva osobnopravna veza između pojedinih subjekata ima vrlo značajnu ulogu.

⁴² Proizlazi iz čl. 660. Zakona o obveznim odnosima.

Kod suvlasništva su određeni suvlasnički dijelovi, odnosno idealni dijelovi koji u potpunosti pripadaju pojedinom suvlasniku. Nasuprot tome, kod zajedničkog vlasništva zajedničari nemaju određene udjele nego im stvar pripada svima zajedno. Ipak, i ova je razlika između zajedničkog vlasništva i suvlasništva relativna. Naime, ponekad kod suvlasništva, primjerice, nekretnina nije upisana u zemljišnim knjigama veličina suvlasničkih dijelova pa se tada «u sumnji koliki su suvlasnički dijelovi, smatra da su jednaki».⁴³ Jednako bi se moglo postupiti i kada bi postojeće slučajeve zajedničkog vlasništva podveli pod suvlasništvo pri čemu bi se ako suvlasnički dijelovi ne bi bilo jasno određeni smatralo da su jednaki, dok se drukčije ne utvrdi.

Naglašavaju se i razlike između suvlasništva i zajedničkog vlasništva i glede raspolaganja stvarju. Suvlasnici samostalno raspolažu i upravljaju svojim suvlasničkim dijelovima, ali je potrebna suglasnost svih ako se radi o izvanrednim poslovima. Nasuprot tome, zajedničari upravljaju stvarju zajednički i sporazumno tako da ni jedan od njih ne može samostalno poduzeti posao osim ako svoj udio u zajedničkom vlasništvu prenosi na drugog zajedničara iste stvari. I ova bi se razlika mogla jednostavno ukloniti kada bi se postojeće slučajeve zajedničkog vlasništva (nasljednička zajednica, ortaštvo, zajednička pričuva) u slučajevima raspolaganja smatralo izvanrednim poslovima. Tada ne bi postojala ni ova razlika između suvlasništva i zajedničkog vlasništva jer je kod poslova izvanrednog upravljanja i kod suvlasništva potrebna suglasnost svih suvlasnika kao što je kod upravljanja i raspolaganja zajedničkom stvari kod zajedničkog vlasništva, također, potrebna suglasnost svih zajedničara.

I na koncu razmatranja o pravnom značenju zajedničkog vlasništva moglo bi se zaključiti kako je ono značajno izgubilo na praktičnom značenju, a razlike koje postoje u odnosu na suvlasništvo s praktičnog su stajališta gotovo zanemarive imajući u vidu postojeće slučajeve zajedničkog vlasništva. Novi impuls zajedničkom bi se vlasništvu mogao dati proširivanjem slučajeva ovog vlasništva, no pitanje je ima li uopće potrebe za time. Naime, ZV je ionako ukazao na izrazitu bliskost zajedničkog vlasništva i suvlasništva jer, primjerice, u sumnji sudjeluju li osobe u suvlasništvu ili zajedničkom vlasništvu neke stvari, smatra se da je to suvlasništvo. Osim toga glede onoga što o zajedničkom vlasništvu nije određeno ZV-om ili drugim zakonom, niti proizlazi iz naravi zajedničkog vlasništva, prava i dužnosti zajedničara prosuđuje se odgovarajućom primjenom pravila postavljenih za suvlasnike.

Čini se da je opstojnost zajedničkog vlasništva danas upitna više nego ikada ranije te bi već i zbog kompatibilnosti s propisima većine država Europske unije, a naravno i zbog iznesenih argumenata, trebalo razmisliti o podvođenju ovog instituta pod suvlasništvo.

⁴³ Čl. 36. st. 2. ZV.

Summary

In the opening part of this paper there is an analysis of historical forms of joint ownership in the world and in our country. Definition of the term of joint ownership differs from one author to another, but they all realize the basic differences of joint ownership in respect to the co-ownership. Basic characteristics of joint ownership are that it can exist only on an undivided thing, that it includes at least two owners-companions, and that it includes shares that are not determined but are determinable.

In our proprietary law, joint ownership can be defined as a special form of ownership of more individuals over an undivided thing whereby their shares have not been determined, but are determinable.

In our country, joint ownership appears in the inheritors' community, in the partnership contracts and in the common reserve. Since the joint property of spouses no longer exists as a form of common ownership, practical meaning of this institute has been significantly reduced.

Legal meaning of joint ownership in our country today is significantly reduced and there is the question if this institute should survive or not. The implementation of co-ownership in all existing cases of joint ownership seems possible, so that it could replace the joint ownership.

LUKE UNUTARNJIH VODA U REPUBLICI HRVATSKOJ

Dr sc. Dragan Bolanča*

Apstrakt: U ovom članku autor opisuje pravni status luka unutarnjih voda u Republici Hrvatskoj. Prvo analizira odredbe Zakona o plovidbi i lukama unutarnjih voda iz 2007. god. u odnosu na podjelu luka unutarnjih voda, lučko područje, lučke objekte, lučku upravu, lučke djelatnosti i koncesije. Zatim se bavi nekim relevantnim rješenjima Zakona o vodama iz 2010. god. u pogledu voda, vodnog dobra i javnog vodnog dobra.

Ključne riječi: Hrvatska, luke, unutarnje vode, vodno dobro, javno vodno dobro.

1. UVOD

Za Republiku Hrvatsku kao sredozemnu i podunavsku državu, luke unutarnjih voda značajan su element njenog gospodarstva i integralni su dio njenoga nacionalnog gospodarskog sustava. Luke unutarnjih voda kao prometna čvorišta ubrzavaju razvoj prometa i trgovine, a time i cjelokupni gospodarski razvoj zemlje. Uočavajući njihovu važnost, naš je zakonodavac odlučio donijeti zasebni zakonski akt o lukama unutarnjih voda. Taj akt je **Zakon o plovidbi i lukama unutarnjih voda** (dalje - ZPLUV)¹ koji u okviru novoga državnog ustroja Republike Hrvatske, *inter alia* uređuje pravni status i način upravljanja lukama unutarnjih voda, te druga pitanja koja se odnose na luke unutarnjih voda (čl. 1., st. 1.).² Donošenje tog jedinstvenog

* Dr sc. Dragan Bolanča, redoviti profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu

¹ Vidi "Narodne novine" br. 109/07 i 132/07 ZPLUV je stupio na snagu dana 01. studenog 2007. god., osim odredbi čl. 81. st. 2. i 3. i čl. 179. st. 2. koje stupaju na snagu danom prijema Republike Hrvatske u punopravno članstvo Europske unije (čl. 257). Te se odredbe odnose na status Rajnskog plovila (čl. 81. st. 2. i st. 3.) odnosno na uvjete obavljanja kabotažne plovidbe (čl. 179. st. 2.). Stupanjem na snagu ZPLUV-a prestali su važiti **Zakon o plovidbi unutarnjim vodama** ("Narodne novine" br. 19/98, 151/03. i 138/06.) i **Zakon o lukama unutarnjih voda** ("Narodne novine" br. 142/98 i 65/02., dalje - ZLUV '98.).

² «Ovim se Zakonom uređuje plovidba unutarnjim vodama Republike Hrvatske, sigurnost plovidbe unutarnjim vodama, pravni status, način upravljanja vodnim putovima i lukama unutarnjih voda, materijalno-pravni odnosi glede plovila, postupci upisa plovila, prijevoz i ugovaranje prijevoza, plovidbene nesreće, ustroj i rad lučkih kapitanija i nadzor te druga pitanja koja se odnose na plovidbu i luke unu-

zakona potaknuto je potrebama usklađivanja важећих одредаба s правном стећевином EU³ i преузимања европских стандарда на подручју унутарње пловидбе, јер се сматрало да квалитетна законска рјешења унутарње пловидбе могу битно придонјети гоподарском развоју Републике Хрватске.

2. POJAM I RAZVRSTAJ LUKA UNUTARNJIH VODA

U дијелу првом (Опће одредбе) ZPLUV u одредби чл. 4. одређује значење појединих појмова као што су **унутарње воде**⁴ i **лука**.⁵ Nadalje, u овом се дијелу

tarnjih voda” (чл. 1. ст. 1.). Napominjemo da се према одредби чл. 1. ст. 2. ZPLUV-a на питања која нису нјиме уређена, на одговарајући начин примјењује **Pomorski zakonik** (“Narodne novine” br. 181/04, 76/07, 146/08. i 61/11, даље – PZ ’04.). Detaljnije o ZPLUV vidi **Iva Olujić: Luke na unutaršnjim vodama: prikaz imovinsko-pravnih obilježja s prijedlozima de lege ferenda**, “Pravni vjesnik”, Osijek, br. 3-4, 2008, str. 151. i даље.

³ Detaljnije vidi **Nikoleta Radionov – Tamara Čapeta - Jasenko Marin - Božerna Bulum – Ana Kumpan – Nikola Popović – Iva Savić: Europsko prometno pravo**, Zagreb, 2011, str. 190 - 201. Inače, ZPLUV je usklađen sa sljedećim europskim aktima:

1. Uredba Vijeća (EEZ) 2919/85 od 17. listopada 1985. o utvrđivanju uvjeta za pristup sporazumima prema revidiranoj Konvenciji o plovidbi Rajnom za plovila ovlaštena za obavljanje prijevoza Rajnom,
2. Uredba Vijeća (EEZ) 3921/91 od 16. prosinca 1991. o utvrđivanju uvjeta pod kojima strani prijevoznici mogu prevoziti teret ili putnike unutaršnjim vodnim putovima unutar државе чланце,
3. Uredba Vijeća (EZ) 1356/96 od 8. srpnja 1996. o zajedničkim pravilima која се примјењују на prijevoz robe ili putnika unutaršnjim vodnim putovima između држава чланца radi uspostavljanja slobode obavljanja usluga prijevoza,
4. Direktiva Vijeća 87/540/EEZ od 9. studenoga 1987. o pristupu obavljanju djelatnosti prijevoznika tereta vodnim putovima u unutaršnjem i međunarodnom prijevozu te o uzajamnom priznavanju diploma, svjedodžbi i drugih dokaza o formalnoj izobrazbi za tu djelatnost,
5. Direktiva Vijeća 91/672/EEZ od 16. prosinca 1991. o uzajamnom priznavanju ovlaštenja zapovjednika za prijevoz tereta i putnika unutaršnjim vodnim putovima,
6. Direktiva Vijeća 76/135/EEZ od 20. siječnja 1976. o uzajamnom priznavanju dozvola za plovidbu unutaršnjim vodnim putovima,
7. Direktiva Vijeća 96/75/EZ od 19. studenoga 1996. o sustavima najma broskog prostora i određivanja cijena u domaćem i međunarodnom prijevozu unutaršnjim vodnim putovima u Zajednici,
8. Direktiva 2005/44/EC Europskog parlamenta i Vijeća od 7. rujna 2005. o usklađenim riječnim informacijskim servisima (RIS) na unutaršnjim vodnim putovima u Zajednici,
9. Direktiva 2006/87/EC Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2006. godine o tehničkim zahtjevima za plovila unutaršnjih voda i ukidanju Direktive Vijeća 82/714/EEC.

⁴ **Unutarње воде** су ријеке, канали i језера осим ријека јадранског слива u дијелу тока којим се обавља поморска пловидба (чл. 4. точ. 1.). Dakle, пловидба unutaršnjim vodama сматра се unutarњом пловидбом. Та је дефиниција u складу са изразом **поморска пловидба** из PZ-a ’04. (чл. 5. точ. 1.) под којом се сматра пловидба која се обавља на мору i ријекима хрватскога јадранског слива до границе до које су one пловне s морске стране.

⁵ **Luka** је дио водног пута i s њим непосредно повезани копнени простор који је намијенjen i опремљен за пристајање, сидрење i заштиту пловила, укrcaj, искrcaj i складиштење robe или укrcaj i искrcaj putnika, u којој се обављају различите комплементарне djelatности које су s робом или s пловилом u непосредној економској, prometној i технолошкој vezi (чл. 4. точ. 31.). **Vodni put** је дио unutarњих voda на којем се обавља пловидба, класифициран i отворен за пловидбу (чл. 4. точ. 2.).

odmah izričito naglašava da u zakonskom smislu luka predstavlja **luku otvorenu za javni promet** (čl. 4. toč. 31.).⁶ Detaljno reguliranje materije o lukama sadržano je u dijelu četvrtom (vodni putovi, luke i pristaništa), Glavi III. (Luke, čl. 117 – čl. 156.). Zakonodavac ističe da luka može biti otvorena za **domaći**⁷ ili **međunarodni** promet ovisno o ispunjavanju posebnih uvjeta (čl. 117. st. 2.). Suština luke otvorene za javni promet je u tome što u takvu luku može uploviti plovilo u domaćem ili međunarodnom prometu radi obavljanja prekrcajnih operacija, opskrbe zalihama, smjene posade ili nekoga drugog razloga sukladno odredbama ZPLUV-a (čl. 117. st. 1.) a *upravitelj luke*⁸ dužan je osigurati, u granicama raspoloživih kapaciteta, svim plovilima i svim osobama, jednake uvjete korištenja luke bez diskriminacije s obzirom na državnu pripadnost plovila, prebivalište ili sjedište osobe, ili s obzirom na cijenu lučkih usluga (čl. 118.).⁹ S obzirom na *značaj* u lučkom sustavu, luke mogu biti luke od **državnog značaja**,¹⁰ luke od **županijskog značaja**¹¹ i **privatne luke**¹² (čl. 119. st. 1.).¹³ U luke od državnog ili županijskog značaja mogu se razvrstati samo one luke u kojima se može osigurati jednakost i ravnopravnost *lučkih operatera*¹⁴ u transparentnom postupku njihovog odabira te kontinuitet obavljanja lučkih usluga (čl. 120., st.

⁶ Napominjemo da je ZLUV '98. sadržavao drugačiju podjelu. Naime, prema namjeni kojoj služe luke su se dijelile na luke otvorene za javni promet i luke za posebne namjene, a obje su vrste luka mogle biti otvorene za međunarodni ili domaći promet. Luke otvorene za javni promet dijelile su se na luke od gospodarskog značaja za Republiku Hrvatsku i luke od gospodarskog značaja za županiju. Luke posebne namjene prema djelatnostima koje su se u njima obavljale dijelile se na vojne luke i luke unutarnjih poslova (to su luke od značaja za Republiku Hrvatsku), te na industrijske, luke nautičkog turizma, sportske i druge luke (to su luke od značaja za županiju) – pobliže vidi **Goran Vojković**: *Luke unutarnjih voda*, Split, 2007, str. 57–91., **Dragan Bolanča**: *Luke otvorene za javni promet u hrvatskom zakonodavstvu – usporedba pravnog režima morskih luka i luka unutarnjih voda*, “Pravo u gospodarstvu”, Zagreb, br. 3, 1999, str. 387–411., **Dragan Bolanča**: *Pravni režim luka unutarnjih voda otvorenih za javni promet u hrvatskom zakonodavstvu*, “Pravo i porezi”, Zagreb, br. 10, 2000, str. 16–21.

⁷ Smatra se da je luka koja je otvorena za međunarodni promet prema odredbama ZPLUV-a, otvorena i za domaći promet (čl. 117. st. 3.).

⁸ **Upravitelj luke** je lučka uprava odnosno svaka osoba koja upravlja lukom (čl. 4. toč. 37.).

⁹ Luka može biti otvorena ako je prije toga utvrđeno da je udovoljeno propisanim uvjetima u pogledu opremljenosti, kapaciteta, prometne povezanosti i sigurnosti plovidbe (čl. 121. st. 2.).

¹⁰ **Luke od državnog značaja** jesu luke pod upravom Republike Hrvatske, jedinica lokalne, područne (regionalne) samouprave, državnih tijela ili javnih ustanova, koje su razvrstane kao državne luke prema mjerilima za razvrstavanje (čl. 119. st. 2.).

¹¹ **Luke od županijskog značaja** jesu luke pod upravom Republike Hrvatske, jedinica lokalne, područne (regionalne) samouprave, državnih tijela ili javnih ustanova, koje su razvrstane kao županijske luke prema mjerilima za razvrstavanje (čl. 119. st. 3.).

¹² **Privatne luke** jesu luke koje su pod upravom osoba koje nemaju javne ovlasti i koje su razvrstane kao privatne luke prema mjerilima za razvrstavanje (čl. 119. st. 4.).

¹³ U svakoj luci moraju se osigurati uvjeti za sigurni prihvat plovila i obavljanje lučkih djelatnosti sukladno njezinoj namjeni (čl. 121. st. 1.).

¹⁴ **Lučki operater** je svaka osoba koja pruža jednu ili više lučkih usluga (čl. 4. toč. 39.).

1.).¹⁵ Luke se prema značenju razvrstavaju s obzirom na kapacitet, ostvareni promet, prometnu povezanost sa zaledem, upravljačkim pravima nad infrastrukturom te druga obilježja na temelju mjerila za razvrstavanje (čl. 121. st. 3.). ZPLUV navodi da Vlada Republike Hrvatske mora propisati uredbom uvjete kojima moraju udovoljavati luke, mjerila za njihovo razvrstavanje i uvjete sigurnosti plovidbe u lukama (čl. 122. st. 1.)¹⁶ i to u roku od jedne godine od dana stupanja na snagu ZPLUV-a (čl. 243. st. 2.).¹⁷ Do dana stupanja na snagu akta iz čl. 243. st. 2. na snazi ostaje **Uredba o uvjetima kojima moraju udovoljavati luke unutarnjih voda i o mjerilima za njihovo razvrstavanje** (dalje – Uredba),¹⁸ pod uvjetom da nije u suprotnosti s odredbama ZPLUV-a (čl. 246. st. 1.).¹⁹

Ovom se Uredbom propisuju uvjeti i mjerila potrebna za određivanje luka otvorenih za domaći i međunarodni promet, te za razvrstaj luka otvorenih za javni promet prema gospodarskom značaju (čl. 1). Uvjeti kojima moraju udovoljavati luke otvorene za javni promet zavise od toga je li ta luka otvorena za domaći javni promet,²⁰ ili za međunarodni javni promet.²¹ Mjerila za razvrstavanje luka otvorenih

¹⁵ U slučaju kada nisu ispunjeni navedeni uvjeti, luka će se razvrstati kao privatna luka (čl. 120. st. 2.).

¹⁶ Na temelju te uredbe ministar nadležan za unutarnju plovidbu donosi poseban akt o otvaranju i razvrstaju luke (čl. 122. st. 2.).

¹⁷ Krajnji rok je bio 01. studenog 2008. god., ali nova uredba još nije donesena. Međutim, do dana stupanja na snagu navedene uredbe, postojeće luke zadržavaju razvrstaj prema ZLUV-u '98. (čl. 251.).

¹⁸ Vidi "Narodne novine", br. 102/00. Uredba je donesena na temelju čl. 7. st. 1. ZLUV-a '98. i stupila je na snagu dana 17. listopada 2000. god.

¹⁹ Smatramo da su primjenjive sve odredbe Uredbe koje se odnose na luke otvorene za javni promet, dok se onaj dio koji se odnosi na luke posebne namjene ne može primijeniti, jer ZPLUV više ne poznaje tu vrstu luka. Poblize o Uredbi vidi **Vojković, op. cit.**, str. 117–126., **Dragan Bolanča: Pravni status morskih luka kao pomorskog dobra u Republici Hrvatskoj**, Split, 2003, str. 192–195.

²⁰ Luka otvorena za domaći javni promet mora imati : 1. područje na kopnu i vodeni prostor gdje se mogu sigurno privezivati i sidriti plovila; 2. u svojem području određena sidrišta izvan plovnog puta, koja su posebno obilježena; 3. objekte sigurnosti plovidbe sukladno posebnim propisima; 4. uredno održavanje dubina na mjestima za sidrenje, prilaženje i pristajanje; 5. obalu koja omogućuje siguran privez i zaštitu plovila u svim vremenskim prilikama; 6. uređene i osvijetljene prilazne putove i radne površine na kojima se vrši ukrcaj odnosno iskrcaj tereta, kretanje osoblja, putnika i prometnih sredstava; 7. pristan odnosno stube na obali za prometovanje brod-obala; 8. osiguran prihvrat tekućih i krutih otpadaka s plovila sukladno namjeni i veličini luke; 9. osigurana sredstva i opremu za sprječavanje širenja onečišćenja, i uklanjanje krutih i tekućih otpadaka s vodenog područja luke; 10. uređeni i zaštićeni prostor za putnike i prtljagu ako je luka namijenjena putničkom prometu; 11. uređaje za prekrcaj i smještaj tereta ovisno o namjeni luke; 12. protupožarnu opremu, ovisno o namjeni luke; 13. mogućnost organiziranja pružanja hitne zdravstvene pomoći (čl. 2. st. 1). Luke otvorene za domaći javni promet u kojima je promet manjeg opsega, kapetanija može osloboditi ispunjenja obveza iz stavka 1. točaka 2, 10, 11. i 13. ovog članka, uz uvjet da se ne ugrožava sigurnost plovidbe, putnika i drugih sudionika u plovidbi (čl. 2. st. 2.).

²¹ Luka otvorena za međunarodni javni promet mora imati: 1. područje na kopnu i vodeni prostor gdje se mogu sigurno privezivati i sidriti plovila; 2. u svojem području određena sidrišta izvan plovnog puta, koja su posebno obilježena; 3. objekte sigurnosti plovidbe sukladno posebnim propisima; 4. uredno održavanje dubina na mjestima za sidrenje, prilaženje i pristajanje; 5. obalu koja omogućuje

za javni promet određuju luke od gospodarskog značaja za Republiku Hrvatsku²² i luke od gospodarskog značaja za županiju.²³ Prilikom razvrstavanja svaka luka otvorena za javni promet mora udovoljiti svim mjerilima propisanim za odgovarajuću kategoriju luke (čl. 6). Luke u Osijeku, Slavanskom Brodu, Sisku i Vukovaru su luke otvorene za međunarodni promet od državnog značaja (od značaja za Republiku Hrvatsku).²⁴

3. LUČKO PODRUČJE

Lučko područje²⁵ utvrđuje Vlada Republike Hrvatske uredbom o određivanju lučkog područja za svaku pojedinu luku u skladu s dokumentima prostornog ure-

siguran privez i zaštitu plovila u svim vremenskim prilikama; 6. uređene i osvijetljene prilazne putove i radne površine na kojima se vrši ukrcaj odnosno iskrcaj tereta, kretanje osoblja, putnika i prometnih sredstava; 7. pristan odnosno stuba na obali za prometovanje brod-obala; 8. uslugu lučkog tegljenja 24 sata dnevno; 9. privezivačku službu 24 sata dnevno; 10. službu kontrole pristajanja, sidrenja, boravka i plovidbe plovila na lučkom području 24 sata dnevno; 11. osiguran prihvat tekućih i krutih otpadaka s plovila, sukladno namjeni i veličini luke; 12. osigurana sredstva i opremu za sprječavanje širenja onečišćenja, i uklanjanje krutih i tekućih otpadaka s vodenog područja luke; 13. uređeni i zaštićeni prostor za putnike i prtljagu ako je luka namijenjena putničkom prometu; 14. uređaje za prekrcaj i smještaj tereta ovisno o namjeni luke; 15. sredstva, opremu i osoblje obučeno za protupožarnu zaštitu u opsegu koji ovisi o veličini i namjeni luke; 16. uslugu opskrbe plovila gorivom i mazivom, pitkom vodom i električnom energijom; 17. uslugu higijensko-sanitarne zaštite i obavljanje dezinfekcije, dezinfekcije i deratizacije plovila i luke; 18. pružanje poštanskih i telefonskih usluga; 19. mogućnost organiziranja pružanja hitne zdravstvene pomoći.

²² Mjerila za razvrstavanje luka otvorenih za javni promet u luke od gospodarskog značaja za Republiku Hrvatsku su: 1. smještaj na E-plovnom putu; 2. mogućnost smještaja plovila ili guranih konvoja koji se koriste na relevantnim plovnim putovima prema njihovoj klasi; 3. ukupni prekrcajni kapacitet treba biti najmanje 500.000 tona tereta godišnje ili promet od 10.000 putnika godišnje; 4. povezanost s glavnim međunarodnim cestovnim i željezničkim prometnicama; 5. pogodni uvjeti za razvoj lučke industrijske zone; 6. mogućnost rukovanja standardnim kontejnerima (čl. 4. st. 1). Luke specijalizirane za rasuti teret ne moraju ispunjavati uvjet naveden u stavku 1. točki 6. ovog članka. Pod pojmom rasuti teret smatra se suhi rasuti teret (engl. *dry bulk cargo*) i tekući teret (engl. *liquid bulk cargo*) – čl. 4. st. 2. Putničke luke moraju ispunjavati uvjete navedene u stavku 1. točkama 1, 2, 3. i 4. ovog članka (čl. 4. st. 3). Na mjerila za razvrstavanje luka otvorenih za javni promet u luke od gospodarskog značaja za Republiku Hrvatsku odgovarajući se primjenjuju odredbe Europskog ugovora o glavnim unutarnjim putovima od međunarodnog značaja (AGN) u dijelu koji se odnosi na luke od međunarodnog značaja (čl. 4. st. 4).

²³ Mjerila za razvrstavanje luka otvorenih za javni promet u luke od gospodarskog značaja za županiju su: 1. prekrcajni kapacitet ispod 500.000 tona tereta godišnje ili promet manji od 10.000 putnika godišnje; 2. cestovna ili željeznička povezanost s glavnim županijskim centrima (čl. 5).

²⁴ Danom stupanja na snagu ZLUV-a '98. tj. dana 05. studenog 1998. god. luke sa sjedištem u Osijeku, Slavanskom Brodu, Sisku i Vukovaru postale su luke otvorene za međunarodni promet od značaja za Republiku Hrvatsku. Vidi *supra* fus-notu br. 17.

²⁵ **Lučko područje** je područje luke koje se koristi za obavljanje lučkih djelatnosti, kojim upravlja upravlja upravitelj luke i na kojem vrijedi poseban režim kontrole dolaska i odlaska polovila, te ulaska i izlaska vozila i osoba (čl. 4. toč. 34.). **Lučki akvatorij** je dio vodnog puta u sklopu lučkog područja, u naravi prostor neposredno uz obalu, te izdvojena sidrišta (čl. 4. toč. 35.).

đenja i planskim osnovama za upravljanje vodama (čl. 123. st. 2.).²⁶ i to u roku od godine dana od dana stupanja na snagu ZPLUV-a (čl. 243. st. 2.).²⁷ Lučko područje može obuhvaćati više lučkih bazena, odnosno više izdvojenih prometno-tehnoloških cjelina (terminala) specijaliziranih za prekrcaj određene vrste tereta (čl. 123. st. 1.). Upravitelj luke dužan je predložiti izmjenu akta o određivanju lučkog područja ako se mijenja opseg gospodarskog korištenja luke (čl. 123. st. 3.).²⁸ Na nekretninama u sastavu lučkog područja Republika Hrvatska ima pravo prvokupa (čl. 123. st. 5.).²⁹

4. LUČKE GRAĐEVINE

Lučke građevine su građevine u smislu općeg propisa o gradnji koje služe za obavljanje lučkih djelatnosti (čl. 124. st. 1.). One se dijele na **lučku infrastrukturu**³⁰ i **lučku suprastrukturu**³¹ (čl. 124. st. 2.). Izgradnja lučkih građevina u lukama od državnog ili županijskog značaja u interesu je Republike Hrvatske te se u svrhu njihova građenja može neposredno podnijeti zahtjev za izvlaštenje sukladno odredbama Zakona o izvlaštenju (čl. 125.).³² Za građenje lučkih građevina na vodnom i javnom dobru primjenjuju se odredbe posebnog propisa o vodama (čl. 126. st. 2.).

²⁶ Proglašenje lučkog područja evidentirat će se u zemljišnim knjigama (čl. 123. st. 2.).

²⁷ Taj je rok protekao 01. studenog 2008. god., a kako to još uvijek nije učinjeno, na snazi ostaju sljedeći akti (čl. 246. st. 1.): *Uredba o određivanju lučkog područja luke Vukovar* ("Narodne novine", br. 100/01.), *Uredba o određivanju lučkog područja luke Slavonski Brod* ("Narodne novine", br. 78/03), *Uredba o određivanju lučkog područja luke Osijek* ("Narodne novine", br. 179/03) i *Uredba o određivanju lučkog područja luke Sisak* ("Narodne novine", br. 108/06).

²⁸ Prijedlog uredbe iz čl. 123. st. 2. kojom se proširuje lučko područje može se podnijeti ako se za izgradnju nove luke ili proširenje postojeće luke prethodno ishodi lokacijska dozvola (čl. 123. st. 4.).

²⁹ Vidi *infra* fus-notu br. 77.

³⁰ **Lučku infrastrukturu** čine operativne obale i druge lučke zemljišne površine, pristani, lučke ceste i željeznički kolosijeci te pripadajući željeznički uređaji, vodovodne, kanalizacijske, energetske i komunikacijske mreže, rasvjeta, ograde te druge građevine i uređaji koji po svojoj namjeni omogućavaju siguran prilaz i privez plovila (čl. 124. st. 3.).

³¹ **Lučku suprastrukturu** čine građevine izgrađene na lučkom području osim građevina iz čl. 124. st. 3. (upravne zgrade, skladišta, silosi, rezervoari i sl.) – čl. 124. st. 4.

³² Svako ulaganje u lučke građevine koje služe za obavljanje lučkih usluga u luci od državnog ili županijskog značaja, bez obzira na pravni status investitora, kada se vrši u skladu sa srednjoročnim planom razvitka, smatra se da se obavlja u interesu i za potrebe Republike Hrvatske (čl. 126. st. 1.). Inače, Vlada Republike Hrvatske na temelju Strategije razvitka riječnog prometa Republike Hrvatske donosi srednjoročni plan razvitka vodnih putova i luka unutarnjih voda s planiranim iznosima troškova i predloženim načinom financiranja. (čl. 103. st. 1.). Taj se plan izrađuje se za razdoblje od pet do deset godina i međusobno se usklađuje s planovima upravljanja vodnim područjem, donesenim na temelju propisa o vodama (čl. 103. st. 2. i st. 3.).

5. UPRAVLJANJE LUKOM

Upravljanje lukom je javna služba (čl. 130. st. 2.)³³ a obuhvaća sljedeće poslove: 1. kontrola i evidencija dolazaka i odlazaka plovila, prekrcaja i transporta, 2. osiguravanje kontinuiteta obavljanja lučkih djelatnosti, 3. prihvata otpada, fekalnih, kaljužnih i zauljenih voda s plovila, 4. provođenje reda u luci i nadzor nad obavljanjem lučkih djelatnosti, 5. redovito održavanje lučke infrastrukture, 6. redovito održavanje akvatorija i objekata sigurnosti plovidbe na lučkom području (čl. 130. st. 1.).³⁴ Poslove upravljanja lukom obavljaju lučka uprava (toč. 1– 5.)³⁵ i Agencija za vodne putove³⁶ (toč. 6.) – čl. 130. st. 3. i st. 4.

6. LUČKE UPRAVE

Poslove upravljanja lukama obavljaju lučke uprave kao javne ustanove (čl. 137. st. 1.).³⁷ Osnivačka prava nad lučkim upravama ima Republika Hrvatska, a prava i dužnosti osnivača obavlja Ministarstvo nadležno za unutarnju plovidbu (čl. 137. st. 2.). Lučkom upravom upravlja Upravno vijeće, a voditelj poslovanja je ravnatelj (čl. 137. st. 5.). Sastav Upravnog vijeća, imenovanje i razrješenje ravnatelja i drugo u svezi rada lučke uprave uredit će se Uredbom Vlade Republike Hrvatske (čl. 137. st. 6.).³⁸ Imovinu lučke uprave čine sredstva pribavljena od osnivača te njeni prihodi (čl.

³³ Obavljanje javne službe financira se iz sredstava lučkih pristojbi (čl. 132. st. 1.). Vrste lučkih pristojbi su pristojba za upotrebu obale ili pontona, ležarina, pristojba za vez, naknada za korištenje luke i naknada za korištenje pristaništa (čl. 133. st. 1.). Vidi *Pravilnik o kriterijima za određivanje lučkih pristojbi* («Narodne novine», br. 20/09).

³⁴ U privatnim lukama poslove upravljanja lukom iz točke 3, 4. i 5. obavlja upravitelj luke (čl. 130. st. 5.).

³⁵ U vezi s obavljanjem poslova upravljanja lukom lučka uprava ima propisane javne ovlasti koje obuhvaćaju: naplatu lučkih pristojbi, sklapanje ugovora o korištenju luke, izdavanje odobrenja za obavljanje lučkih djelatnosti, potvrđivanje i objavu lučkih tarifa, uvid u poslovnu i financijsku dokumentaciju lučkih korisnika (čl. 131. st. 1.). U okviru javnih ovlasti lučka uprava donosi upravne i druge akte te odlučuje o pitanjima od značaja za razvitak luka (čl. 131. st. 2.).

³⁶ Agencija za vodne putove je javna ustanova koja obavljajući javnu službu osiguravanja sigurnosti plovidbe vrši sljedeće poslove: 1. gradnju, tehničko unapređenje i prometno-tehnološku modernizaciju vodnih putova, 2. tehničko održavanje vodnih putova, 3. oposobljavanje vodnih putova i objekata sigurnosti plovidbe onesposobljenih zbog elementarnih nepogoda (čl. 112. i čl. 113.).

³⁷ To su: 1. «Javna ustanova Lučka uprava Vukovar», sa sjedištem u Vukovaru – za područje mjesne nadležnosti Lučke kapetanije Vukovar, 2. «Javna ustanova Lučka uprava Osijek», sa sjedištem u Osijeku – za područje mjesne nadležnosti Lučke kapetanije Osijek, 3. «Javna ustanova Lučka uprava Slavonski Brod» sa sjedištem u Slavanskom Brodu – za područje mjesne nadležnosti Lučke kapetanije Slavonski Brod, 4. «Javna ustanova Lučka uprava Sisak», sa sjedištem u Sisku – za područje mjesne nadležnosti Lučke kapetanije Sisak. (čl. 137., st. 1.).

³⁸ Vidi *Uredbu o upravljanju i vođenju poslova lučkih uprava unutarnjih voda* («Narodne novine», br. 100/08).

137. st. 4.).³⁹ Ako lučka uprava u obavljanju svoje djelatnosti ostvari dobit, sredstva dobiti moraju se koristiti za razvoj vlastite djelatnosti (čl. 137. st. 3.). Na sve što nije regulirano ZPLUV-om ili uredbom⁴⁰ primjenjuje se Zakon o ustanovama (čl. 137. st. 7.). Djelatnosti lučke uprave su: 1. organizacija i nadzor pristajanja i manevriranja plovila u luci, 2. kontrola lučkog prometa, ulazaka i izlazaka prijevoznih sredstava i tereta, 3. održavanje zajedničkih lučkih građevina na lučkom području, 4. održavanje reda u luci, visokog stupnja sigurnosti i zaštite okoliša u luci, 5. izgradnja i modernizacija lučkih građevina u ime Republike Hrvatske, 6. upravljanje nekretninama na lučkom području na kojima lučka uprava ima pravo građenja, 7. upravljanje slobodnom zonom na lučkom području koja je osnovana odlukom Vlade Republike Hrvatske sukladno propisima koji uređuju slobodne zone, 8. obavljanje stručnih poslova u svezi s davanjem odobrenja, 9. nadzor nad radom lučkih operatera i korisnika luke koji obavljaju lučke djelatnosti, u skladu s preuzetim obvezama, 10. marketing i promocija luke na transportnom tržištu, 11. osiguravanje pružanja usluga od općeg interesa ili za koje ne postoji gospodarski interes drugih gospodarskih subjekata, 12. izrada prijedloga planskih dokumenata za razvitak lučkog sustava na unutarnjim vodama,⁴¹ 13. tehnička pomoć tijelima lokalne i područne (regionalne) samouprave na području razvoja luka i pristaništa, 14. drugi poslovi određeni zakonom.

³⁹ To su: 1. lučke pristojbe, 2. sredstva iz državnog proračuna i županijskog proračuna te proračuna jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, 3. ostali prihodi (čl. 140. st. 1.).

⁴⁰ Vidi *supra* fus-notu br. 38.

⁴¹ Lučka uprava može u cilju obavljanja te djelatnosti osnivati trgovačka društva u svom vlasništvu uz prethodnu suglasnost ministra nadležnog za unutarnju plovidbu (čl. 139. st. 1.). Ne može se pozvati na opći interes ukoliko na području nadležnosti lučke uprave postoji barem jedan lučki operater koji obavlja istovrsnu lučku djelatnost onoj za koju se namjerava osnovati trgovačko društvo iz stavka 1. ovoga članka ili ako bi osnivanje takvog društva predstavljalo bilo kakav oblik narušavanja tržišnog natjecanja. (čl. 139. st. 2.). Udjele u trgovačkim društvima, osnovanim prema stavku 1. ovoga članka, lučka uprava dužna je staviti na prodaju u roku od 3 godine od osnivanja trgovačkog društva i to najmanje 49% temeljnog kapitala (čl. 139. st. 3.).

7. LUČKE DJELATNOSTI

Lučke djelatnosti obuhvaćaju *lučke usluge*⁴² i *ostale gospodarske djelatnosti*⁴³ koje se obavljaju na lučkom području (čl. 141. st. 1.). U lukama se mogu obavljati i *druge djelatnosti* koje se uobičajeno obavljaju uz lučke usluge (čl. 142.). Na lučkom području lučki korisnici smiju obavljati lučke djelatnosti na temelju **Odobrenja**⁴⁴ (čl. 143. st. 1.). Odobrenje je upravni akt koji donosi lučka uprava uz prethodnu suglasnost Ministarstva nadležnog za unutarnju plovidbu (čl. 143. st. 2.).⁴⁵ Odobrenjem se određuju zahtjevi u pogledu obveze obavljanja lučke djelatnosti, zahtjevi u pogledu sigurnosti, redovitosti, kontinuiteta i kvalitete usluge, obveza poštivanja lučkih tarifa, obveza plaćanja lučke pristojbe, rok⁴⁶ na koji se daje Odobrenje te drugi uvjeti pod kojima se obavlja lučka djelatnost (čl. 144. st. 1.). Na temelju odobrenja lučka uprava potpisuje ugovor s *lučkim korisnikom*⁴⁷ (čl. 144. st. 4.). Odobrenje se

⁴² Lučke usluge su: 1. nautičke usluge: a) privez i odvez plovila, b) boksaža, c) prihvat i opsluživanje plovila na sidrištu, d) opskrba plovila, posade i putnika, 2. transportne usluge: a) ukrcaj, iskrcaj, prekrcaj, prijenos i slaganje tereta, b) skladištenje, deponiranje i transportne operacije ovisno o vrsti tereta, c) priprema i objedinjavanje tereta za transport, 3. usluge prihvata i otpreme putnika, 4. špediterske usluge i lučka agentura (čl. 141. st. 2.). Boksaža je vrsta lučke usluge kojim se obavlja manevriranje plovilima u luci (čl. 4. toč. 42).

⁴³ Ostale gospodarske djelatnosti uključuju, distribuciju i logistiku tereta, doradu i oplemenjivanje robe, te industrijske djelatnosti uključujući proizvodnju koje omogućavaju potpunije gospodarsko iskorištenje lučkih kapaciteta (čl. 141. st. 3.).

⁴⁴ ZPLUV uvodi institut odobrenja umjesto koncesija. O sustavu odobrenja vidi **Goran Vojković**: *Inland Ports in the Republic of Croatia: Approvals for Port Activities Instead of Concession*, «Promet – Trafic & Transportation», Zagreb, br. 6, 2008, str. 395–399. Međutim, ZPLUV naglašava da koncesije izdane prema ZLUV-u '98. ostaju na snazi do isteka roka do kojeg su izdane (čl. 256. st. 3.), te da će se postupci za davanje koncesije započeti do stupanja na snagu ZPLUV-a dovršiti po odredbama ZLUV-a '98 i propisa donesenih na temelju tog zakona, a koji se odnose na postupak davanja koncesije (čl. 256. st. 5.). O postupku koncesioniranja u ZLUV-u '98. vidi **Dragan Bolanča**: *Pravni režim luka unutarnjih voda otvorenih za javni promet u hrvatskom zakonodavstvu*, «Pravo i porezi», Zagreb, br. 10, 2000, str. 16–21.

⁴⁵ Protiv odluke lučke uprave žalba nije dopuštena, ali se može pokrenuti upravni spor (čl. 143. st. 3.).

⁴⁶ Rok na koji se daje odobrenje određuje se na osnovu sljedećih kriterija kada: 1. lučki korisnik ne namjerava poduzimati značajnije investicije u luci, maksimalni rok je 5 godina, 2. lučki korisnik namjerava poduzeti značajne investicije u opremu i uređaje za obavljanje lučke usluge, maksimalni rok je 10 godina, 3. lučki korisnik namjerava poduzeti značajne investicije u trajnu imovinu, infrastrukturne ili suprastrukturne objekte i uređaje koji mu služe za obavljanje lučke usluge, maksimalni rok je 25 godina (čl. 144. st. 2.). Rok na koji se daje odobrenje za obavljanje ostalih gospodarskih djelatnosti određuje se ovisno o visini investicije i utvrđuje se na temelju studije o gospodarskoj opravdanosti projekta (čl. 144. st. 3.). Dakle, ZPLUV uvodi izravnu korelaciju između duljine trajanja odobrenja i investicija u luku, opširnije o tome **Goran Vojković – Iva Olujić – Neven Grubišić**: *Lučka politika u lukama unutarnjih voda – regulacija ili deregulacija?*, «Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu», br. 4, 2010, str. 887–902.

⁴⁷ **Lučki korisnik** je lučki operater odnosno bilo koja osoba koja obavlja lučku djelatnost u luci (čl. 4. toč. 40). Broj lučkih korisnika koji obavljaju lučke djelatnosti na lučkom području može se ograničiti

може додijелити особи која испуњава одређене увјете (чл. 145. ст. 1.).⁴⁸ У лукaма од државног и/или жупанијског значаја одобрење се даје на захтев (чл. 146. ст. 1.)⁴⁹ или на основу јавног прикупљања понуда када се даје искључиво право коришћења простора (чл. 149. ст. 2.).⁵⁰ У приватним лукaма одобрење се даје само на захтев (чл. 150.).⁵¹ Када је искључиво право обављања луке дјелатности у luci од државног или жупанијског значаја везан уз коришћење јавног водног добра или водног добра, луčka управа је дужна прије издавања одобрења ишодити право грађења или права коришћења на јавном водном добру суkladно прописима о водaма, односно ишодити право грађења или право коришћења на водном добру од приватних власника (чл. 151.). У одређеним случајевима, луčka управа може (чл. 152.)⁵² или је обавезна⁵³ (чл. 153.) укинати одобрење.

за нaутичке услуге и услугу прихвата и отпреме путника, а за транспортне услуге те за остале гоподарске дјелатности када је такво ограничење везано уз расположивост простора унутар луčkog подручја (чл. 147.).

⁴⁸ То су слjедећи увјети: 1. регистрaна је за обављање гоподарске дјелатности, 2. располаже одговарајућим теhничким стручним и организацијским способностима, 3. уредно извршава финансијске обвезе према Републици Хрватској, 4. није покренут стежајни поступак или ликвидација (чл. 145. ст. 1.). Одобрење за обављање луке дјелатности у приватној luci може се додijелити ако је подносилац захтева уз увјете из чл. 145. ст. 1. доставио доказ да има ријешене имовинскоправне односе на лучком подручју (чл. 145. ст. 2.).

⁴⁹ Подносилац захтева за издавање одобрења дужан је уз захтев приложити: 1. спецификацију врсте и опсега обављања дјелатности, 2. доказ да располаже одговарајућим теhничким, стручним и организацијским способностима за обављање луке дјелатности за коју тражи одобрење, 3. доказ да је регистрaн за гоподарску дјелатност, 4. доказе о уредном извршавању финансијских обвеза према Републици Хрватској (чл. 146. ст. 2.).

⁵⁰ Одлуку о јавном прикупљању понуда доноси луčka управа након што је претходно на основу прикупљених писaма намјере или на други наћин утврдила гоподарски интерес потенцијалних луčkih корисника (чл. 149. ст. 2.). Одлука о јавном прикупљању понуда садржи: 1. одређење простора на којем се даје искључиво право коришћења, 2. врсту луке дјелатности коју је допуштено обављати на том простору, 3. висину накнаде за коришћење луке, 4. максимални рок на који се даје одобрење, 5. рок трајања јавног прикупљања понуда, 6. податке о јавном отварању понуда, 7. критерије за одабир, 8. друге потребне податке којима се доказује испуњавање увјета за добивање одобрења (чл. 149. ст. 3.). Подносилац понуде поред доказа о испуњавању прописаних увјета из чл. 145. ЗПЛУВ-а мора доставити слjедећу документацију: 1. План и програм рада за раздобље за које се даје одобрење, 2. Студију гоподарске оправданости за инвестицију коју намјерава покренути с посебним освртом на ућинак који инвестиција има на атрактивност луке, повећање промета и луčke приходе (чл. 149. ст. 4.). Одлука о јавном прикупљању понуда јавно се објављује (чл. 149. ст. 5.).

⁵¹ Захтев подноси особа која је власник или има управљачка права над лучком инфраструктуром. Поред доказа о испуњавању прописаних увјета из чл. 145. ЗПЛУВ-а (види *supra* fus-notu br. 47), она мора доставити и документацију из чл. 149. ст. 4. (види *supra* fus-notu br. 49).

⁵² Луčka управа може укинати одобрење у слjедећим случајевима: 1. луčki оператор не придржава се тарифа, 2. луčki корисник не придржава се одредби о реду у luci, 3. луčki корисник не проводи план и програм рада, 4. луčki корисник обавља луčku дјелатност за коју није добио одобрење, 5. луčki корисник није започео с обављањем луке дјелатности у року одређеном одобрењем (чл. 152. ст. 1.). У набројаним случајевима луčka управа ће прије укидања одобрења упозорити луčkog корисника те га позвати да се у року од осам дана изјасни о разлозима непоштивања одредби одобрења (чл. 152. ст. 2.).

⁵³ Луčka управа је обавезна укинати одобрење у слjедећим случајевима: 1. луčki оператор примјенује дискриминацијске мјере према корисницима, 2. луčki корисник је престао обављати дјелатност за коју је добио одобрење, 3. луčki корисник не плаћа или неуредно плаћа луčku пристojбу (чл. 153.).

8. POJAM I RAZVRSTAJ PRISTANIŠTA

ZPLUV sadrži svega nekoliko odredaba koje se odnose na pristaništa (čl. 157– 159.), što je i logično, jer se na pristaništa primjenjuju odredbe ZPLUV-a koje se odnose na luke, ukoliko ZPLUV-om nije drugačije propisano (čl. 158.). Inače, **pristanište** je dio vodnog puta i s njim neposredno povezani kopneni prostor koji je namijenjen i opremljen za pristajanje, sidrenje i zaštitu plovila (čl. 4. toč. 32.). Pristaništa služe za obavljanje manjeg broja lučkih usluga bilo da se koriste za javne potrebe ili za osobne potrebe korisnika pristaništa te imaju specifičnu namjenu (čl. 158.). S obzirom na namjenu, pristaništa mogu biti: 1. za potrebe tijela državnih uprava, 2. industrijsko-trgovačka, 3. putnička, 4. postaje za opskrbu plovila, 5. tovarišta, 6. brodogradilišna, 7. sportska, 8. turistička, 9. komunalna i 10. zimovnici (čl. 159. st. 1.).⁵⁴ Uvjeti za otvaranje, tijela nadležna za određivanje lučkog područja, tijela nadležna za upravljanje pristaništem i drugo vezano za otvaranje i rad pristaništa, uređuje se uredbom Vlade Republike Hrvatske (čl. 159. st. 2.).⁵⁵

9. POJAM LUKA UNUTARNJIH VODA (PRISTANIŠTA) KAO STVARI

ZPLUV naglašava da su luke unutarnjih voda **dobra od gospodarskog interesa za Republiku Hrvatsku** i imaju njezinu osobitu zaštitu (čl. 2.).⁵⁶ Nadalje, u čl.

⁵⁴ U suštini pojam pristaništa i podjela po namjeni po ZPLUV-u odgovaraju pojmu i podjeli luka za posebne namjene iz ZLUV-a '98. (vidi *infra* fus-notu br. 6.).

⁵⁵ Vidi *Uredbu o pristaništima unutarnjih voda* («Narodne novine», br. 134/08).

⁵⁶ *Ustav Republike Hrvatske* ("Narodne novine", br. 85/10 - pročišćeni tekst) u čl. 52. st. 1 određuje da su "more, morska obala i otoci, vode, zračni prostor, rudno blago i druga prirodna bogatstva" proglašeni za **dobra od interesa za Republiku Hrvatsku**. Osim toga, ustavna norma omogućuje da se zakonom proglasi da su takva dobra i stvari koje su "zemljište, šume, biljni i životinjski svijet, drugi dijelovi prirode, nekretnine i stvari od osobito kulturnog, povijesnog, gospodarskog i ekološkog značenja". Ta se dobra stavljaju pod poseban pravni režim, kroz koji će se ostvarivati njihova osobita zaštita. Naime, "zakonom se određuje način na koji dobra od interesa za Republiku mogu iskorištavati i upotrebljavati ovlaštenici prava na njima i vlasnici" (čl. 52. st. 2). To znači da se za pojedine vrste stvari koje su proglašene dobrima od interesa za Republiku Hrvatsku zakonom određuju posebna pravila iskorištavanja i uporabe tih stvari, čime se uspostavlja posebno pravno uređenje tih stvari (vidi **Arsen Bačić: Komentar Ustava Republike Hrvatske**, Split, 2002, str. 149-150., **Nikola Gavella : Pravni režim nekretnina i njegova usklađenost s ustavnim poretom i zahtjevima tržišnog gospodarstva**, "Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse - Godišnjak 5", Zagreb, 1998, str. 54., **Nikola Gavella - Tatjana Josipović - Igor Gliha - Vlado Belaj - Zlatan Stipković : Stvarno pravo**, Zagreb, 1998, str. 53-59.). **Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima** ("Narodne novine", br. 91/96, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09 i 153/09) uklanja ustavnu pravnu prazninu u definiranju dobara od interesa za Republiku Hrvatsku, pa propisuje da u dobra od interesa za Republiku Hrvatsku spadaju opća dobra i javna dobra. **Opća dobra** su stvari koje po svojim osobinama ne mogu biti u vlasti niti jedne fizičke ili pravne osobe pojedinačno, nego su na uporabi svih, kao što su atmosferski zrak, *voda u rijekama, jezerima* i moru te morska obala (čl. 3. st. 2.). Stvari koje su po namjeni vrlo slične općim dobrima, ali za razliku od

126. st. 2. (vidi *supra* 4) i u čl. 151. (vidi *supra* 7) upućuje nas na primjenu odredaba posebnog propisa o vodama. Taj posebni propis je **Zakon o vodama** (dalje - ZOV),⁵⁷ koji *inter alia* uređuje pravni status voda, vodnoga dobra (javnog vodnog dobra) i vodnih građevina (čl. 1. st. 1.).

ZOV navodi da su vode **opće dobro** i imaju osobitu zaštitu Republike Hrvatske (čl. 7. st. 1.). Vode u tijelima **površinskih**⁵⁸ i **podzemnih**⁵⁹ voda ne mogu biti objektom prava vlasništva i drugih stvarnih prava (čl. 7. st. 2.), a koriste se i na njima se stječu prava na način i pod uvjetima utvrđenim ovim zakonom i drugim propisima (čl. 7. st. 3.).⁶⁰ Kao što je već navedeno (vidi *supra* 2.), luke unutarnjih voda nalaze se u pravilu na **rijekama**⁶¹ ili **jezerima**.⁶² Te se vode mogu koristiti za plovidbu i za postavljanje plutajućih ili plovećih objekata na vodama (čl. 74. st. 1. toč. 4. i

njih mogu biti objektom prava vlasništva jesu javna dobra (čl. 4. st. 1.). **Javna dobra u općoj uporabi** su stvari namijenjene uporabi svih (npr. ceste, parkovi, mostovi i sl.), dok su **javna dobra u javnoj uporabi** stvari koje neposredno služe izvršavanju prava i dužnosti Republike Hrvatske, njezinih tijela i ustanova (npr. zgrade, vozila, oružje i sl.) – vidi **Martin Vedriš - Petar Klarić** : *Građansko pravo*, Zagreb, 1998, str. 239-240., **Damir Aviani**: *Privatno korištenje dobara od javnog interesa u Republici Hrvatskoj: dometi i ograničenja*, “Zbornik radova “Pravo i vrednovanje javnih dobara”, Split, 2008, str. 213–240., **Desanka Sarvan – Mladen Žuvela**: *Nekretnine u vlasništvu pravnih osoba javnog prava*, Zbornik radova “Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse - Godišnjak 17”, Zagreb, 2010, str. 25–32.

⁵⁷ Vidi “Narodne novine”, br. 153/09, ZOV je stupio na snagu dana 01. siječnja 2010. god., osim čl. 107. st. 3. i st. 6. koji su stupili na snagu dana 01. siječnja 2011. god. (čl. 263. st. 1.). Njegovim stupanjem na snagu prestao je važiti istoimeni **Zakon o vodama** (vidi “Narodne novine”, br. 107/95, dalje – ZOV ’95.), osim čl. 173. i čl. 174. koji su prestali važiti 01. siječnja 2011. god. (čl. 263. st. 2.). O derogiranom zakonu vidi **Jasna Daničić** : *Prikaz osnovnih pravnih instituta iz Zakona o vodama i pretežitih propisa*, priopćenje iz zbornika “Uloga i ovlasti Državnog pravobraniteljstva glede određenih nekretnina u vlasništvu Republike Hrvatske i općih dobara uz osvrt na neke obveznopravne odnose”, Zagreb, 2000, str. 147–152., **Jasna Brežanski**: *Vode i vodno dobro (neka pitanja pravnog uređenja)*, “Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci”, br. 1, 2001, str. 471–503., **Ivan Šimunović** : *Vodno dobro*, “Informator”, Zagreb, br. 4497, 1997. (Male stranice), str. 3–7.

⁵⁸ **Površinske vode** su kopnene vode, osim podzemnih voda, te prijelazne vode, a taj izraz uključuje i priobalne vode i vode teritorijalnog mora, gdje je to izričito određeno u zakonskom tekstu (čl. 3. toč. 61.). **Kopnene vode** su sve stajaće ili tekuće vode na površini tla i sve podzemne vode na kopnenoj strani od crte niske vode na obali kopna (čl. 3. toč. 38.). **Prijelazne vode** su kopnene vode u blizini ušća u more, koje su djelomično slane uslijed blizine priobalnih voda, ali se nalaze pod znantnim utjecajem slatkovodnih tokova (čl. 3. toč. 65.).

⁵⁹ **Podzemne vode** su sve vode ispod površine tla u zoni zasićenja i u izravnom dodiru s površinom tla ili podzemnim slojem (čl. 3. toč. 59.).

⁶⁰ Detaljnije o pravnom statusu voda vidi **Jasna Brežanski**: *Novi Zakon o vodama*, “Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci”, br. 1, 2010, str. 299–308, **Sonja Vizjak**: *Građanskopravni aspekti uređenja voda i vodnog dobra* (doktorska disertacija), Split, 2011, str. 79–81.

⁶¹ **Rijeka** je kopneno vodno tijelo koje najvećim dijelom teče površinom tla, ali može i dijelom toka teći ispod zemlje (čl. 3. toč. 72.).

⁶² **Jezero** je vodno tijelo stajaće površinske vode (čl. 3. toč. 33.).

7.).⁶³ Svakome je dopušteno korištenje voda pod uvjetima i u granicama određenim ZOV-om (čl. 75. st. 1.). Za svako korištenje voda koje prelazi opseg općeg korištenja voda⁶⁴ odnosno slobodnog korištenja voda,⁶⁵ potreban je ugovor o koncesiji ili vodopravna dozvola za korištenje voda (čl. 79.). Za gospodarsko korištenje voda⁶⁶ potrebna je koncesija (čl. 163. st. 1.).⁶⁷ Kako su vode opće dobro, koncesije za gospodarsko korištenje voda smatraju se koncesijama za gospodarsko korištenje općeg

⁶³ Prema ZOV-u korištenjem voda prema smatra se: 1. zahvaćanje površinskih i podzemnih voda, uključujući izvorske, mineralne, termalne i termomineralne vode za različite namjene (za opskrbu vodom za piće, za stavljanje na tržište u izvornom ili prerađenom obliku u bocama ili drugoj ambalaži, sanitarne i tehnološke potrebe, zdravstvene i balneološke potrebe, grijanje, navodnjavanje i druge namjene), 2. korištenje vodnih snaga za proizvodnju električne energije i pogonske namjene, 3. korištenje voda pogodnih za uzgoj slatkovodnih riba i drugih vodenih organizama, 4. korištenje voda za plovidbu, 5. korištenje voda za splavarenje, uključujući i rafting, vožnju kanuima i drugim sličnim plovilima, 6. korištenje voda za šport, kupanje, rekreaciju i druge slične namjene i 7. korištenje voda za postavljanje plutajućih ili plovećih objekata na vodama (čl. 74. st. 1.). Plutajućim i plovećim objektima na vodama iz stavka 1. točke 7. ovoga članka ne smatraju se uzgojne instalacije u marikulturi (čl. 74. st. 2.).

⁶⁴ Čl. 76. propisuje da je svakome dopušteno korištenje voda za osobne potrebe, na način i u količinama koje ne isključuju druge od jednakog korištenja (opće korištenje voda) – st. 1. Opće korištenje voda obuhvaća osobito: 1. zahvaćanje površinske i podzemne vode iz prvoga vodonosnoga sloja do 10 m dubine i to za: piće, kuhanje, grijanje, održavanje čistoće, sanitarne i druge potrebe u kućanstvu i 2. korištenje površinskih voda za kupanje, sport i rekreaciju i druge slične namjene (st. 2.). Opće korištenje voda ne obuhvaća korištenje voda za navodnjavanje neovisno o veličini površine koja se navodnjava (st. 3.).

⁶⁵ Vlasnik odnosno ovlaštenik drugog stvarnog prava na zemljištu može slobodno upotrebljavati i koristiti: 1. oborinske vode koje se skupljaju na njegovom zemljištu, 2. vode koje izviru na njegovom zemljištu, a do granice tog zemljišta ne stvaraju vodotok, to jest, ne otječu izvan granica tog zemljišta, u granicama općeg korištenja voda te 3. podzemne vode na njegovom zemljištu, u granicama općeg korištenja voda (čl. 77.).

⁶⁶ Napominjemo da je ZOV '95. predviđao koncepcije na vodama i na javnom vodnom dobru – vidi **Tatjana Josipović: Posebna pravna uređenja koncesija na nekretninama**, Zbornik radova «Nekretnine kao objekti imovinskih prava», Zagreb, 2004, str. 123–127, **Dragan Bolanča: Pravno uređenje koncesija**, Zbornik radova «43. susret pravnika», Opatija, 2005, str. 117–119.

⁶⁷ Koncesija za korištenje voda potrebna je za: 1. korištenje vodne snage radi proizvodnje električne energije, 2. korištenje vodne snage za pogon uređaja, osim proizvodnje električne energije, 3. zahvaćanje voda radi korištenja za tehnološke i slične potrebe, 4. zahvaćanje mineralnih, termalnih i termomineralnih voda, osim u slučaju iz točke 8. ovoga stavka, 5. zahvaćanje voda za navodnjavanje za različite namjene, **6. korištenje voda za splavarenje, uključujući i korištenje voda za rafting, vožnju kanuima i drugim sličnim plovilima, 7. korištenje voda za postavljanje plutajućih ili plovećih objekata na unutarnjima vodama radi obavljanja ugostiteljske ili druge gospodarske djelatnosti**, 8. zahvaćanje izvorskih, mineralnih i termomineralnih voda radi stavljanja na tržište u izvornom obliku, osim u slučaju iz čl. 89. st. 1. ZOV-a, ili u prerađenom obliku, u bocama ili drugoj ambalaži i 9. korištenje kopnenih voda radi uzgoja riba i drugih vodenih organizama pogodnih za gospodarski uzgoj (čl. 163. st. 1.). O davanju koncesije iz čl. 163. st. 1. toč. 6. mišljenje daje ministarstvo nadležno za turizam te Agencija za vodne putove, ako je mjesto koncesije na unutarnjem vodnom putu (čl. 165., st. 5.). O davanju koncesije iz čl. 163. st. 1. toč. 7. mišljenje daje upravno tijelo jedinice lokalne samouprave nadležno za gospodarstvo te tijelo ili pravna osoba koja upravlja lučkim područjem ako je mjesto koncesije na lučkom području (čl. 165. st. 6.).

или drugog dobra sukladno Zakonu o koncesijama (čl. 163. st. 2.). Naime, **Zakon o koncesijama** dalje – ZOK⁶⁸ je *lex generalis* u sustavu hrvatskog koncesijskog prava i njime se uređuju postupci davanja koncesije, prestanak koncesije, pravna zaštita u postupcima davanja i prestanka koncesije, te druga pitanja u vezi s koncesijama (čl. 1. st. 1.). Stoga ZOV određuje da se na sva pitanja koja se odnose na koncesije, a nisu njime uređena, primjenjuje ZOK (čl. 174. st. 1.). Postupak davanja koncesija iz čl. 163., st. 1. ZOV-a provodi Ministarstvo nadležno za vodno gospodarstvo (čl. 174. st. 2.), a odluku o odabiru najpovoljnijeg ponuditelja donosi davatelj koncesije, a to može biti Hrvatski sabor⁶⁹, Vlada Republike Hrvatske⁷⁰ ili Ministarstvo nadležno za vodno gospodarstvo⁷¹ (čl. 175.). Ugovor o koncesiji potpisuje ministar nadležan za vodno gospodarstvo u ime Republike Hrvatske (davatelja koncesije) i odabrani najpovoljniji ponuditelj kao koncesionar (čl. 176. st. 1.).⁷² Podaci o odlukama i ugovorima o koncesijama za gospodarsko korištenje voda upisuju se u očevidnik koncesija za gospodarsko korištenje voda (čl. 137. st. 1.). Vlada Republike Hrvatske obavezana je uredbom propisati uvjete davanja koncesija iz čl. 163. st. 1., a osobito rok na koji se daje koncesija, najniži iznos naknade za koncesiju, te način određivanja iznosa naknade za koncesiju (čl. 170.) i to u roku od 1 godine od dana stupanja na snagu ZOV-a (čl. 246. toč. 12.).⁷³

Prema odredbi čl. 8. ZOV-a **vodno dobro**⁷⁴ je **dobro od interesa** za Republiku Hrvatsku i ima njezinu osobitu zaštitu (st. 5.), a koristi se na način i pod uvjetima

⁶⁸ Vidi “Narodne novine”, br. 125/08, ZOK je stupio na snagu dana 1. siječnja 2009. god., osim odredbi čl. 5. st. 2. koje stupaju na snagu na dan prijama Republike Hrvatske u Europsku uniju (čl. 49.) – o novom Zakonu vidi **Dario Đerđa**: *Novi Zakon o koncesijama*, Zbornik radova “Nekretnine u pravnom prometu – aktualna pitanja zakonodavstva i sudske prakse – 2008.”, Zagreb, 2008, str. 209–219., **Branko Vukmir**: *Novi Zakon o koncesijama*, “Pravo i porezi”, Zagreb, br. 12, 2008, str. 3–13., **Jadranko Jug**: *Novo pravno uređenje koncesija*, Liber amicorum in honorem Jadranko Crnić (1928–2008), Zagreb, 2009, str. 635–658., **Olga Jelčić**: *Postupak stjecanja koncesije prema Zakonu o koncesijama*, Liber amicorum in honorem Jadranko Crnić (1928–2008), Zagreb, 2009, str. 659–687., **Dragan Medvedović**: *Novo pravno uređenje koncesija*, Zbornik radova “47. susret pravnika”, Opatija, 2009, str. 397–432.

⁶⁹ Za koncesiju iz čl. 163. st. 1. toč. 1. snage postrojenja od 20 MW i više (čl. 175. st. 1. toč. 1.).

⁷⁰ Za koncesiju iz čl. 163. st. 1. toč. 1. snage postrojenja do 20 MW i za koncesije iz čl. 163. st. 1. toč. 4. i 8. (čl. 175. st. 1. toč. 2.)

⁷¹ Za koncesiju iz čl. 163. st. 1. toč. 2, 3, 5, 6, 7. i 8. (čl. 175. st. 1. toč. 3.)

⁷² Međutim, svi ugovori o koncesiji sklopljeni temeljem ZOV-a ‘95. ostaju na snazi do isteka roka na koji su ugovori o koncesiji sklopljeni (čl. 252. st. 1.). Naime, i taj je zakon predviđao koncesije na vodama npr. za uređenje plovinih putova na rijekama i jezerima građenjem umjetnih kanala i drugih građevina za plovidbu (čl. 143. st. 1. toč. 7.), te za građenje riječnih luka i lučkih uređaja (čl. 143. toč. 8.). Za koncesiju su bila potrebna dva akta – odluka o koncesiji (čl. 145. st. 1.) i ugovor o koncesiji (čl. 146.). – više o tome **Dragan Bolanča**: *Pravni režim luka unutarnjih voda otvorenih za javni promet u hrvatskom zakonodavstvu*, “Pravo i porezi”, Zagreb, br. 10, 2000, str. 18–19.

⁷³ Vlada je to učinila donošenjem *Uredbe o uvjetima davanja koncesije za gospodarsko korištenje voda* («Narodne novine», br. 89/10).

⁷⁴ Poblježe o pravnom statusu vodnog dobra vidi **Brežanski**, *op. cit.*, str. 308–311., **Vizjak**, *op. cit.*, str. 116–119

propisanim tim zakonom (st. 6.)⁷⁵ **Javno vodno dobro**⁷⁶ je javno dobro u općoj uporabi ili u javnoj uporabi⁷⁷ i u vlasništvu je Republike Hrvatske (čl. 11. st. 4.). Ono je neutuđivo (čl. 11. st. 5.). Njega čine iste zemljišne čestice koje čine i vodno dobro, ali uz ispunjenje daljnjih uvjeta.⁷⁸ Vodno dobro i javno vodno dobro je u vlasničkom statusu i to je temeljna razlika u odnosu na vlasnički režim u pravnom statusu voda (vode su opće dobro, ne mogu biti objekt vlasništva i nisu sastavni dio vodnog dobra). Javno vodno dobro može biti isključivo u vlasništvu Republike Hrvatske, dok vodno dobro može biti u vlasništvu drugih pravnih ili fizičkih osoba.⁷⁹ Pri korištenju vodnog dobra i javnog vodnog dobra ne smije se ugroziti njegovo korištenje za namjene iz čl. 9. ZOV-a, jer se osobito mora osigurati zaštita obala, korita vodotoka i drugih voda, uključujući vodne građevine na njima.⁸⁰

⁷⁵ Vodno dobro čine zemljišne čestice koje obuhvaćaju: 1. vodonosna i napuštena korita površinskih voda, 2. uređeno inundacijsko područje, 3. neuređeno inundacijsko područje, 4. prostor na kojem je izvorište voda iz čl. 88. st. 1. ZOV-a potreban za njegovu fizičku zaštitu i prostor na kojem je izvorište, izdašnosti najmanje 10m³ dnevno, prirodne mineralne, termalne i prirodne izvorske vode potreban za njegovu fizičku zaštitu i 5. otoke koji su nastali ili nastanu u vodonosnom koritu presušivanjem vode, njezinom diobom na više rukavaca, naplavlivanjem zemljišta ili ljudskim djelovanjem (čl. 8. st. 1.). Čl. 109. ZOV-a navodi da **uređeno inundacijsko područje** čini zemljište između korita voda i vanjskog ruba pripadajućih mu regulacijskih i zaštitnih vodnih građevina, uključujući i pojas zemljišta potreban za njihovo redovito održavanje (st. 1.). **Neuređeno inundacijsko područje** čine: 1. zemljište uz vodotoke, koje je Planom upravljanja vodnim područjima ili dokumentom o uređenju prostora rezervirano za građenje regulacijskih i zaštitnih vodnih građevina, 2. prirodne i umjetne akumulacije i retencije u granicama utvrđenim Planom upravljanja vodnim područjima ili prostornim planom (st. 2.). Vanjsku granicu uređenog i neuređenog inundacijskog područja utvrđuje Ministarstvo na prijedlog Hrvatskih voda (st. 3.). Granice inundacijskog područja iz st. 1. i 2. ovoga članka ucertavaju se u katastarske planove i planove prostornog uređenja (st. 4.). Inače, pripadaju li zemljišta iz čl. 8. vodnom dobru, utvrđuje rješenjem Ministarstvo nadležno za vodno gospodarstvo, uz prethodno mišljenje Hrvatskih voda (čl. 10., st. 1.). Hrvatske vode su pravna osoba za upravljanje vodama (čl. 185. st. 2.).

⁷⁶ Opširnije **Brežanski**, *op. cit.*, str. 311–315., **Vizjak**, *op. cit.*, str. 120–130.

⁷⁷ Javno dobro je u javnoj uporabi ako su na njemu izgrađene vodne građevine kao njegova pripadnost i ako je tako određeno aktom vlasnika (čl. 14. st. 2.).

⁷⁸ Javno vodno dobro čine zemljišne čestice iz čl. 8. ZOV-a koje su do dana stupanja na snagu ZOV-a '95. bile temeljem zakona ili temeljem bilo koje druge pravne osnove: opće dobro, javno dobro, javno vodno dobro, vodno dobro, javno dobro – vode, državno vlasništvo, vlasništvo jedinice lokalne samouprave, društveno vlasništvo bez obzira tko je bio nositelj prava korištenja, upravljanja ili raspolaganja, odnosno koje su u zemljišnoj knjizi bile upisane kao: javno dobro, javno vodno dobro, vodno dobro, državno vlasništvo, vlasništvo jedinice lokalne samouprave, društveno vlasništvo s naznakom ili bez naznake nositelja prava korištenja, upravljanja ili raspolaganja, općenarodna imovina, opće dobro i sl. (čl. 11. st. 1.). Javnim vodnim dobrom smatraju se sve do dokaza suprotnog i one zemljišne čestice iz čl. 8. ZOV-a koje do dana stupanja na snagu ZOV-a nisu bile upisane u zemljišnoj knjizi, odnosno koje su bile upisane u zemljišnu knjigu, ali nitko nije naznačen kao njihov vlasnik (čl. 11. st. 2.). Javnim vodnim dobrom postaju i one zemljišne čestice iz čl. 8. ZOV-a koje se izvlaste ili otkupe u korist Republike Hrvatske (čl. 11. st. 4.).

⁷⁹ Republika Hrvatska ima pravo prvokupa zemljišnih čestica koje čine vodno dobro, a nisu u sustavu javnog vodnog dobra (čl. 19. st. 1.).

⁸⁰ Vodno dobro služi održavanju i poboljšanju vodnog režima, a osobito je namijenjeno za: 1. građenje i održavanje regulacijskih i zaštitnih vodnih građevina, 2. održavanje korita i obala vodotoka, te

Kao što je već navedeno, ZPLUV nas upućuje na ZOV u dva slučaja. Prvi se odnosi na građenje lučkih građevina na vodnom dobru i javnom vodnom dobru (čl. 126. st. 2.), a drugi na pravo građenja ili pravo korištenja na vodnom dobru ili javnom vodnom dobru kod obavljanja lučkih djelatnosti u lukama prilikom izdavanja odobrenja od strane lučke uprave (čl. 151.). ZOV nam govori da su građevine za unutarnju plovidbu⁸¹ kao posebna vrsta vodnih građevina od interesa za Republiku Hrvatsku, a njihovo građenje i održavanje također je u interesu Republike Hrvatske (čl. 22. st. 2. i st. 3.). Ako je njihov investitor Republika Hrvatska ili lučka uprava, onda su u vlasništvu Republike Hrvatske (čl. 23. st. 5.).⁸² Ako su izgrađene na javnom vodnom dobru njegova su pripadnost sukladno načelu jedinstva nekretnine, osim građevina izgrađenih na temelju prava građenja, dok to pravo traje (čl. 14. st. 1.).⁸³ Vlasnici zemljišnih čestica koje pripadaju vodnom dobru, a na kojima se nalaze luke i lučka područja dužni su dopustiti njihovo privremeno korištenje za namjene iz čl. 9. ZOV-a u cilju održavanja i poboljšanja vodnog režima (čl. 18. st. 1. i st. 2.). Dakle, kopneni dio lučkog područja nalazi se u različitim vlasničkim režimima.⁸⁴

ZAKLJUČAK

U pogledu vrsta luka unutarnjih voda, ZPLUV iz 2007. god. kao osnovni propis predviđa samo luke otvorene za javni promet koje se prema značaju u lučkom sustavu dijele na one od državnog i županijskog značaja, te na privatne luke. Hrvatske luke unutarnjih voda (rijeke, kanali, jezera) sastoje se od dva dijela: vodenog i kopnenog. Prvi dio je vodeni (lučki akvatorij), jer je svaka takva luka dio vodnog puta (kao dijela unutarnjih voda) koji služi za plovidbu, pristajanje i sidrenje. Drugi

održavanje i uređenje inundacijskog područja, 3. građenje i održavanje unutarnjih vodnih putova, 4. provedbu obrane od poplava, 5. korištenje i zaštitu izvorišta voda iz čl. 8. st. 1. toč. 4. ZOV-a (čl. 9.).

⁸¹ To su objekti sigurnosti plovidbe na unutarnjim vodama i lučke građevine sukladno posebnim propisima o plovidbi i lukama unutarnjih voda (čl. 22. st. 1. toč. 5.).

⁸² Međutim, ako je investitor tih građevina za unutarnju plovidbu pravna ili fizička osoba, a građevine se grade na zemljištu tih osoba, onda su u vlasništvu tih osoba, ali njima se upravlja sukladno odredbama ZOV-a i posebnih propisa o plovidbi lukama unutarnjih voda (čl. 30.).

⁸³ Na javnom vodnom dobru ne može neka druga osoba, dospjelošću niti na drugi način, steći pravo vlasništva niti drugo stvarno pravo, osim prava služnosti i prava građenja na način uređen čl. 16. ZOV-a (čl. 11. st. 6.). 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 iz čl. 9. ZOV-a o čemu mišljenje daju Hrvatske vode (čl. 16. st. 1.).

⁸⁴ O problemima pravnog statusa zemljišta unutar lučkog područja vidi **Aleksandra Vasilj – Sanja Zagrajski -Biljana Činčurak**: *Luke unutarnjih voda i pravni status zemljišta unutar lučkog područja – nedorečenost zakona o plovidbi i lukama unutarnjih voda*, "Pravni vjesnik", Osijek, br. 2, 2008, str. 21–47. Isti je problem postojao i u odredbama ZLUV-a '98. (**Goran Vojković**: *Problem privatnog vlasništva na zemljištu unutar lučkog područja luka unutarnjih voda*, "Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu", br. 3-4, 2003, str. 349–357.

dio je kopneni (lučko područje) kao dio obale neposredno uz vodeni dio, na kojem se obavljaju lučke djelatnosti (lučke usluge i ostale gospodarske djelatnosti). Na lučkom području nalaze se i lučke građevine (lučka infrastruktura i suprastruktura) koje služe za obavljanje lučkih djelatnosti. Lučki korisnik smije obavljati lučke djelatnosti i koristiti lučke objekte samo na temelju odobrenja kao upravnog akta kojeg donosi lučka uprava odnosno na temelju ugovora potpisanog sa lučkom upravom.

Na lučki akvatorij i lučko područje primjenjuje se i ZOV iz 2009. god. Taj zakon razlikuje vode kao dio prirode odvajajući ga od zemljišnih čestica koje čine korito i obalu. Vode u rijekama i jezerima (uključujući vodeni dio luka unutarnjih voda) su opće dobro (nisu u vlasničkom režimu), ali se mogu gospodarski koristiti na temelju koncesije. Obala uz vodeni dio (kopneni dio lučkog područja) koju čine zemljište i građevine nalazi se u različitim vlasničkim režimima: u vlasništvu Republike Hrvatske (ako je u pitanju javno vodno dobro) ili u vlasništvu drugih pravnih i fizičkih osoba (ako se radi o vodnom dobru).

Vidljivo je da se propisi koji se neposredno ili posredno primjenjuju na luke unutarnjih voda, nisu međusobno usklađeni i postoje određene manjkavosti u njihovoj sadržaju koje značajno utječu na pravni status luka unutarnjih voda, pa bi *pro futuro* neka rješenja trebalo poboljšati.

Zakonodavac nije još donio novu uredbu o uvjetima kojima udovoljavati navedene luke, mjerilima za njihovo razvrstavanje i uvjetima za sigurnost plovidbe. Stari se podzakonski akt može analogno primjenjivati samo djelomično, jer ZPLUV u pogledu vrsta luka ukida luke posebne namjene, a uvodi privatne luke. Nadalje, ZPLUV više ne poznaje kruti model koncesija na temelju kojeg su lučki operateri obavljali lučke djelatnosti na lučkom području, već uvodi fleksibilniji sustav odobrenja. Međutim, unatoč toj promjeni pravnog okvira, veliki broj lučkih djelatnosti u hrvatskim lukama unutarnje plovidbe i nadalje će se obavljati temeljem koncesija. Naime, ZPLUV dopušta da postojeći koncesionari imaju pravo obavljanja lučkih djelatnosti do isteka postojećih ugovora o koncesijama, koji će biti na snazi narednih 10 do 15 godina. Napominjemo da ni bivši sustav koncesioniranja kopnenog dijela luka, a ni sadašnji sustav odobrenja nije u skladu s novim općim zakonom hrvatskog koncesijskog prava – ZOK-om iz 2008. god. S druge strane, ZOV propisuje da se vodeni dio luka može gospodarski koristiti sukladno ZOK-u. Dakle, neophodno je unificirati način korištenja kopnenog i vodenog dijela cijele luke prema rješenjima jednog zakona (ZOK). Konačno, postojeći različiti pravni status zemljišta unutar luka unutarnjih voda *de lege ferenda* treba promijeniti na način da cijelo lučko područje predstavlja javno vodno dobro u vlasništvu Republike Hrvatske, te da ulazi u pravni režim javnog dobra u općoj uporabi. Takvo bi rješenje postiglo svrhu kvalitetnijeg obavljanja lučkih djelatnosti i omogućilo razvoj luka unutarnjih voda sukladno razvojnim planovima.

THE PORTS IN INTERNAL WATERS IN THE REPUBLIC OF CROATIA

Summary

In this article author describes the legal status of ports in internal waters in the Republic of Croatia. First he analyses the provisions of Navigation and Ports in Internal Waters Act (2007) concerning the questions of division of ports, land of port, port object, port authority, port activities and concessions. Second he deals with some relevant legal solutions of Waters Act (2009) including water, water domain and public water domain.

Key words: *Croatia, ports, internal waters, water domain, public water domain.*

НАЧЕЛА КАТАСТРА НЕПОКРЕТНОСТИ У СРБИЈИ И РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

Др Нина Планојевић*

Резиме: За тему свог рада аутор је изабрао анализу решења о начелима на којима се темељи катастар непокретности у правним системима Србије и Републике Српске, сматрајући ово питање једним од најважнијих у овом контексту. У првом делу рада, он приказује историјат увођења катастра непокретности у Србији и Републици Српској. У наредном делу рада аутор износи основне карактеристике регулативе катастра непокретности у ова два правна система, закључујући да су сличности између њих много бројније и важније од разлика. У централном делу рада аутор анализира и коментарише одредбе којима су уређена начела катастра непокретности у Србији и Републици Српској, поредећи их како са земљишнокњижним начелима, тако и међусобно. Аутор указује на добре и лоше стране ових регулатива, а све у циљу проналажења најадекватнијих решења.

Кључне речи: катастар непокретности, право Србије, право Републике Српске.

І. Увод

О томе од коликог је значаја за једну државу да има ажурну и поуздану евиденцију непокретности и права на њима написано је много радова и зато о разлозима за то не треба посебно говорити. Највећи број држава европског континента, па и шире, већ одавно располаже таквим евиденцијама¹ или ради на њиховом осавремењавању и усавршавању². Државе Балкана, настале распадом бивше југословенске федерације, у том смислу су у донекле хендикепираном положају, јер немају одговарајућу правну традицију. Некадашња ју-

*Др Нина Планојевић, доцент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу.

¹ Немачка, Швајцарска...

² Аустрија, Француска, Италија...

гословенска држава не само да није имала јединствену и поуздану евиденцију непокретности на свим деловима своје територије, него чак ни јединствен став правних стручњака о томе која би то евиденција била. Тако је последњих година пред распад ове државе на њеној територији било више типова евиденција него у читавој Европи заједно: земљишно-књижни, тапијско-интабулациони и систем тзв. јединствене евиденције; а постајала је и књига продатих друштвених станова са хипотеком. Док је око неприхватљивости тапијско-интабулационог система постојала општа сагласност³, прави рат правним аргументима водио се око питања чему треба дати примат у будућности: земљишно-књижном или систему тзв. јединствене евиденције непокретности и права на њима – „интегрисаном катастру“⁴. Док је први систем у пракси функционисао са више или мање успеха, зависно од подручја, уз примену правних правила из предратних прописа⁵; са пропагирањем идеје о увођењу другог се започело почетком осамдесетих година прошлог века⁶, опет са више или мање успеха, зависно од дела некадашње државе⁷. Док су неке федералне јединице биле наклоњеније земљишно-књижном систему (пре свега оне у којима је он и до тада успешно функционисао – Словенија и Хрватска); друге су отпочеле са припремама за устројавање нове, јединствене евиденције - катастра непокретности, са намером да њиме замене земљишне књиге, односно да га устроје уместо земљишних књига тамо где није било никаквих евиденција или је то био тапијски систем. Нарочито привржене овој другој тенденцији биле су наикадашње федералне јединице: СР БИХ, у којој је заправо и зачета идеја о новој евиденцији и која је свој први закон у том смислу донела 1984; СР Црна Гора 1984;

³ Овај систем је још од времена доношења Српског грађанског законика сматран привременим, али се и данас понегде може наћи. О томе више: С. Георгиевски, Тапискиот систем во Југославија, Скопје, 1978.

⁴ Објашњење овог термина: Р. Цветић, Савремена евиденција непокретности, Нови Сад, 2009, стр. 62.

⁵ Закон о земљишним књигама, Сл. новине Краљевине Југославије 146/30, 281/31; Закон о унутрашњем уређењу, оснивању и исправљању земљишних књига, Сл. новине Краљевине Југославије 146/30; Закон о земљишно-књижним деобама, отписима и приписима, Сл. новине Краљевине Југославије 62/31.

⁶ Прве идеје о успостављању јединствене евиденције фактичких и правних података о непокретностима на овим просторима јавиле су се још 1919. године, а њихови носиоци биле су геодете. Више о томе: С. Георгиевски, Јединствена евиденција некретнина и права на некретнинама, Правни живот, Копаоничка школа цивилног права «Својински односи у правном поретку», I том, Београд, 1991, стр. 371, фуснота 5.

⁷ Пошто је ова материја била у надлежности федералних јединица, јавила се иницијатива да се покушају дефинисати заједничка начела на којима би се заснивале нове евиденције у циљу уједначености. У том смислу Координациони одбор за имовинскоправне односе СИБ и ИВ СР и САП, заузео је одређене ставове и предложио њихово усвајање федералним јединицама. Више о томе: В. Кучековић, О концепцији евиденције некретнина у СР Хрватској, Наша законитост, 10-11/84. О генези идеје о јединственој евиденцији: Т. Стевановић, Јединствена евиденција непокретности, Наша законитост, 10-11/84.

СР Македонија 1986; и СР Србија 1988. године. Тако је у основним цртама изгледала ситуација а у вези евиденција непокретности и права на њима у време пред почетак распада СФРЈ.

Након распада заједничке федерације, свака од новонасталих држава започела је изградњу свог правног система на начин који јој се чинио најадекватнијим. Словенија⁸ и Хрватска⁹ су се без много двоумљења определиле за нове законе о земљишним књигама, док су се Србија, Црна Гора и Македонија одлучиле за катастар непокретности. У БИХ, међутим, постоји специфична ситуација: док се ентитет Федерација БИХ¹⁰ определио за земљишну књигу; ентитет Република Српска је после доста колебања тек 2012. године донео коначну одлуку у корист катастра непокретности, усвајањем Закона о премјери и катастру Републике Српске¹¹. С обзиром да се ради о закону који је донет пре свега неколико месеци, циљ нашег рада је да изврши приказ и компарацију решења закона Републике Српске са решењима Закона о државном премеру и катастру Републике Србије¹² - како бисмо утврдили постојање сличности и разлика између њих, као и проценили које је од различитих решења адекватније. Предмет нашег разматрања, с обзиром на ограничен обим рада, не могу бити све одредбе закона о којима је реч. Стога смо се определили за приказ и компарацију, по нашем мишљењу, најважнијих решења - о начелима на којима се темељи катастар непокретности у Србији и Републици Српској.

Иако се сваком правнику, када анализира неко питање у вези катастра непокретности, просто намеће потреба за прављењем паралеле са земљишним књигама – ми ћемо овом приликом покушати да се уздржимо од тога. Разлог за то је најпре у чињеници да је на ту тему написано небројено много радова, почев од осамдесетих година и некадашње југословенске федерације, па до данашњег дана у свим државама насталим њеним распадом, а посебно у Србији¹³ – па би све што напишемо било само понављање већ много пута изречених констатација о предностима и манама ових евиденција. Друго, сматрамо да је време да се, без обзира на свој лични став, суочимо са чињеницом да је катастар непокретности у Србији, као и у неким другим државама, реалност; а да

⁸ У Републици Словенији Закон о земљишним књигама био је донет 1995, а затим је донет нов, данас важећи Закон о земљишким књигама (Ур. лист РС 58/2003, са каснијим новелама).

⁹ У Републици Хрватској Закон о земљишним књигама донет је 1996. (Нар. новине 91/96, са каснијим изменама и допунама).

¹⁰ У Федерацији БИХ на снази је Закон о земљишним књигама из 2003.

¹¹ Сл. гласник РС 6/2012.

¹² Сл. гласник РС 72/2009, 18/2010.

¹³ Поменули бисмо само многе радове и активности проф. др Миодрага Орлића, поборника идеје о задржавању земљишних књига; као и већ познати скуп на тему «Увођење и обнављање земљишних књига – Предлог за најпогоднију врсту јавних регистара непокретности у Србији за 21. век», одржан у Београду новембра 2000. Реферати и саопштења са тог скупа објављени су у часопису *Анали Правног факултета у Београду*, Београд, 2000/1-6.

ће то после вишегодишњег колебања ускоро постати и у ентитету Република Српска. То значи и да је време да се катастром непокретности бавимо из неке друге перспективе, а не само кроз призму његових предности и недостатака у односу на земљишну књигу. Зато ће овај рад више бити усмерен на приказ и компарацију позитивног права Србије и Републике Српске и питање треба ли и у ком правцу усавршавати катастар непокретности, него на компарацију са земљишним књигама.

II Увођење катастра непокретности у правни систем Србије и Републике Српске

1. Са увођењем катастра непокретности у *Србији* започело се још док је била у саставу некадашње Југославије, 1988. године¹⁴, са доношењем Закона о премеру и катастру и уписима права на непокретностима¹⁵. Он је 1992. замењен Законом о државном премеру и катастру и уписима права на непокретностима, који је више пута мењан и допуњаван¹⁶, у тражењу што прикладнијих решења. Устројавање катастра непокретности у Србији и после 24 године још увек траје, мада је овај процес већ при крају. Према подацима из 2009. у преко 88% катастарских општина био је основан и потврђен катастар непокретности.¹⁷ Он је данас на нов начин регулисан Законом о државном премеру и катастру из 2009. године¹⁸, а ускоро ће на целој територији Србије да замени све постојеће евиденције непокретности и права на њима. Без обзира на то, његово увођење у стручној јавности још увек изазива дилеме око питања да ли је то прави пут.¹⁹

2. Србија је морала променити неколико закона да би дошла до правих решења о коначном изгледу катастра непокретности, али ипак претходних 24 године није мењала основно одређење – оријентацију ка катастру непокретности, уместо земљишним књигама. *Република Српска* ишла је, међутим, другачијим путем да би дошла до садашњег одређења за катастар непокретности.

¹⁴ Истини за вољу, законска решења из 1988. остала су без реализације све до 1992. и доношења новог закона из ове области.

¹⁵ Сл. гласник СРС 17/88, 28/90, Сл. гласник РС 13/90

¹⁶ Сл. гласник РС 83/92, 53/93, 67/93, 48/94, 12/96, 34/01, 25/02 и 101/05.

¹⁷ Подаци преузети од: Р. Цветић, *Савремена евиденција непокретности*, Нови Сад, 2009, стр. 99

¹⁸ Сл. гласник РС 72/2009, 18/2010.

¹⁹ Велики број правних писаца изнео је многобројне аргументе у прилог земљишних књига, а против катастра непокретности. О томе више: *Зборник радова «Увођење и обнављање земљишних књига – Предлог за најпогоднију врсту јавних регистара непокретности у Србији за 21. век»*, *Анали Правног факултета у Београду*, Београд, 2000/1-6.

Након распада некадашње федерације, Република Српска је као ентитет нове државе БИХ 1996. донела свој Закон о премјеру и катастру непокретности²⁰. Пошто је полемика о исправности овакве оријентације било много, а резултати у устројавању катастра непокретности нису били задовољавајући²¹ – Републици Српској 2002. наметнут је од стране Високог представника за БИХ Закон о земљишним књигама²², па се она враћа овој евиденцији. У истоветном тексту Скупштина Републике Српске усваја Закон о земљишним књигама 2003.²³, с применом од 23. 02. 2004. Осам година касније, овај ентитет међутим поново чини „заокрет“, напушта оријентацију на земљишне књиге и враћа се катастру непокретности, доношењем већ поменутог Закона о премјеру и катастру²⁴ јануара 2012.

У нади да је наведено одређење Републике Српске коначно, њено колебање око најприхватљивијег модела евиденције, независно од тога чиме је узроковано, морамо најблаже речено окарактерисати као необично и проблематично. Јасно је да постоје боља и лошија решења и евиденције и да није лако донети исправну одлуку, али најлошији избор је за 16 година три пута променити своју оријентацију, што се свакако не може позитивно одразити ни на правну сигурност ни на многа друга питања.

III Основне карактеристике регулативе катастра непокретности у Србији и Републици Српској

Већ на основу летимичног прегледа регулативе катастра непокретности у Србији и Републици Српској може се уочити да су оне врло сличне.²⁵ Законски текстови су како у погледу обима (око 200 чланова), тако и у погледу структуре и садржине скоро истоветни.²⁶

1. Катастар непокретности, на основу садржине оба закона, можемо *дефинисати* као јавну евиденцију фактичких и правних података о непокретностима, коју у електронском облику води орган управе – Републички геодетски

²⁰ Сл. гласник РС 19/96.

²¹ О томе више: Д. Медић, Хипотека и остала средства обезбјеђења потраживања – стање и правци развоја, Бања Лука, 2005, стр. 138 – 141.

²² Сл. гласник РС 74/2002.

²³ Сл. гласник РС 67/03. Истоветни текст важи и у Федерацији БИХ.

²⁴ Сл. гласник РС 6/2012.

²⁵ Овде пре свега мислимо на делове закона релевантне са грађанскоправне тачке гледишта: саставни делови катастра, предмет, услови и врсте уписа, начела, оснивање, обнова и одржавање катастра и сл.

²⁶ Важније разлике значајне са правне тачке гледишта постоје око поступка оснивања катастра непокретности, што је с обзиром на различите ситуације „на терену“ у Србији и Српској и разумљиво; као и у погледу његовог одржавања.

завод (у даљем тексту: РГЗ) у Србији, односно Управа у Српској. Као значајну новину у односу на земљишне књиге истакли бисмо да се *води комбинацијом реалних и персоналних фолија*²⁷, што значи да се уписи спроводе и с обзиром на непокретност, као објекат права (попут земљишних књига); и с обзиром на имаоца права. Ову новину морамо оценити као позитивну, јер пружа већу прегледност евиденције, боље могућности за информисање заинтересованим субјектима, али и за заштиту њихове приватности кроз ограничења начела јавности (лист непокретности за имаоца права није свима доступан – о чему ће у даљем тексту бити више речи).

2. Уписи података врше се како на захтев заинтересованих лица, која имају не само право, већ и законску обавезу да такве захтеве поднесу; тако и по службеној дужности – што је такође нова одлика, о којој ће посебно бити речи у делу рада о начелима за вођење катастра.

3. Од земљишних књига катастар непокретности се, поред наведеног, по прописима Србије и Републике Српске највише разликује својом *структуром*. Његови саставни делови су: 1) *Елаборат премера*, који обухвата податке и документа који се односе на *фактичку* евиденцију непокретности. Катастарска општина представља основну јединицу за коју се врши катастарски премер и оснива, обнавља и одржава катастар непокретности; а основна катастарска територијална јединица је катастарска парцела.; 2) *Збирка исправа*; и 3) *База података*, која приказује комплетно *фактичко и правно стање* непокретности и израз је нове концепције катастра као јединствене евиденције, која обухвата све податке о непокретностима.

4. Различитост катастра од земљишних књига постоји и у погледу предмета уписа (посебно у праву Србије), као и врста уписа. Извесне разлике између катастра и земљишних књига постоје и у погледу начина оснивања и одржавања ових евиденција²⁸, а у вези њих има и међусобних разлика у регулативи Србије и Српске.

5. У погледу начела вођења такође има разлика између земљишнокњижне и катастарске евиденција, јер катастар познаје и нека нова начела; а има и разлика између законских текстова Србије и Републике Српске међусобно. Иако ове разлике нису превелике, регулативи ових питања, као што је у уводу речено, у даљим излагањима биће посвећена посебна пажња, јер их сматрамо питањима од посебног значаја.

²⁷ Видети чл. 72 Закона Србије и чл. 70 Закона Српске. О томе више: Р. Цветић, нав. дело, стр. 145.

²⁸ На основу детаљније анализе ових питања сматра се да те разлике нису тако велике како изгледају на први поглед. Више о томе: Р. Цветић, нав. дело, стр. 164.

IV Начела катастра непокретности у Србији и Републици Српској

1. Катастар непокретности се у позитивном праву *Србије* темељи на осам начела.²⁹ Закон о државном премеру и катастру их не набраја у посебној одредби, али свако од њих посебно именује насловљавањем члана у коме га регулише. То су начела: државног премера, уписа, обавезности, јавности, поуздања, законитости, првенства и одређености.

Многа од ових начела, иако су се примењивала и раније, нису била посебно именована земљишнокњижним прописима, већ их је издвајала и дефинисала правна теорија. Нека од њих за вођење земљишних књига, као што је познато, нису важила, попут начела обавезности уписа. Ни ранији закони који су уређивали катастар непокретности у Србији (из 1988. и 1992.) нису именовали сва начела, која уређује закон Србије из 2009, тако да нову регулативу сматрамо бољом, прецизнијом и потпунијом, а самим тим и кориснијом - како органу који води катастар, тако и корисницима ове евиденције.

2. Закон о премјеру и катастру *Републике Српске* садржи посебан члан 53, у коме најпре набраја начела катастра непокретности, називајући их основним. Међу њима неведено је шест од осам начела која регулише и Закон о државном премеру и катастру Србије. То су начела: уписа, јавности, поуздања, легалитета, обавезности и одређености. Разлика између ових регулатива је у томе што Закон о премјеру и катастру Српске у листи основних начела по којима се води катастар наводи и начело формалности; а не наводи начела државног премера и првенства, која пак законодавац у Србији посебно издваја и регулише. Ипак, у тексту закона Српске регулисано је и начело првенства (чл. 58), независно од тога што није именовано међу основним начелима из чл. 53.

Најпре ћемо у кратким цртама приказати и прокоментарисати сличности и разлике у регулативи начела, која су именована и регулисана за вођење катастра непокретности и у закону Србије и у закону Републике Српске. Затим ћемо се осврнути и на начела која наводе само неки од ових закона: у Српској то је начело формалности, а у Србији начело државног премера.

²⁹ Правна теорија издваја и друга начела катастра непокретности. У том смислу видети: И. Бабић, Грађанско право, књ. 2, Стварно право, Београд – Нови Сад, 2012, стр. 318 – 321.

1. Заједничка начела за вођење катастра непокретности у Србији и Републици Српској

1) Начело уписа

Упис у катастар непокретности и према Закону о државном премеру и катастру Србије (чл. 60) и према Закону о премјеру и катастру Српске (чл. 54) може имати двојако дејство: конститутивно и декларативно. У закону Србије то је и термилошки назначено, док се из формулације одговарајућег члана закона Српске и без употребе термина «конститутивно и декларативно» изводи исти закључак. Међутим, разлика између ових регулатива је у одређивању врсте права, која се стичу (преносе, ограничавају или престају) уписом.

1. Према чл. 60. ст. 1 Закона *Србије* (под насловом „Начело уписа“) - *својина и друга стварна права* на непокретностима стичу се, преносе и ограничавају уписом у катастар непокретности (односно базу података), а престају брисањем уписа. За њих упис има *конститутивно дејство*, тј. представља начин и моменат њиховог стицања или престанка, на основу правног посла са власником (деривативно).

Под условима одређеним законом, нека стварна права могу се, међутим, стећи и пре уписа у катастар, моментом испуњености законом прописаних услова за то (чл. 60. ст. 2). У том случају њихов упис је *декларативног карактера*³⁰, тј. од тог часа ова већ настала права само производе правно дејство и према трећим лицима. Декларативни карактер по закону Србије има и упис законом одређених *облигационих права* у катастар непокретности, па се од тог тренутка и ова права могу супротставити трећим лицима, иако су пуноважно настала у једном ранијем моменту (чл. 60. ст. 3).

Дакле, регулатива овог начела у Србији је врло прецизна и не ствара никакве недоумице: упис стварних права на непокретностима може имати, зависно од горе наведених околности, конститутивни (што је правило) или декларативни карактер; док упис облигационих права на непокретностима увек има декларативни карактер.

2. Закон о премјеру и катастру *Српске* на два места говори о начелу уписа, стварајући на тај начин одређену забуну. У чл. 53. набрајајући начела на којима се темељи, он на првом месту наводи начело уписа (а затим и остала), да би у даљем тексту управо редоследом којим ова начела у чл. 53. набраја - та начела и регулисао. Пошто прво наводи начело уписа, он га у чл. 54. прво и регулише. Одређујући права на која се начело уписа односи, уместо термина «својина и друга стварна права» који користи законодавац у Србији, он у чл. 54. ст. 1 користи термин «права» на непокретностима - независно од тога што

³⁰ Чл. 60. ст. 2 Закона.

у њему регулише конститутивно дејство уписа, па се тако стиче утисак да се *сва права* на непокретностима стичу, губе, ограничавају и преносе уписом у катастар, што свакако није тако.³¹

У следећем ставу законодавац набраја ситуације у којима се права на непокретностима могу стећи и пре момента уписа у катастар (што њихов упис чини декларативним), опет не прецизирајући њихову врсту – што је у овом ставу можда и прихватљиво, с обзиром да и упис облигационих и упис стварних права у катастар (под одређеним условима) може имати декларативно дејство.

При крају дела о начелима, међутим, у чл. 62. Закон Српске се опет враћа на начело уписа, али овога пута садржи формулацију идентичну оној коју садржи већ анализирани чл. 60 Закона Србије. На тај начин он код читаоца ствара забуну око питања која се права стичу уписом и какво дејство за свако од њих упис у катастар има у праву Српске? Очигледно је да адекватан одговор на ово питање даје управо чл. 62 Закона Српске, па чл. 54 сматрамо сувишним.³²

Пошто је и упис у катастар непокретности, као и у земљишне књиге, каузалан, он сам за себе не може произвести правно дејство, већ само уколико је заснован на пуноважном правном основу – што важи и у Србији и у Српској.

3. Оно што још морамо приметити је да је анализираним одредбама закона Србије и Српске омогућено и ванкњижног стицања стварних права на непокретностима³³, па ће недоследно спровођење начела уписа свакако с временом довести до дестабилизације катастра непокретности, баш као што је био случај и са земљишном књигом на овим просторима.

2) Начело обавезности

Начело обавезности је ново начело катастра непокретности, које није важило у земљишнокњижном систему. Оно представља ограничење аутономије воље и одступање од начела диспозиције у вршењу и заштити грађанских права, па је зато било предмет полемика. Пошто се катастар непокретности не

³¹ На сличну непрецизност када је реч о начелу уписа код земљишних књига указују и О. Станковић – М. Орлић, *Стварно право*, Београд, 1994, стр. 328, фуснота 1123. Наиме, у пар. 4, ст. 1 некадашњег Закона о земљишним књигама уместо термина „стварна права“, користи се термин „књижна права“, мада је јасно да се сва књижна права не стичу уписом у земљишну књигу.

³² Једино оправдање за егзистенцију чл. 54. поред чл. 62. можда видимо у задњих неколико речи првог става овог члана: „Уписом у катастар непокретности стичу се, преносе, ограничавају и престају права на непокретностима, *осим ако законом није другачије одређено.*» Већ у чл. 62. законодавац одређује другачије за облигациона и одређена стварна права.

³³ Закон о премјеру и катастру Српске у том смислу напушта опредељење исказано у Закону о земљишним књигама из 2003, по коме су се земљишнокњижна права могла стећи искључиво уписом. О томе више: М. Повлакић, *Реформа земљишнокњижног права као дио укупне реформе грађанског права*, Зборник радова «Актуелности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе», Мостар, 2003, стр. 229.

води само у приватном, него и у општем интересу³⁴, ради обезбеђења уредне и ажурне евиденције непокретности и права на њима, преовлађује став да ово начело ипак има друштвеног оправдања³⁵, са чим се морамо сложити. Њега чак сматрамо најкориснијом новином коју је катастар непокретности собом донео, јер упис који зависи искључиво од воље правних субјеката, иако је у многим државама дао добре резултате, очигледно није био у складу са менталитетом људи са ових простора³⁶.

По начелу обавезности уписа, које је на идентичан начин формулисано и у праву Србије и у праву Српске, титулар права на непокретности је обавезан да поднесе захтев за упис непокретности и права својине на њој.³⁷ Та обавеза постоји како при оснивању катастра³⁸; тако и ако дође до промена на непокретности. Правни субјекат је дужан да у року од 30 дана од промене поднесе захтев и исправе за њено евидентирање у циљу одржавања катастра.³⁹ Закони Србије и Српске садрже екстензивну листу случајева⁴⁰ који се сматрају променом на непокретности и за које постоји ова обавеза. Једном речи, одлука о томе да ли ће уписати податке о непокретностима и стварним правима на њима у катастар више није ствар воље лица којима те непокретности и права припадају, као у земљишно-књижном систему, већ њихова законска обавеза. Такође су и сви државни органи и правна лица дужни да РГЗ-у/Управи доставе податке о непокретностима које имају у својим евиденцијама.⁴¹ Непоштовање обавезе пријављивања промена прописано је као прекршај, за који се може изрећи новчана казна⁴². Уписе и праћење промена на непокретностима РГЗ/Управа врше и по службеној дужности.

Сматра се да ће потреба за начелом обавезности у будућности нестати ако се у потпуности буду поштовала начела уписа и поуздања, а ванкњижни промет који није праћен уписом остављао без правног значаја - што у досадашњој судској пракси није доследно спровођено.

³⁴ Чл. 6. Закона Србије и чл. 6 Закона Српске.

³⁵ Р. Цветић, нав. дело, стр. 119.

³⁶ О томе више: Н. Планојевић, Упис етажне својине у земљишну књигу и катастар непокретности, *Анали Правног факултета у Београду*, Београд, 2000/1-6.

³⁷ Чл. 61 Закона Србије и чл. 63 Закона Српске.

³⁸ Чл. 92, ст. 3 Закона Србије (код оснивања катастра).

³⁹ Ради одржавања катастра ова обавеза за имаоце права предвиђена је чл. 117 Закона Србије и чл. 124 Закона Српске.

⁴⁰ Највећи број промена за које постоји обавеза пријављивања је фактичке природе. Остале промене су у вези имаоца и у погледу стварних права.

⁴¹ Чл. 92, ст. 3 и чл. 119, ст. 3 Закона Србије и чл. 126 Закона Српске.

⁴² Новчана казна за непријављивање промена на непокретности за физичко лице креће се у распону од 10000 до 30000 динара, односно од 200 до 1000 КМ; а за правно лице од 30000 до 250000 динара, односно од 1000 до 5000 КМ (чл. 184 – 185 Закона Србије и чл. 182 – 183 Закона Српске).

3) Начело јавности

Начело јавности је на сличан начин, тј. са истим смислом формулисано и у праву Србије (чл. 62) и у праву Српске (чл. 55). Као што је познато, оно има формални и материјални аспект.⁴³

Формални аспект значи да су подаци катастра непокретности јавни, па се нико не може позивати на то да му они нису били или нису могли бити познати, нити то може доказивати. Реч је о необоривој претпоставци. Увид или извод из катастра може добити свако лице, у границама закона, без доказивања правног интереса за то, чак и преко интернета.⁴⁴ Док законодавац у Србији дословце на наведени начин формулише начело јавности, посебан став 2. посвећујући прецизирању да се „нико не може позивати на то да му подаци уписани у катастар непокретности нису били или нису могли бити познати, нити то може доказивати“; законодавац Српске се „зауоставља“ само на прописивању права сваког лица на увид у податке катастра, извод или одговарајућу потврду на основу њега. Без обзира што се и из овакве, „скраћене“ формулације какву користи законодавац Српске, може извести исти закључак као и када је у питању формулација из закона Србије, мишљења смо да би правним субјектима, који су лаици, ситуација била много јаснија да је наведена и последица пропуштања да се изврши увид у катастар: немогућност доказивања да им подаци из катастра нису били познати.

Ипак, начело јавности катастра непокретности ни у праву Србије ни у праву Српске није неограничено, јер се лист непокретности за имаоца права може издати само имаоцу, лицу које докаже правни интерес и државном органу ради вођења поступка из његове надлежности, покренутог по службеној дужности.⁴⁵ Издавање листа непокретности за непокретност, међутим, може захтевати било које лице.

Материјални аспект овог начела односи се на чињеницу да га води орган државне власти, па катастар непокретности и изводи из њега имају снагу јавне исправе⁴⁶, за коју важи претпоставка веродостојности, потпуности и тачности, док се супротно не докаже (мада то законодавци не наводе посебно). Компјутерско вођење катастра може појачати начело јавности због могућности лаког приступа подацима из њега.

⁴³ Овакву поделу прави Т. Јосиповић у: Земљишне књиге, N. Gavella и др., св. 1, Загреб, 2007, стр. 290.

⁴⁴ По чл. 173. Закона Србије и чл. 172 Закона Српске, увид у податке геодетско-катастарског информационог система и документацију у аналогном облику, може се извршити непосредно у просторијама РГЗ-а/Управе или путем интернета.

⁴⁵ Чл. 173, ст. 3 Закона Србије и чл. 172, ст. 3 Закона Српске.

⁴⁶ Р. Цветић, нав. дело, стр. 123

4) Начела поуздања

Начела поуздања је тесно повезано са претходна два начела. По слову закона и Србије (чл. 63) и Српске (чл. 56) оно значи да су подаци о непокретностима уписани у катастар истинити и поуздани. Што се тиче последица поверења у његову садржину, законодавац у Српској је био врло прецизан и одређен: «стицалац који је у доброј вјери поступио с повјерењем у податке о непокретностима правно је заштићен, ако није знао нити је, с обзиром на околности, имао довољно разлога посумњати у оно што је уписано». Он је био одређен и у погледу својстава лица које се поуздао у садржину катастра – заштићено је само савесно лице; и у погледу предмета његове савесности – то је само књижно стање непокретности, што су решења која сматрамо адекватним и која ће допринети да катастар буде потпуна и ажурна евиденција, што земљишна књига на овим просторима, због широког тумачења овог начела од стране судске праксе, није била.

Законодавац у Србији, међутим, само предвиђа да нико не може сносити штетне последице због свог поверења - чиме се свакако штити сигурност правног промета, али текст закона је недоречен у вези два питања.

Прво је да ли ово начело важи за свако треће лице или само за савесно треће лице? Иако на основу формулације начела о коме је реч⁴⁷ изгледа да се савесност трећег не тражи, ми бисмо рекли да се она ипак подразумева, јер правни поредак штити само понашања која нису противна начелу савесности и поштења.⁴⁸ У сваком случају, не би сметало ако би се овај члан закона Србије допунио и прецизирао на сличан начин као што је то учињено у закону Српске.

У том случају отвара се друго питање: шта треба да буде предмет савесности трећег у Србији - само књижно или и ванкњижно стање непокретности, како је ово начело схватала наша досадашња судска пракса када је у питању вишеструка продаја непокретности? На основу формулације чл. 63 Закона могао би се бранити закључак да предмет савесности трећег треба да буде само књижно стање непокретности, тј. лице је савесно ако није знало нити је могло знати да подаци уписани у катастар непокретности нису истинити и потпуни. Исправним сматрамо мишљење⁴⁹ да је, у циљу искорењивања досадашњег става судске праксе који се формирао у вези овог начела код земљишних књига⁵⁰, можда требало овим законом и изричито искључити потребу постојања савесности трећег у погледу ванкњижног (фактичког) стања када је у питању катастар непокретности, као што је то учинио законодавац у Српској.

⁴⁷ Чл. 63 Закона гласи: «Подаци о непокретностима уписани у катастар непокретности су истинити и поуздани и нико не може сносити штетне последице због тог поуздања.»

⁴⁸ Исто мишљење: Р. Цветић, нав. дело, стр. 129.

⁴⁹ Р. Цветић, нав. дело, стр. 129 – 130.

⁵⁰ О томе посебно: О. Станковић – М. Орлић, Стварно право, Београд, 1994, стр. 334 – 340.

5) Начело законитости

Начело законитости (или легалитета) значи да орган који води катастар непокретности по службеној дужности испитује испуњеност законом прописаних услова за уписе - како је оно дословце и формулисано у закону Српске (чл. 57). Закон Србије је мало непрецизнији (чл. 64), мада и његова формулација суштински значи исто: упис у катастар се, по њему, врши како на основу Закона о државном премеру и катастру (зависно од врсте уписа); тако и на основу услова предвиђених другим прописима. Идентичну одредбу садржи и Закон Српске у чл. 64, која нам се, поред већ поменутог чл. 57 који дефинише начело легалитета, можда чини сувишном.

Правни стручњаци у Србији сматрају⁵¹ да је одредба, која на овакав начин регулише начело законитости, сувише уопштена и да је требало прецизније и конкретније прописати шта у поступку уписа треба да утврди и провери РГЗ, као орган управе без довољно искуства у овој врсти посла - баш као што је то учињено правилима земљишнокњижног права, са чим се морамо сложити. Иста констатација важи и за одговарајуће одредбе закона Српске.

6) Начело одређености

Начело одређености значи да садржина сваког уписа мора бити потпуно одређена у погледу: непокретности, врсте уписа, права и других чињенице које се уписују, субјекта уписа, редоследа првенства уписа и исправа на основу којих је упис извршен. И Закон Србије (чл. 66) и Закон Српске (чл. 60) садрже идентичне одредбе у том смислу.

7) Начело првенства

Начело првенства значи да се упис у катастар непокретности и утврђивање реда првенства права врши према временском редоследу подношења захтева за упис. На идентичан начин оно је формулисано у законима како Србије (чл. 65) тако и Српске (чл. 58), с тим што законодавац Србије додаје да ће то важити ако законом није друкчије одређено; а законодавац Српске – да правно дејство уписа према трећим лицима почиње од тренутка подношења захтева за упис органу Управе.

Ово начело, као што је речено, законодавац Српске не наводи међу основним начелима катастра непокретности из чл. 53. Да ли се оно сматра „споредним начелом“ или грешком није именовано – питање је у које не можемо улазити. Оно што је битно је да је оно ипак регулисано и у закону Српске.

⁵¹ Р. Цветић, нав. дело, стр. 132.

Сврха овог начела је да одреди час *стицања* како својине, тако и других стварних права; а затим и редослед *остваривања* више ограничених стварних права на истој непокретности (пошто више својина на истом објекту не може егзистирати). Време се рачуна астрономски.⁵²

Постојећи *ред првенства* у катастру се може мењати на захтев заинтересованих лица и уз сагласност свих оних чија би права изменом могла бити повређена.⁵³ Законодавци Србије и Српске не наводе, међутим, ко су лица чија је сагласност потребна када долази до измене ранга одређених права. Иако је за сваки конкретни случај могуће утврдити о којим је лицима реч, неки аутори⁵⁴ сматрају да је то требало законом учинити – с обзиром да катастар води орган управе, са чим се морамо сложити. Законодавац Српске предвиђа, за разлику од законодавца Србије, да се уступањем *првенственог реда захтева* за укњижбу или предбележбу могу заменити и места која првенствено имају ти захтеви.

Ни један од законодаваца, међутим, не регулише ситуацију када је више захтева за упис својине или ограничених стварних права на истој непокретности примљено истовремено. Према правилима земљишнокњижног права, ред првенства оваквих захтева је једнак, независно од тога да ли се та права међусобно искључују или не, а надлежни орган ће извршити све тражене уписе уз забележбу истовремености захтева. Тако би требало да поступи и РГЗ/Управа ако се оваква ситуације догоди, што је могуће пре свега када су захтеви послати поштом.

2. Начела која се не наводе као заједничка за катастар непокретности у Србији и Републици Српској

Поред начела за вођење катастра непокретности која наводе и регулишу и законодавац у Србији и у Републици Српској, сваки од ових правних система садржи и нека начела која онај други не познаје: у Србији то је начело државног премера, а у Српској начело формалности.

1. Закон о државном премеру и катастру *Србије* у чл. 59. регулише једно начело, које законодавац Републике Српске не ставља на листу основних начела по којима се води катастар непокретности. То је начело државног премера.

Начело државног премера значи да се катастар непокретности заснива на подацима добијеним државним премером, односно да се фактичко стање непокретности утврђује искључиво на тај начин. Подаци државног премера су једини званични и поуздани подаци о непокретности, па се правни опис непо-

⁵² Чл. 125. Закона Србије и чл. 132. Закона Српске. Најмања временска јединица која се узима у обзир је минут.

⁵³ Видети чл. 131 Закона Србије и чл. 138 Закона Српске.

⁵⁴ Р. Цветић, нав. дело, стр. 137.

кретности у било којој исправи мора вршити на основу њих.⁵⁵ Државни премер обухвата: катастарски премер, комасациони премер, премер водова, топографски премер и премер државне границе.

Без обзира што није посебно регулисано, из природе катастра произилази да ово начело суштински важи и за вођење катастра непокретности у Српској – у смислу да се катастар непокретности заснива на подацима добијеним премером, да се фактичко стање непокретности утврђује искључиво на тај начин и да су подаци премера једини званични и поуздани подаци о непокретности. Оно се, наравно, не би могло звати начелом *државног* премера, јер је Република Српска ентитет државе БИХ, а законом је регулисано да премер Српске обухвата: катастарски премер, комасациони премер, премер водова и топографски премер – дакле све изузев премера државне границе.

2. Закон о премјеру и катастру *Српске* такође наводи једно начело, које законодавац у Србији не помиње. Наиме, на листи од шест основних начела катастра непокретности из чл. 53. овог Закона налази се и начело формалности. Ово начело наведено је поред начела уписа. У правној литератури се, међутим, начело уписа и начело формалности сматрају истим начелом са два различита назива⁵⁶, тако да није сасвим јасно зашто га законодавац Српске посебно издваја и наводи.

V Закључак

Законодавци Србије и Републике Српске спадају у круг малобројних који су се определили да земљишну књигу, евиденцију непокретности и права на њима која у многим државама Европе добро функционише, замене катастром непокретности. Док је Србија своју оријентацију доследно спроводила последње две деценије и већ привела крају устројавање катастра; Република Српска је све то време изгубила три пута мењајући своје опредељење: за катастар непокретности, затим за земљишне књиге и коначно у 2012. Опет за катастар непокретности. Иако катастар непокретности свакако није најбоља могућа евиденција, доследну изградњу било ког система евидентирања права на непокретности сматрамо бољом опцијом од оваквих осцилација, које се негативно одражавају на правну сигурност и зато се надамо да ће се Српска у будућности озбиљно посветити овом задатку.

Поредећи регулативу катастра непокретности у Србији и Српској можемо закључити да су сличности између њих далеко бројније од разлика. Ова констатација односи се и на регулативу начела на којима се заснива вођење катастра у овим правним системима. Катастар непокретности се у Србији и

⁵⁵ О томе више: Р. Цветић, нав. дело, стр. 114 – 115.

⁵⁶ Тако: Д. Стојановић, *Стварно право*, Београд, 1980, стр. 276; О. Станковић – М. Орлић, нав. дело, стр. 329; А. Гамс, наведено по О. Станковић – М. Орлић, нав. дело, стр. 329 и др.

Српској заснива на седам заједничких начела – уписа, обавезности, јавности, поуздања, законитости, првенства и одређености. На основу поређења начина на који су ова начела уређена можемо закључити да су начела обавезности и одређености у оба правна система уређена адекватно и на исти начин. Начела јавности и законитости су прецизније регулисана у Српској, а начело поуздања у Србији. Регулативу начела првенства би требало допунити у оба правна система на начин на који је у раду указано, а регулативу начела уписа изменити онемогућавањем ванкњижних стицања права – уколико желимо да катастар непокретности буде ажурна и поуздана евиденција.

Законодавац у Србија наводи још и начело државног премера – које, иако није наведено, свакако важи и за вођење катастра у Српској, мада би се, пошто је Српска ентитет, морало другачије именовати. С друге стране, законодавац у Српској поред начела уписа наводи и начело формалности, што није сасвим јасно, с обзиром да се у правној теорији ови термини сматрају различитим називима истог начела.

THE PRINCIPLES OF REAL ESTATE CADASTRES IN SERBIA AND REPUBLIKA SRPSKA

Summary

The author of this work chose the following theme to analyze considering this issue as one of the most significant in this context - the solutions related to the principles on which the real estate cadastres are based in legal systems of Serbia and Republika Srpska. In the first part of this work, she presents the history of setting up and implementing of real estate cadastres in Serbia and Republika Srpska. In the next section, the author discusses basic characteristics of legal acts regulating real estate cadastre issues in these two legal systems, concluding that the similarities are numerous and more significant than their differences. In the central part of the work, the author analyzes and comments on the provisions which regulate the principles of real estate cadastres in Serbia and Republika Srpska comparing them with the land register principles, as well as among themselves. The author points to good and bad sides of these regulations with the aim to search for the most adequate solution.

Key words: *real estate cadastre, law of Serbia, law of Republika Srpska.*

PRAVO PRAVNIH LICA NA NAKNADU NEMATERIJALNE ŠTETE

Prof. dr Zdravko Petrović

***Sažetak:** Pravno lice nema pravo na pravičnu novčanu naknadu nematerijalne štete zbog povrede poslovnog ugleda, jer to nije zakonom priznata šteta. Takvo stanje je, de lege lata, u smislu odredbe člana 200 Zakona o obligacionim odnosima, a takav stav zauzima i sudska praksa, prema više odluka Vrhovnog suda Srbije.*

Ceneći odredbe prednacrtu Građanskog zakonika, i Republika Srbija planira da se uvrsti u pravne sisteme koji priznaju pravnim licima pravo na naknadu nematerijalne štete. Tako član 226 druge knjige prednacrtu Građanskog zakonika - Obligacioni odnosi, određuje: „Pravna lica imaju pravo na pravičnu naknadu štete zbog povrede ugleda ili drugih vrednosti koje proizilaze iz prirode njihovog subjektiviteta.“

***Ključne reči:** naknada nematerijalne štete, pravno lice, poslovni ugled.*

Pravo pravnih lica na naknadu nematerijalne štete prema Zakonu o obligacionim odnosima iz 1978. godine

Na sednici Građanskog odeljenja od 5. februara 2001. godine, Vrhovni sud Srbije zauzeo je sledeće pravno shvatanje:

“Pravno lice nema pravo na pravičnu novčanu naknadu nematerijalne štete zbog povrede poslovnog ugleda, jer to nije zakonom priznata šteta.”¹

Ovako zauzeto pravno shvatanje obrazloženo je:

“U sudskoj praksi postoje različite odluke o tome da li pravno lice ima pravo na naknadu nematerijalne štete zbog povrede poslovnog ugleda, pa se pokazuje potrebnim zauzimanje pravnog stava o tome.

Pri rešavanju navedene dileme treba imati u vidu da kada je posebnim zakonom (npr. Zakonom o zaštiti pronalazaka, tehničkih unapređenja i znakova razlikovanja u članu 117.) propisano da štetnik odgovara po opštim pravilima o naknadi štete ili da po istim pravilima oštećeni ima pravo na naknadu štete to ne znači da svaki oštećeni

* Проф. др Здравко Петровић, редовни професор, Универзитет „Сигмунд Фројд“ Беч.

¹ Vrhovni sud Srbije; Bilten sudske prakse br. 3/2005, Intermex, Beograd, 2005, str. 85.

ima pravo na svaku zakonom propisanu naknadu štete. U pitanju je upućujuća norma, a to u ovom slučaju znači da se pre svih moraju imati u vidu odredbe čl. 155. i 200. Stav 1. Zakona o obligacionim odnosima. Prema odredbama člana 155. Zakona o obligacionim odnosima šteta je i nanošenje drugome fizičkog ili duševnog bola ili straha (nematerijalna šteta), a prema odredbama člana 200. Stav 1. istog zakona sud će dosuditi pravičnu novčanu naknadu, nezavisno od naknade materijalne štete, kao i u njenom odsustvu, i za pretrpljene bolove zbog povrede ugleda. Iz takvih odredbi po logici stvari sledi da pravo na pravičnu novčanu naknadu nematerijalne štete za pretrpljene duševne bolove zbog povrede ugleda ima samo fizičko lice, jer samo ono može pretrpeti duševne bolove. Takve bolove zbog povrede ugleda ne trpi pravno lice, pa mu zbog toga navedena naknada nije zakonom priznata.

Iz svega izloženog sledi zaključak da pravno lice nema pravo na pravičnu novčanu naknadu nematerijalne štete zbog povrede poslovnog ugleda, jer to nije zakonom priznata šteta. Time se ne osporava pravo svakome da zagovara zakonsko priznanje tog prava pravnom licu uz napomenu da je teško pronaći opravdane naučne i životne osnove za to.

Shodno svemu izloženom, navedeno pravno shvatanje pokazuje se zakonitim.”²

Iznetim je sudska praksa potvrdila stav, da je Zakon o obligacionim odnosima iz 1978. godine prihvatio je subjektivnu koncepciju neimovinske štete. Naime, u članu 155. Stav 1. Zakona o obligacionim odnosima propisano je da je nematerijalna šteta nanošenje drugome fizičkog ili psihičkog bola ili straha, dok je u članu 200. Stav 1. Istog zakona predviđeno da za pretrpljene fizičke bolove, za pretrpljene duševne bolove zbog umanjena životne aktivnosti, naruženosti, povrede ugleda, časti, slobode ili prava ličnosti, smrti bliskog lica, kao i za strah sud će, ako nađe da okolnosti slućaja, a naroćito jaćina bolova i straha i njihovo trajanje to opravdava, dosuditi pravičnu novčanu naknadu, nezavisno od naknade materijalne štete, kao i u njenom odsustvu. Dakle, da bi postojala nematerijalna šteta nije dovoljno da dođe do povrede zakonom zaštićenih dobara, odnosno do povrede prava ličnosti (povrede ugleda, časti i dr., u objektivnom smislu), već se šteta mora manifestovati u zakonom priznatom vidu – dakle u duševnim bolovima zbog povrede ugleda, dakle kroz jedan subjektivni psihićki doživljaj, odnosno osećaj bola, a jasno je da duševni bol može da oseti samo fizićko lice, a ne i pravno lice.³

Drugim rećima, prema navedenoj definiciji povreda lićnih neimovinskih dobara, npr. fizićkog i duševnog integriteta, nije, sama za sebe, neimovinska šteta, nego tek njome nanesen fizićki ili psihićki bol ili strah. Takav je i stav pravne teorije o pojmu neimovinske štete iz Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine. Dakle, to je subjektivna koncepcija neimovinske štete.⁴

² Vrhovni sud Srbije; Bilten sudske prakse br. 3/2005, Intermex, Beograd, 2005, str. 85 i 86.

³ Vidi Petrović Z.-Kozar V.: Nematerijalna šteta prouzrokovana u poslovanju privrednih drućtava i drugih pravnih lića, u Zborniku radova “Naknada nematerijalne štete – Izbor radova sa savetovanja udrućenja za ođštetno pravo 1998-2008”, Beograd, 2009, strana 156-197.

⁴ Klarić P., “Neimovinska šteta pravne osobe”, Zbirka radova Naknada štete u primjeni novog Zakona

Pravno lice se definiše kao „takve mase svojine ili grupe ljudskih bića koje su pred zakonom podobne za prava i odgovornosti, ili drugim rečima, kojima zakon daje status.“⁵ Takođe nalazimo i sledeće definicije pravnog lica prema kojima je ono „veštačko lice subjekt prava i dužnosti koga predstavlja jedno ili više fizičkih lica, ali se ne poistovećuje sa njima. Ono ima neprekidno pravno postojanje, koje nužno ne zavisi od ičijeg prirodnog života“.⁶

Prema definiciji, pravno lice je veštačka tvorevina, tvorevina ljudskog uma kojoj zakon daje status, pravnu sposobnost daje im „pravni život“, te je jasno da ono ne može trpeti fizički ili psihički bol, kao ni strah, kao subjektivna osećanja koja su nematerijalna šteta je nanošenje drugome fizičkog ili psihičkog bola ili straha, a prema članu 200 za pretrpljene fizičke bolove, za pretrpljene duševne bolove zbog umanjnja životne aktivnosti, naruženosti, povrede ugleda, časti, slobode ili prava ličnosti, smrti bliskog lica sud može oštećenom dosuditi novčanu naknadu nematerijalne štete, a pravno lice nema sposobnost da trpi fizički i psihički bol i strah.

Zakon o obligacionim odnosima iz 1978. godine, a i sudska praksa, pravilno tumačeći odredbe Zakona, ne pružaju pravo pravnim liima na naknadu nematerijalne štete.

Ovaj stav možemo konstatovati i iz sledećih sudskih odluka:

„Zakonom o obaveznim odnosima propisano je pravo fizičke, a ne i pravne osobe na naknadu nematerijalne štete, pa tako i na naknadu neimovinske štete zbog povrede ugleda (čl. 200)“.⁷ Odluka je obrazložena: „Kada i tko ima pravo na naknadu neimovinske štete, te na koju vrstu neimovinske štete, propisano je odredbama čl. 200 do 202 Zakona o obaveznim odnosima, a tim odredbama propisano je samo pravo fizičke osobe na novčanu naknadu za izričito propisane vrste neimovinske štete. Dakle, tužitelj kao pravna osoba nema pravo na novčanu naknadu neimovinske štete, pa sve kada bi bila i u pitanju povreda poslovnog ugleda (ali i to postojanje zbog određenih okolnosti). Važeće odredbe člana 200 stava 1 ZOO tu vrstu neimovinske štete propisuje samo u odnosu na osobu – dakle fizičku osobu – pod širim pojmom „povrede ugleda“ – a ne i za pravnu osobu. Ovakva odredba člana 200 st. 1 ZOO je jasna i određena, pa svako drugo tumačenje (prvostupanjske presude i revidenta) u korist pravne osobe protivi se pravilnoj primjeni navedene materijalnopravne norme“.⁸

o obveznim odnosima, redakcija: Klarić P., “Narodne novine” Zagreb, 2005. god., strana 53.

⁵ Thomas Erskine Holland, *The Elements of Jurisprudence*, twelfth edition, New York: Oxford University Press, 1917, op.cit., str. 96.

⁶ Frederick Pollock, *A First Book of Jurisprudence*, London, Macmillan and Co, 1923, str. 115;

⁷ Iz odluke Vrhovnog suda Republike Hrvatske, broj: 71/93 od 10.10.1993, Izbor odluka VSRH, br. 1995/1, odl. br. 46, iz Nematerijalna šteta u praksi, proh. Dr. D. Medić i H. Tajić, str. 34.

⁸ Isto.

Takođe: „Zbog povrede poslovnog i društvenog ugleda pravnog lica, ono ima pravo samo na naknadu materijalne štete, a ne i nematerijalne štete“⁹ Ovaj stav Vrhovni sud Republike Crne Gore obrazlaže na sledeći način: “Predmet tužbenog zahteva je naknada nematerijalne štete zbog povrede ugleda tužioca (kao pravnog lica) na osnovu člana 62 Zakona o javnom informisanju i člana 200 Zakona o obligacionim odnosima. Pravno stanovište izloženo u pobijenoj presudi da je „zainteresovano lice“ koje ima pravo na tužbu za naknadu štete, shodno članu 62 Zakona o javnom informisanju, samo fizičko lice, a ne i pravno, po oceni ovog suda, nije prihvatljivo jer, prema tome kako je definisan pojam lica u navedenoj zakonskoj normi, zakon, kada govori o „zainteresovanom licu“, ne misli samo na fizičko lice, već i na pravno lice. Međutim, ovaj sud stoji na pravnom stanovištu nižestepenih sudova da, na osnovu navedenih zakonskih odredaba, pravno lice nema pravo na naknadu nematerijalne štete. Radnjom nekog lica može biti umanjen društveni ugled pravnog lica, onako kao što može biti umanjen i ugled fizičkog lica, ali ne može biti analogije između fizičkih i pravnih lica kada je reč o posledicama ovakve štetne radnje koja se manifestuje u jednom od vidova nematerijalne štete, pošto se nematerijalna šteta kod povrede ugleda ne sastoji u umanjenju ugleda kao takvog, već u psihičkim patnjama koje otuda dolaze, a pravno lice nije sposobno da takve patnje oseća. Međutim, pravno lice, u skladu sa navedenim zakonskim odredbama, ima pravo na naknadu materijalne štete po oštirim propisima Zakona o obligacionim odnosima za naknadu materijalne štete.“¹⁰

Iz citiranih odluka, može se utvrditi stav sudske prakse u tumačenju odredaba Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine o pravu na naknadu nematerijalne štete. Za ostvarivanje prava na novčanu naknadu nematerijalne štete, nije dovoljno da je izvršena protivpravna radnja, već je potreban i subjektivan odnos oštećenog prema toj protivpravnoj radnji, potrebno je, da oštećeni oseti psihičke patnje zbog nanese mu povrede, a to može samo fizičko lice, a ne i pravno lice.

Međutim, interesantna je sledeća odluka: „Iz povrede poslovne reputacije pravnog lica može proisteci samo imovinska šteta u smislu poljuljanog ugleda koji treba povratiti odgovarajućim sredstvima građanskopravne zaštite (objavljivanje presude na trošak štetnika ili druge mere publiciteta), pa se onda ni zahtev za dosuđivanje tako nastale štete ne može deklarirati pod vidove nematerijalne štete. Neimovinska šteta je subjektivna kategorija. Pravno lice nije sposobno da oseća psihičke patnje i po prirodi stvari nema fizičku ličnost, tako da se posledica umanjenja poslovnog ugleda ne manifestuje u jednom od pravno priznatih vidova nematerijalne štete (fizički bol, psihički bol i strah). Povreda poslovnog ugleda pravnog lica nije neka nova nematerijalna šteta koju Zakon o obligacionim odnosima ne poznaje, bez obzira što ugled ima i pravno, a ne samo fizičko lice.“¹¹

⁹ Iz odluke Vrhovnog suda Republike Crne Gore, broj Rev. 343/97 od 25.12.1998. godine, Zbirka sudskih odluka, 1998, Knjiga XXIII, sveska 1, odl. br. 43, Domaća i strana sudska praksa, broj 2004/5, str. 89 iz Nematerijalna šteta u praksi, str. 37.

¹⁰ Isto.

¹¹ Iz odluke Vrhovnog suda Srbije, broj Prev.127/97 od 26.03.1987. godine, Zbirka sudskih odluka,

Ova odluka je interesantna, jer u njoj nalazimo tragove objektivnog elementa u subjektivnom konceptu nematerijalne štete Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine. Odlukom se navodi: „... smislu poljuljanog ugleda koji treba povratiti odgovarajućim sredstvima građanskopravne zaštite (objavljivanje presude na trošak štetnika ili druge mere publiciteta) ... „. Objavljivanje presude na trošak štetnika je građanskopravna mera iz člana 199 Zakona o obligacionim odnosima čija odredba, da podsetimo glasi: “U slučaju povrede prava ličnosti sud može narediti, na trošak štetnika, objavljivanje presude, odnosno ispravke, ili narediti da štetnik povuče izjavu kojom je povreda učinjena, ili što drugo čime se može ostvariti svrha koja se postiže naknadom.“

Član 199 nalazi se u delu Zakona o obligacionim odnosima, koji određuje naknadu nematerijalne štete, a pod naslovom „*Objavljivanje presude ili ispravke*“. Kada je u pitanju ova nenovčana naknada nematerijalne štete Zakon ne pravi razliku između pravnih i fizičkih lica, što znači da i pravnim licima priznaje pravo na objavljivanje presude ili ispravke u slučaju povreda prava ličnosti, pa i u slučaju povrede poslovnog ugleda pravnog lica. Dakle, Zakon priznaje pravnim licima pravo na nenovčanu naknadu nematerijalne štete koja se sastoji u objavljivanju presude ili ispravke, a time istovremeno uvodi i objektivni činilac u pojam nematerijalne štete, pa se može govoriti o subjektivno-objektivnom pojmu nematerijalne štete u Zakonu o obligacionim odnosima iz 1978. godine. Jer, da bi pravno lice steklo pravo na nenovčanu naknadu neimovinske štete, dovoljno je da dođe do povrede prava ličnosti, npr. do povrede poslovnog ugleda pravnog lica, dakle traži se samo objektivni elemenat, a ne i subjektivni – da je usled povrede prava ličnosti došlo i do duševnih bolova, odnosno patnji, kao subjektivnih psihičkih doživljaja svojstvenih isključivo fizičkim licima. Dakle ovde je u pitanju naturalna restitucija, kao oblik popravljivanja štete, koja ima vrlo suženu mogućnost primene kad se radi o neimovinskoj šteti, posebno u pravnom režimu subjektivne koncepcije neimovinske štete.¹² Pod naturalnu restituciju mogli bi se podvesti gotovo svi oblici nenovčanog popravljivanja neimovinske štete, kao što su opoziv izjave, objavljivanje ispravke informacije, izvinjenje i sl. U literaturi se navode kao primeri restitucije i izručenje negativa fotografije, uklanjanje natpisa, brisanje magnetofonskog snimka i sl.¹³

Takvo tumačenje o subjektivno-objektivnoj koncepciji nematerijalne štete po Zakonu o obligacionim odnosima iz 1978. godine postoji i u pravnoj teoriji. Prema mišljenju pravne teorije „u odredbama Zakona o obveznim odnosima iz 1978. godine (čl. 157. i 199.) kojima se priznaje pravo na nenovčane oblike popravljivanja nematerijalne štete zbog povrede prava osobe, ne pravi se razlika između fizičke i pravne osobe.“¹⁴ Zato je „pravilno koncepciju neimovinske štete prema Zakonu o

1997, iz: *Nematerijalna šteta u praksi*, str. 35.

¹² Klarić P., “Neimovinska šteta pravne osobe”, Zbirka radova *Naknada štete u primjeni novog Zakona o obveznim odnosima*, redakcija: Klarić P., “Narodne novine”, Zagreb, 2005. god., strana 71.

¹³ Lange H., *Schadensersatz*, Tübingen, 1979, s. 152.

¹⁴ Klarić P., “Neimovinska šteta pravne osobe”, Zbirka radova *Naknada štete u primjeni novog Zakona o obveznim odnosima*, redakcija: Klarić P., “Narodne novine”, Zagreb, 2005. god., strana 54.

obveznim odnosima iz 1978. godine kvalificirati subjektivno-objektivnom¹⁵.

U pravnoj teoriji u prilog subjektivno-objektivnoj koncepciji nematerijalne štete navode se i druge sankcije u slučaju povrede prava ličnosti. Tako, i pre nego što je povreda učinjena na osnovu člana 155. istog zakona sud ili drugi nadležni organ može da naredi prestanak radnje kojom se povređuje integritet ljudske ličnosti, ličnog i porodičnog života i drugih prava njegove ličnosti.¹⁶ Citirana odredba se, po našem mišljenju, odnosi samo na fizička lica, jer iz njene stilizacije to proizlazi, ali istovremeno predstavlja potvrdu stava o subjektivno-objektivnoj koncepciji nematerijalne štete, jer se za primenu propisanih sankcija ne traži da je usled povrede prava ličnosti došlo i do duševnih bolova, odnosno patnji, kao subjektivnih psihičkih doživljaja.

S obzirom na pravnu prirodu prava ličnosti kao zaštićenog dobra i propisanih mera zaštite, može se reći da je prema Zakonu o obligacionim odnosima iz 1978. godine, takođe i sama povreda tih dobara nesumnjivo neimovinska šteta, dakle u objektivnom smislu, bez subjektivnih elemenata – straha i bola. Objavljivanje presude, ispravka i povlačenja povređujuće izjave nisu ništa drugo do tipični primeri nenovčane satisfakcije kao oblika popravljivanja neimovinske štete. Na to upućuje i završni deo odredbe iz člana 199. Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine „... ili što drugo čime se može ostvariti svrha koja se postiže nadoknadom“, na šta je ukazano i u pravnoj teoriji.¹⁷

U sudskoj praksi sporno je da li privrednom društvu kao pravnom licu može biti prouzrokovana nematerijalna šteta u smislu čl. 155. i 200. Zakona o obligacionim odnosima, ili pravno lice može pretrpeti samo imovinsku (materijalnu) štetu.

Smatramo da se novčana naknada za nematerijalnu štetu može priznati samo za onu nematerijalnu štetu koju kao takvu priznaje zakon, a ne za bilo koju nematerijalnu štetu. Pod nematerijalnom štetom u smislu Zakona o obligacionim odnosima podrazumevaju se fizički bol, psihički bol i strah, a ova vrsta štete vezuje se (po prirodi stvari) za fizičko lice. Prema tome, iz povrede poslovne reputacije pravnog lica može proisteci samo imovinska šteta u smislu poljuljanog ugleda koji treba povratiti odgovarajućim sredstvima građansko-pravne zaštite (objavljivanje presude na trošak štetnika ili druge mere publiciteta).

Takođe, i prema mišljenju pravne teorije, nematerijalnu štetu može da pretrpi samo čovek, samo fizičko lice.¹⁸ To znači da je nematerijalna šteta subjektivna kategorija. S druge strane, u pravnoj teoriji, ističe se da u praksi i teoriji postoje različita stanovišta u vezi s nematerijalnom štetom pravnog lica. Ukazuje se na stanovište prema kome i pravno lice trpi nematerijalnu štetu kada je povređen njegov društveni ugled, koji treba povratiti odgovarajućim sredstvima građanskopravne zaštite.¹⁹

¹⁵ Klarić P., op.cit., strana 53.

¹⁶ Klarić P., op.cit., strana 54.

¹⁷ Klarić P., op.cit., strana 53.

¹⁸ Ž. Đorđević – O. Stanković, Obligaciono pravo, Naučna knjiga, Beograd, 1987. god., str. 354.

¹⁹ Ž. Đorđević – O. Stanković, Obligaciono pravo, Naučna knjiga, Beograd, 1987. god., str. 355.

2. Pravo pravnih lica na naknadu nematerijalne štete u uporednim pravnim sistemima

Put ka pravnom priznanju novčane naknade nematerijalne štete bio je dug i spor, jer ona nije ekonomski iskaziva kategorija. Nematerijalno dobro nema cenu, ne postoji tržište nematerijalnih dobara, i zbog toga je teško odrediti novčanu naknadu kada je ovo dobro povređeno.

Povredom nematerijalnog dobra, časti ili ugleda, po fizičko lice može nastupiti samo nematerijalna šteta, odnosno može izostati materijalna šteta. Međutim kod povrede ugleda ili časti pravnog lica obavezno kao posledicu imaju materijalnu štetu, koja se sastoji u smanjenju obima poslovanja, koja može dovesti i do prestanka pravnog lica. Zbog toga u pravnim sistemima koji priznaju pravo pravnog lica na naknadu nematerijalne štete, potrebno je da ono pretrpi imovinsku, materijalnu štetu, koju je teško utvrditi.

Tako u nemačkoj pravnoj teoriji postoji mišljenje prema kome je naknada nematerijalne štete zapravo ostvarivanje naknade imovinske štete drugim sredstvima. Jer, zbog povrede prava ličnosti redovno nastaje i imovinska šteta koju je teško u celosti i tačno utvrditi, pa se dosuđivanjem naknade neimovinske štete delom pokriva imovinska šteta. Štaviše, prema tom mišljenju novčana naknada za neimovinsku štetu dolazi u obzir jedino tamo gde povreda prava ličnosti pravnog lica ima blisku vezu s imovinskopravnom sferom oštećenika.²⁰ Takođe i u francuskoj literaturi, nalazimo stavove, da sudovi, u nemogućnosti tačnog utvrđenja materijalne štete u slučaju povrede prava ličnosti pravnog lica, dosuđujući novčanu naknadu, „zaklanjanjem iza rastegljivog pojma neimovinske štete“.²¹

Bivše republike SFRJ, Republika Slovenija i Republika Hrvatska, svojim zakonima o obligacionim odnosima uvode i odredbu prema kojoj pravo na naknadu nematerijalne štete priznaju i pravnim licima. Obligacijskim zakonikom (“Uradni list RS”, broj 83/01) Slovenija je, i to članom 183, uvela pravo pravnih lica na naknadu nematerijalne štete. Za ostvarivanje ovog prava, pravno lice mora dokazati povredu ugleda ili dobrog imena i da obavezivanje štetnika na naknadu nematerijalne štete opravdavaju okolnosti slučaja.

Zakon o obaveznim odnosima Republike Hrvatske iz 2005. godine, zahteva strože kriterijume od slovenačkog zakonika. Članom 1100 navodi: “Za povredu ugleda i drugih prava osobnosti pravne osobe sud će, ako nađe da to težina povrede i okolnosti slučaja opravdavaju, dosuditi joj pravičnu novčanu naknadu, nezavisno od naknade imovinske štete, a i kad nje nema.” Znači potrebna je teža povreda, a

²⁰ Klarić P., “Neimovinska šteta pravne osobe”, Zbirka radova Naknada štete u primjeni novog Zakona o obaveznim odnosima, redakcija: Klarić P., “Narodne novine”, Zagreb, 2005. god., strana 56. Opširnije o tome kod Klarić P., Nematerijalna šteta pravne osobe, u: Odštetno pravo, Zagreb, 2003, 4. izd. str. 336. i dalje.

²¹ Klarić P., Nematerijalna šteta pravne osobe, u: Odštetno pravo, Zagreb, 2003, 4. izd., str. 331.

ona se ceni kroz negativne imovinske efekte na poslovanje i prihod pravnog lica, koje je povredu pretrpelo, odnosno povreda poslovnog ugleda mora proizvesti teške negativne posledice po imovinu pravnog lica.

Ceneći odredbe prednacrta Građanskog zakonika, i Republika Srbija planira da se uvrsti u pravne sisteme koji priznaju pravnim licima pravo na naknadu nematerijalne štete. Tako član 226 druge knjige prednacrta Građanskog zakonika - Obligacioni odnosi, određuje: „Pravna lica imaju pravo na pravičnu naknadu štete zbog povrede ugleda ili drugih vrednosti koje proizilaze iz prirode njihovog subjektiviteta.“

Prednacrtr srpskog Građanskog zakonika, kako vidimo, ne postavlja uslov u vidu težine povrede koja je nastala za pravno lice. S obzirom da je kod pravnih lica pretežni, ako ne i jedini pokazatelj povrede ugleda imovinski efekat, prema našem mišljenju, pravo na naknadu štete imaće ono pravno lice koje dokaže, da je povreda ugleda ili drugih vrednosti ostavila posledice po njegovo poslovanje, prihod, a koje kao krajnji cilj ima imovinski gubitak. Međutim, za razliku od materijalne štete, gde se jasno može utvrditi visina te štete preko matematičko-ekonomskih pokazatelja, kod naknade namaterijalne štete iz člana 226 prednacrta srpskog Građanskog zakonika imovinski gubitak se ne može precizno utvrditi, mada je, nesumnjivo, prisutan. Zbog toga sud mora pribeći odredbi člana 224 Zakona o parničnom postupku²², koji propisuje da “ako se utvrdi da stranci pripada pravo na naknadu štete, na novčani iznos ili na zamenljive stvari, ali se visina iznosa, odnosno količina stvari ne može utvrditi ili bi se mogla utvrditi samo sa nesrazmernim teškoćama, sud će visinu novčanog iznosa, odnosno količinu zamenljivih stvari, odrediti po slobodnoj oceni.”

Dakle, odredbom člana 226 prednacrta, Komisija za izradu Građanskog zakonika prati savremene tendencije, posebno praksu Evropskog suda za ljudska prava u primeni člana 10. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava u pogledu uravnotežene zaštite ugleda pravnog lica i slobode izražavanja.

Pravno lice nema pravo na pravičnu novčanu naknadu nematerijalne štete zbog povrede poslovnog ugleda, jer to nije zakonom priznata šteta. Takvo stanje je, de lege lata, u smislu odredbe člana 200 Zakona o obligacionim odnosima, a takav stav zauzima i sudska praksa, prema više odluka Vrhovnog suda Srbije.

Ceneći odredbe prednacrta Građanskog zakonika, i Republika Srbija planira da se uvrsti u pravne sisteme koji priznaju pravnim licima pravo na naknadu nematerijalne štete. Tako član 226 druge knjige prednacrta Građanskog zakonika - Obligacioni odnosi, određuje: „Pravna lica imaju pravo na pravičnu naknadu štete zbog povrede ugleda ili drugih vrednosti koje proizilaze iz prirode njihovog subjektiviteta.“

²² “Službeni glasnik RS”, broj 125/2004.

ZAKLJUČAK

Pravno lice nema pravo na pravičnu novčanu naknadu nematerijalne štete zbog povrede poslovnog ugleda, jer to nije zakonom priznata šteta. Takvo stanje je, de lege lata, u smislu odredbe člana 200 Zakona o obligacionim odnosima, a takav stav zauzima i sudska praksa, prema više odluka Vrhovnog suda Srbije.

Ceneći odredbe prednacrt Građanskog zakonika, i Republika Srbija planira da se uvrsti u pravne sisteme koji priznaju pravnim licima pravo na naknadu nematerijalne štete. Tako član 226 druge knjige prednacrt Građanskog zakonika - Obligacioni odnosi, određuje: „Pravna lica imaju pravo na pravičnu naknadu štete zbog povrede ugleda ili drugih vrednosti koje proizilaze iz prirode njihovog subjektiviteta.“

NON PECUNIARY DAMAGE COMPENSATION FOR BEACH OF BUSINESS REPUTATION

Summary

A legal entity is not entitled to compensate non pecuniary damages for breach of business reputation, because this is not legally recognized claim. Such a situation is de lege lata, in terms of Article 200 of the Law on Obligations and occupies such a position and case law, according to several decisions of the Supreme Court of Serbia. According to pre-draft Civil Code, Republic of Serbia plans to be incorporated in legal systems that recognize legal persons entitled to compensation for non pecuniary damages. Thus, Article 226 of the second book of pre-draft Civil Code, Obligations, has this solution: “Legal persons are entitled to fair compensation for harm to reputation and other values arising from the nature of their personality.”

Key words: *non-pecuniary damages, a legal person, business reputation*

ПРИМЕНА ПРАВИЛА ИМОВИНСКОГ ОСИГУРАЊА НА ОСИГУРАЊЕ ОД ПОСЛЕДИЦА НЕСРЕЋНОГ СЛУЧАЈА

Проф. др Владимир Чоловић*

Апстракт: Аутор у раду анализира специфичности осигурања од последица несрећног случаја. Ово осигурање спада у осигурање лица, иако се примењују и поједина правила везана за имовинско осигурање. Код осигурања од последица несрећног случаја је предмет осигурања лице, али се као последица осигураног случаја исплаћују трошкови лечења и изгубљене добити, где се примењују правила која имају обештећујући карактер. У раду се значајна пажња поклања и кумулацији права на накнаду штете и суму осигурања. Наиме, кумулација права је код осигурања имовине забрањена, а код осигурања лица дозвољена. Примена кумулације права код осигурања од последица несрећног случаја зависи од облика у коме је ова врста осигурања закључена. Исто тако, у раду се наводе и неке специфичности везане за обавезно осигурање путника у јавном превозу, које се односе на примену правила осигурања од одговорности. Аутор закључује у раду да постоји низ карактеристика који делимично одвајају осигурање од последица несрећног случаја од других врста осигурања лица, што доказује и примена појединих правила имовинских осигурања, али да то никако не значи да ова врста осигурања спада у имовинска осигурања.

Кључне речи: несрећни случај (незгода), осигурање лица, имовинско осигурање, кумулација, сума осигурања, осигураник, корисник осигурања.

Уопште о осигурању од последица несрећног случаја

Осигурање од последица несрећног случаја је врста осигурања код кога ће осигуравач исплатити осигурану суму¹ осигуранику или кориснику осигурања, уколико се, за време трајања осигурања, догоди предвиђени несрећни случај, који проузрокује смрт или инвалидитет осигураника. Исто тако, осигуравач ће бити у обавези да надокнади штету, која је настала као последица трошкова лечења и изгубљене добити (зараде), ако као последица несрећног случаја наступи нарушење здравља осигураника или његова про-

* Проф. др Владимир Чоловић, научни саветник, Институт за упоредно право, Београд

¹ У раду користимо термине „сума осигурања“ и „осигурана сума“. Ради се о истим појмовима.

лазна неспособност за рад.² Наведена дефиниција осигурања од последица несрећног случаја говори да се ова врста осигурања не одређује на другачији начин од других врста осигурања, односно, да ће осигуравач платити осигурану суму, ако се деси штета на лицу. Међутим, ова дефиниција се састоји из два дела, кад је у питању сам осигурани случај и његове последице и накнада штете. Наиме, први део дефиниције одређује да ће се осигурана сума исплатити, ако је осигурани случај допринео смрти или инвалидитету лица, док нам други део дефиниције говори да, код ове врсте осигурања, може настати и захтев за накнаду трошкова лечења, као и изгубљене зараде, који подразумевају класичну накнаду штете, што није карактеристика осигурања од последица несрећног случаја, као осигурања лица, где се исплаћује, унапред одређена, сума осигурања, у зависности од тога, да ли је наступила смрт или инвалидност. Значи, ако погледамо наведену дефиницију, код ове врсте осигурања се, осим правила која се примењују на осигурање лица, примењују и поједина правила осигурања имовине. Која су то правила и на који начин се она примењују, видећемо касније. У сваком случају, покушаћемо да одговоримо на питања која се односе на чињеницу да ли осигурање од последица несрећног случаја „спада“ само у осигурање лица или и у осигурање имовине, односно, да ли примена појединих правила везаних за осигурање имовине може изменити правну природу осигурања од последица несрећног случаја?

Појам несрећног случаја

Несрећни случај као осигурани случај представља ризик. Ризик је стање неизвесности, односно, он представља будући неизвестан догађај, чијим остварењем може настати штета или корист.³ Ризик можемо посматрати, посебно, са становишта осигураника, а, посебно, са становишта осигуравача – осигуравајућег друштва. Кад посматрамо ризик са становишта осигураника, на првом месту, имамо у виду заштиту потребну од остварења ризика. Са аспекта осигуравача, говоримо о делатности осигурања, тј. када говоримо о осигурању, говоримо и о ризику, односно, да нема ризика не би било ни осигурања. Различите врсте осигурања су везане за различите ризике. Ову дефиницију ризика можемо применити и код несрећног случаја.

Услови осигурања осигуравајућих друштава дефинишу појам несрећног случаја. Под несрећним случајем се, обично, подразумева сваки изненадни и од воље осигураника независни догађај који, делујући, углавном, споља и нагло на тело осигураника, има за последицу његову смрт, потпуни или делимични инвалидитет, пролазну неспособност за рад или нарушавање здравља, а што захтева лекарску помоћ.

² Кочовић, Ј., Шулејић, П. Осигурање, Економски факултет, Београд 2002, стр. 170.

³ Шулејић П., Право осигурања, Београд 2005., стр. 83

Да би се неки догађај сматрао несрећним случајем, он мора да испуњава следеће услове:

- да је изненадан и нагао,
- да је независан од воље осигураника,
- да долази споља у односу на осигураника,
- да постоји узрочна веза између спољне радње и последице по тело или здравље осигураника.

Нећемо анализирати ове услове, али ћемо рећи да осим посебних карактеристика, садрже и опште везане за сваки осигурани случај.

Остале карактеристике осигурања од последица несрећног случаја

Навешћемо и неке друге важне карактеристике осигурања од последица несрећног случаја, имајући у виду специфичности везане за суму осигурања и кумулацију права на накнаду штете и суму осигурања. Наиме, осигурана сума се исплаћује само у случају смрти осигураника. Ако је наступио инвалидитет осигураника, као последица несрећног случаја, тада ће се осигурана сума исплатити у зависности од утврђеног процента инвалидитета по табели инвалидитета. Ово право припада, ако се осигурани случај догодио у току трајања осигурања, а последице, у року од једне године, од дана наступања незгоде. Трошкови лечења су покривени, ако не могу да се накнаде по основу обавезног здравственог осигурања. Давалац социјалног осигурања, који је накнадио трошкове лечења, нема право да се регресира од осигуравача по основу осигурања од последица несрећног случаја. Ни осигураник нема право да кумулира износ трошкова по оба основа – по основу здравственог осигурања и по основу осигурања од последица несрећног случаја. Ово осигурање обезбеђује и накнаду изгубљене добити, односно, изгубљене зараде за време привремене неспособности за рад, до износа који је предвиђен уговором.⁴ Та накнада се може исплатити једнократно или у више рата, месечно или у другим временским интервалима.⁵ О наведеним елементима осигурања од последица несрећног случаја, биће речи касније, имајући у виду да постоје недоумице око природе осигуране суме код ове врсте осигурања, као и у вези кумулације, која се примењује у зависности од облика ове врсте осигурања.

⁴ Пак, Ј. Право осигурања, Београд 2011, стр. 319.

⁵ Пак. Ј. нав. дело, стр. 320.

Правна природа осигурања од последица несрећног случаја

Одређивање места осигурању од последица несрећног случаја, зависи од правне природе тог осигурања. Међутим, о правној природи уговора о осигурању од последица несрећног случаја у теорији постоји више схватања. Прво се односи на чињеницу, да је овај уговор по својој правној природи уговор о осигурању лица. Он нема за циљ накнаду штете, него исплату унапред одређене суме новца, независно од претрпљене штете.⁶ Код овог уговора искључена је примена начела имовинског права, као што су начела подосигурања и надосигурања, те двоструког осигурања. Ова теорија своди се на то да је интерес покретач воље уговарача осигурања, а он потиче из материјалне побуде да се кроз наплату осигуране суме осигура накнада материјалног губитка који настаје као последица несрећног случаја.⁷ Чињеница је да ова врста осигурања спада, пре свега, у осигурање лица. Али, мора се водити рачуна о последицама које осигурани, односно, несрећни, случај производи, код којих говоримо о класичној накнади штете. Да ли се о интересу може говорити код овог осигурања, питање је, исто као и о материјалној побуди, имајући у виду који облици овог осигурања постоје, као и то да штета настаје на телу, тј., да може проузроковати и смрт. Ако узмемо у обзир основна правила осигурања лица, основни циљ овог осигурања је заштита лица од незгоде, а не интерес који је изражен код осигурања имовине.

По другој теорији, уговор о осигурању од последица несрећног случаја има одштетни карактер, пошто уговорена сума, по својој правној природи, није ништа друго до, унапред уговорена, паушална, накнада штете.⁸ Ако би прихватили ово мишљење, онда би морали да кажемо да и осигурање живота има одштетни карактер.

Треће мишљење сугерише да најновији развој осигурања иде у правцу издвајања уговора о осигурању од последица несрећног случаја у посебну врсту уговора. Но, имајући у виду домаће позитивне прописе, сасвим је сигурно да је уговор о осигурању од последица несрећног случаја уговор о осигурању лица, на који се не могу применити одредбе Закона о облигационим односима (даље: ЗОО)⁹ о имовинским осигурањима. Дакле, посебна правила на којима се заснивају односи у осигурању незгоде су:

⁶ Шулејић. П. Право осигурања, Београд 1980, стр. 436; Петровић, З., Чоловић, В., Мрвић-Петровић, Н. Обавезна осигурања у саобраћају и накнада штете, Београд 2010, стр. 177.

⁷ Петровић, З., Чоловић, В., Мрвић-Петровић, Н., нав. дело, стр. 177.

⁸ Ibidem.

⁹ Закон о облигационим односима (Сл. лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89; Сл. лист СРЈ, бр. 31/93).

- осигурана сума је битан елемент уговора, која се утврђује и наплаћује независно од могућег износа штете,
- не примењују се правила о надосигурању или подосигурању,
- корисник осигурања има право да кумулира осигурану суму и накнаду од стране одговорног лица (осим ако је осигурање незгоде уговорено као осигурање од одговорности),
- уговор се може закључити и за случај смрти и повреде трећег лица.¹⁰

Код појединих облика осигурања од последица несрећног случаја, природе тог уговора зависи од начина на који је плаћена премија или од чињенице да ли се уговара осигурање одговорности уговарача осигурања за штете које су проузроковане лицима за које је закључено осигурање од последица несрећног случаја по допунским условима у посебним случајевима.

Ако би на основу наведених теорија, односно, мишљења о правној природи осигурања од последица несрећног случаја, морали да дамо одговор, због чега смо поставили питање примене правила осигурања имовине на ову врсту осигурања, онда би се то сводило на могућност закључења овог осигурања као осигурања од одговорности, неке изузетке у вези примене кумулације права, као и на накнаду трошкова лечења и изгубљене зараде.

Облици осигурања од последица несрећног случаја

Кратко ћемо посветити пажњу и облицима овог осигурања. Наиме, осигурање од последица несрећног случаја се може уговорити: за случај смрти услед незгоде, за случај смрти услед болести, за случај трајног губитка опште радне способности, за случај пролазне неспособности за рад, за случај нарушења здравља које захтева лекарску помоћ, за случај одговорности уговарача осигурања према лицима осигураним од последица несрећног случаја и њиховим стварима, за губитак зараде, али само код обавезног осигурања, итд.¹¹ Такође, морамо разликовати и добровољно и обавезно осигурање од последица несрећног случаја, имајући у виду да законодавац, код неких облика, прописује обавезност закључења овог осигурања (у јавном превозу, пре свега).

Но, ови облици нас нарочито интересују због могућности или немогућности кумулације права на суму осигурања и накнаду штете. У оквиру одељка, у коме ћемо говорити о кумулацији, анализираћемо неке од облика осигурања од последица несрећног случаја, код којих су могућа одступања од примене права на кумулацију. Већ смо, напред, споменули да се код појединих облика осигурања од последица несрећног случаја, одступа од примене општих правила у вези са кумулацијом. То су облици осигурања који имају карактеристике осигурања од одговорности, па, самим тим, и имовинских осигурања.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Петровић, З., Чоловић, В., Мрвић-Петровић, Н., нав. дело, стр. 179.

Осигурање од последица несрећног случаја као осигурање од одговорности

Осигурање од одговорности спада у имовинска осигурања. Иако осигурање од одговорности спада у имовинска осигурања, оно има своје специфичности, које га издвајају од осталих облика имовинских осигурања. Ако одговорно лице не би имало закључен уговор о осигурању од одговорности, тада би оно морало да, на терет своје имовине, испуни обавезу накнаде штете према трећем оштећеном лицу.¹² Осигурање од одговорности има двоструку улогу – оно штити и осигураника и треће оштећено лице.¹³ Поновићемо, кумулација права је дозвољена само код осигурања лица, а не и код имовинских осигурања, имајући у виду природу осигурања лица, односно, однос суме осигурања према премији. Но, код појединих врста осигурања која спадају у осигурање од одговорности, поставља се питање да ли се може дозволити кумулација права на накнаду штете и суму осигурања. Ако смо рекли да је осигурање од одговорности имовинско осигурање, онда би, по општим правилима, то било неизводљиво, али се код појединих облика осигурања од последица несрећног случаја, која имају карактер осигурања од одговорности, може поставити питање одступања од општих правила која регулишу дозвољеност кумулације права на накнаду штете и суму осигурања. Кад кажемо одступања, мислимо на чињеницу да осигурање од последица несрећног случаја спада у осигурање лица, где је кумулација дозвољена, а да се код појединих облика ове врсте осигурања, као што је речено, одступа од ових правила и забрањује кумулација. Не само то, морамо имати у виду да се, код тих облика осигурања од последица несрећног случаја, иначе примењују и правила имовинских осигурања.

Примена појединих правила имовинског осигурања

Изложићемо основне карактеристике појединих правила везаних за имовинско осигурање, како би могли да схватимо због чега се та правила, пре свега, не примењују на осигурање од последица несрећног случаја.

Надосигурање, вишеструко (двоструко) осигурање и подосигурање

По ЗОО, надосигурање постоји, када се, код закључења уговора о осигурању, једна страна послужи преваром и уговори суму осигурања на тај начин, да је она већа од вредности осигуране ствари, тако да друга страна може

¹² Беланић, Л. Обвезна осигурања од одговорности изван дјелатности промета и превоза у хрватском и поредбеном праву, с освртом на одређивање обвезника склапања осигурања и круга трећих особа, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Риједи, вол.30, бр. 1, стр. 552.

¹³ Беланић, Л., нав.дело, стр. 553.

тражити поништење уговора.¹⁴ Уколико је уговорена већа сума осигурања од вредности осигуране ствари, а да су, при томе, обе стране биле савесне, тада уговор о осигурању остаје на снази, а сума осигурања се снижава до износа стварне вредности осигуране ствари. Исто тако, и премије се сразмерно смањују. Без обзира да ли је дошло до преварног поступања или не, осигуравајуће друштво, које је савесно поступало задржава премије и има право на несмањену премију за текући период.¹⁵ Ако се осигурана вредност смањи за време трајања осигурања, свака уговорна страна има право на одговарајуће снижење суме осигурања и премије, почев од дана када је свој захтев за снижење саопштила другој страни.

Вишеструко осигурање постоји када је нека ствар осигурана код два или више осигураваача од истог ризика. Исто тако, мора да постоји исти интерес, као и да је ствар осигурана за исто време, али тако да збир осигураних сума не прелази вредност осигуране ствари. Код вишеструког осигурања сваки осигураваач одговара за извршење свих обавеза које су настале по уговору који је он закључио са осигураником или уговарачем осигурања. Но, ако збир свих осигураних сума прелази вредност осигуране ствари, а, при томе, уговарач осигурања није поступио несавесно, тада су сва та осигурања пуноважна и сваки осигураваач има право на уговорену премију за период осигурања у току, а осигураник има права да захтева од сваког појединог осигураваача, накнаду по уговору који је закључен са њим. Тада се ради о двоструком осигурању, с тим што осигураник или оштећено лице не може да од осигураваача добије више него што износи штета.¹⁶

Подосигурање постоји, када се утврди да је, у почетку периода осигурања, вредност осигуране ствари била већа од суме осигурања. Тада се износ накнада, код осигураног случаја, смањује сразмерно. Наравно, уговорне стране могу и другачије да се договоре. Осигураваач је дужан да у потпуности накнади штету, све до износа суме осигурања, ако су странке уговориле да однос између вредности осигуране ствари и суме осигурања нема значаја за одређивање износа накнаде.¹⁷

Сва три института су везана за утврђивање вредности ствари и за интерес. Ова правила се, по својој природи, не могу примењивати код осигурања од последица несрећног случаја, иако у виду да се овде ради о осигурању лица, код којег ризик, који је покривен осигурањем, обухвата лице, које се не може вредносно материјално изразити, као и да се ради о унапред утврђеној суми осигурања, која представља битан елемент уговора о осигурању.¹⁸

¹⁴ Члан 932 ст. 1 ЗОО.

¹⁵ Члан 932 ст. 2 и 3 ЗОО.

¹⁶ Члан 934 ЗОО.

¹⁷ Члан 936 ЗОО.

¹⁸ Шулејић, П., Право осигурања, Београд 2005, стр. 467.

Сума осигурања

Обавеза осигуравајућег друштва по основу осигурања ограничена је сумом осигурања. У зависности да ли су у питању обавезна и добровољна осигурања, зависиће и регулисање суме осигурања. Ако је у питању обавезно осигурање, онда је најчешће, законом одређена најнижа сума осигурања, односно, осигурани износ. Најнижи осигурани износ, који је одређен законом, јесте износ испод којег осигуравач не може закључивати уговор о обавезном осигурању са осигураником. То не значи да је осигуравач ограничен, у том делу, односно, да не може закључити уговор са осигураником на већи износ од предвиђеног у закону, наравно уз одређивање веће премије осигурања. Ту постоје разлике које се односе на лица која захтевају накнаду штете.¹⁹

Са друге стране, код осталих врста осигурања, сума осигурања је одређена уговором о осигурању. Сума осигурања нема исти значај код осигурања имовине и осигурања лица.²⁰ Она се посебно може дефинисати и код осигурања од одговорности. Код осигурања лица се, код осигураног случаја, исплаћује сума осигурања, која представља битан елемент код закључења уговора о осигурању. Сума осигурања се, код ове врсте осигурања, не доводи у везу са претрпљеном штетом. Постоји изузетак, када се исплаћују трошкови лечења и изгубљена зарада²¹ као код осигурања од последица несрећног случаја. Оно што је најбитније рећи, кад је у питању накнада штете код имовинских осигурања, односи се на то, да се накнада штете одређује у односу на три битна елемента: суму осигурања, висину претрпљене штете и вредност осигуране ствари. Висина накнаде штете не сме да пређе наведене износе (ни суме осигурања, ни претрпљене штете, ни вредност осигуране ствари).²²

Значи, кад говоримо о штети и о суми осигурања, морамо, прво, анализирати одговорност за штету и осигурање, као два независна грађанскоправна односа. Ова два грађанскоправна односа гарантују оштећеном лицу да ће му бити исплаћена штета, и то, по основу вануговорног односа, као и по основу уговорног односа, тј. по уговору о осигурању.²³ Оштећено лице може да бира на који начин ће накнадити штету, односно, може да бира коме ће се обратити за штету – штетнику или осигуравачу. Да ли оштећено лице може да се обрати по основу оба грађанскоправна односа за накнаду штете? То зависи, као што смо рекли, од врсте уговора о осигурању, односно, од правне природе односа који произлази из тог уговора.

¹⁹ Петровић, З., Чоловић, В., Мрвић-Петровић, Н., нав.дело, стр. 17-18.

²⁰ Мркшић, Д., Петровић, З., Иванчевић, К. Право осигурања, Нови Сад 2006, стр. 60.

²¹ Ibidem.

²² Мркшић, Д., Петровић, З., Иванчевић, К., нав.дело, стр. 60-61.

²³ Матијевић, Б. Осигурање (менаџмент-економија-право), Задар 2010, стр. 344.

Код осигурања од последица несрећног случаја се мора разликовати сума осигурања од накнаде штете. О томе говори и један случај из праксе. Наиме, једно лице је доживело повреде у саобраћајној незгоди. Утврђена је трајна инвалидност од 35%. То лице је, иначе, било осигурано од последица несрећног случаја код једног осигуравача, али је, такође, поднело захтеа за исплату и другом осигуравачу који је осигурао лице одговорно за саобраћајну незгоду. Осигуравач, код кога је то лице имало закључен уговор о осигурању од последица несрећног случаја, је понудило да исплати 35% од суме осигурања, обзиром да је у том проценту и утврђена инвалидност. Са друге стране, други осигуравач ће бити у обавези да исплати сву насталу штету, како материјалну, тако и нематеријалну. То значи да ће том лицу први осигуравач, код кога има закључен уговор о осигурању исплатити суму осигурања, док ће други осигуравач исплатити накнаду штете.²⁴

* * *

Код осигурања од последица несрећног случаја се не могу применити наведена правила о суми осигурања. Чињеница је да се, код ове врсте осигурања, кад се догоди осигурани случај, исплаћује утврђена уговорена сума осигурања, која се унапред утврђује. Али, она није утврђена на основу материјалних показатеља везаних за лице, јер је то немогуће. Но, са друге стране, рекли смо да постоји обавеза накнаде трошкова лечења и изгубљене зараде за време пролазне неспособности за рад, где се морају применити одређена правила везана за накнаду штете, као што је, већ, речено.

Суброгација

Једно од питања које, такође, треба анализирати, код анализе примене правила имовинских осигурања на осигурање од последица несрећног случаја, нарочито када се оно закључује као осигурање од одговорности, односи се на прелаз права осигураника према одговорном лицу на осигуравача, односно, на суброгацију. Наиме, по општем правилу, исплатом накнаде од стране осигуравача осигуранику, тј. оштећеном лицу, прелазе на осигуравача сва права наведених лица према одговорном лицу, до висине исплаћене накнаде. Није битно, по ком основу је установљена одговорност. Ако је осигуранику исплаћена од стране осигуравача, мања накнада од штете коју је претрпео, тада он има право да захтева од одговорног лица да му исплати остатак штете. Кад је у питању осигурање од одговорности, тада осигуравач може захтевати исплату накна-

²⁴ Преузето са: www.osiguranje.hr (датум: 19.06.2012.)

де, по основу суброгације, од осигуравача који је осигурао од одговорности лице одговорно за штету. Једно од важних правила, које се примењује на случај суброгације, односи се на чињеницу, да то право не прелази на осигуравача, ако је штету проузроковало лице у сродству у правој линији са осигураником или лице за чије поступке осигураник одговара, или које живи са њим у истом домаћинству, или лице које је радник осигураника, осим ако су та лица штету проузроковала намерно.²⁵

Уговор о осигурању у корист трећег лица

Осигурање од последица несрећног случаја се може закључивати и као уговор у корист трећег. То је случај код обавезног осигурања путника у јавном саобраћају. Такав уговор закључују уговарач осигурања и осигуравач, а након настанка осигураног случаја, сума осигурања се исплаћује путнику (осигуранику) у случају трајног инвалидитета, као и кориснику осигурања, у случају смрти. Без обзира да ли се ради о исплати осигуранику или кориснику осигурања, у оба случаја, та лица (или то лице) нису учествовала у закључењу уговора о осигурању. Корисник осигурања се, углавном одређује у полиси. Но, ако то није случај, тада ће се применити општа правила која се примењују код осигурања у корист трећег.

* * *

Навешћемо и нека правила везана за обавезно осигурање путника у јавном превозу од последица несрећног случаја. То су карактеристична правила везана за директну тужбу против осигуравача, затим на обавезу Гарантног фонда, као и на право на накнаду, без обзира на одговорност. Прва два правила су везана за осигурање од одговорности, које, као што смо рекли, представља врсту имовинског осигурања, док је треће правило везано за осигурање лица.

Прво правило се односи на право учесника у јавном превозу, кога је задесио несрећни случај, на директно обраћање осигуравајућем друштву, тј. на подношење директног захтева. Осигуравајуће друштво има обавезу да непосредно плати штету том путнику. То се односи и на корисника осигурања у случају смрти путника. Иначе, правило везано за подношење директног захтева за накнаду штете осигуравајућем друштву, односно, директне тужбе против осигуравача везано је, на првом месту, за осигурање од одговорности. Друго правило се тиче власника превозног средства, који није закључио уговор о

²⁵ Члан 939 ЗОО.

осигурању путника у јавном превозу од последица несрећног случаја, односно, који је закључио такав уговор са осигуравајућим друштвом против којег је покренут стечајни поступак. Наиме, тада ће путнику, којег је задесио несрећни случај, штету исплатити Гарантни фонд, који исплаћује штете код осигурања аутоодговорности, уколико се испуне услови по закону (ако возило које је одговорно за незгоду је непознато или неосигурано, односно, ако је осигурано код осигураваача против којег је покренут стечајни поступак). Наведено правило се односи и на корисника осигурања, у случају смрти путника. Треће правило одређује да ће путник или корисник осигурања имати право на накнаду штете по уговору о осигурању путника у јавном превозу од последица несрећног случаја, без обзира на чињеницу постојања права на накнаду штете по основу одговорности превозиоца.²⁶

Недоумице око примене кумулације права на суму осигурања и накнаду штете код осигурања од последица несрећног случаја

Морамо, још једном, да поновимо, кад говоримо о штетама код осигурања од последица несрећног случаја, говоримо, пре свега, о штетама на лицима. Ради се о штетама које угрожавају телесни интегритет, здравље и радну способност тих лица. Да би могли да говоримо о могућности примене кумулације права на суму осигурања и накнаду штете, морамо дефинисати штету на лицима. Наиме, штету на лицима можемо посматрати са два аспекта која се тичу осигурања. Пре свега, сама штета на лицима може бити предмет осигурања, док, са друге, стране, та штета може произаћи и као последица неке друге врсте осигурања, односно, неког другог предмета осигурања. Наведена разлика је значајна и са аспекта накнаде штете. Наиме, кад је штета на лицима предмет осигурања, тада се штета надокнађује по правилима које дефинише уговор о осигурању, а када штета на лицима произилази из осигурања од одговорности, онда се примењују општа правила о накнади штете.²⁷

Питање дозвољености кумулације права на накнаду штете и осигурану суму се, са правом, поставља код осигурања од последица несрећног случаја, с обзиром да поједини облици осигурања од последица несрећног случаја садрже карактеристике и осигурања од одговорности, као што смо рекли.

Иначе, основни циљ забране кумулације јесте да се спречи да једно лице добије више него што износи штета на његовом добру. Забрана кумулације права може да се одреди на непосредан и посредан начин. Непосредним начином се осигураннику (или оштећеном лицу) забрањује да, по оба основа, прими више него што износи штета коју је претрпео. Посредним начином се

²⁶ Петровић, З., Чоловић, В., Мрвић-Петровић, Н., нав. дело, стр. 189.

²⁷ Матијевић, Б., нав. дело, стр. 490.

омогућава осигуравачу да се, након исплате накнаде из осигурања, суброгира у права осигураника према одговорном лицу, тј. Штетнику.²⁸ Међутим, наведено се односи само на имовинска осигурања. Код забране кумулирања права, поставља се питање да ли оштећено лице има право избора, односно, да ли може слободно одлучити, коме ће се обратити за накнаду, осигуравачу или одговорном лицу. Он то може слободно одлучити, што потврђује и законодавство и судска пракса.²⁹

Уколико би се дозволила кумулација права на накнаду штете у суму осигурања, тада би могло да долази до намерно проузрокованих штета, као и до мање опрезности осигураника. Исто тако, ако би осигуравач био ослобођен обавезе плаћања суме осигурања, тада би то довело до неоправданог богаћења, с обзиром да је он примио премију приликом закључења уговора. На крају, ако осигуравач не би могао да се суброгира у права осигураника према одговорном лицу, тада би то довело до могућности да се то лице ослобађа одговорности и да његов дуг плаћа неко други.³⁰

Са друге стране, кумулација права је дозвољена код осигурања лица. То произлази из схватања да се људски живот не може изразити у новчаном еквиваленту, односно, да се неимовинска штета на лицу не може егзактно обрачунавати. Корисник осигурања живота може да кумулира осигурану суму и накнаду штете, ако је осигурани случај изазван радњом или пропуштањем неког лица за које се грађанскоправно одговара. Ако је смрт осигураника настала кривцом неког лица, корисници имају право на исплату осигуране суме по основу осигурања живота, као и право на накнаду претрпљене штете од одговорног лица (претрпљени бол, губитак издржавања и др.). Онај ко је штетео путем осигурања не може бити у истој ситуацији, као онај ко није штетео. То би управо био случај да је забрањено кумулирање накнаде штете и осигуране суме код осигурања лица. Нема законских ограничења да се закључи више осигурања живота. Лице које жели да добије већу осигурану суму може да закључи више уговора. Препрека томе је само немогућност да се плати премија, по основу више закључених уговора.

Кумулација права и колективно осигурање радника као облик осигурања од последица несрећног случаја

Иако осигурање од последица несрећног случаја спада у осигурање лица, постоје, као што је речено, изузеци од примене правила да је кумулација дозвољена. Исплата накнаде код осигурања од последица несрећног случаја

²⁸ Шулејић, П., нав. дело, стр. 272.

²⁹ Шулејић, П., нав. дело, стр. 281.

³⁰ Ibidem.

покрива и неке облике материјалне штете. Исплаћује се изгубљена зарада због неспособности за рад, као и трошкови лечења. Овде морамо узети у обзир правила која дефинишу обештећујући карактер ове врсте осигурања.³¹ Знамо да осигурање од последица несрећног случаја има лице као предмет осигурања. Али, са друге стране, ово осигурање покрива уговорене новчане накнаде, трошкове у једнократном износу, итд.³² Ова дефиниција представља класичан став у вези ове врсте осигурања. У сваком случају, имајући у виду шта покрива ова врста осигурања, кад је у питању накнада, можемо рећи да је ова врста осигурања мешовите природе, односно, да се примењују и правила осигурања лица и правила осигурања имовине. Самим тим, са правом постављамо питање кумулације права на накнаду штете и суму осигурања код ове врсте осигурања, али само у једном делу, када оно има одштетну природу.

Један од облика ове врсте осигурања, где се кумулација забрањује је колективно осигурање радника, закључено као осигурање од одговорности. Да би могли да говоримо о комбинованом колективном осигурању радника од последица несрећног случаја као о осигурању одговорности, морамо, прво, да дефинишемо сам, наведени, облик осигурања. Наиме, овај облик осигурања се може закључити у комбинацији са различитим ризицима. Нпр., смрт осигураника може наступити због несрећног случаја, када говоримо о основном ризику, али смрт осигураника, такође, може наступити и услед болести, када говоримо о допунским ризицима. Ако ово осигурање покрива оба ризика, тада је оно комбиновано. Колективно осигурање постоји кад је више лица осигурано. Они не морају да буду именовани, али морају да буду одредиви. Постоји схватање да је колективно комбиновано осигурање радника, када уговор закључује послодавац, уговор о осигурању у корист трећег, а не осигурање од одговорности. Наведено се образлаже тиме што чињеница, да ли је неко осигурање закључено као осигурање од одговорности може зависити, само, од тога да ли уговор о осигурању има правну природу уговора о накнади штете, а не од тога из којих средстава се плаћа премија.³³

Кад је у питању колективно осигурање радника од последица несрећног случаја, морамо говорити и о примени правила које дефинишу осигурање од одговорности. Тада предузеће, у коме су ти радници запослени, закључује уговор о осигурању са осигуравачем, а премија осигурања се плаћа из средстава предузећа. У ствари, ради се о осигурању од одговорности предузећа. Но, мора се рећи, да се код овог облика осигурања не би радило о осигурању од одговорности, када би се премија осигурања плаћала из средстава која припадају радницима, по било ком основу.

³¹ Станишић, С. Огледи из грађанског права (одабрани ауторски текстови са судском праксом), Бања Лука 2005, стр. 182.

³² Ibidem.

³³ Станишић, С. нав. дело, стр. 183.

Код колективног осигурања радника од несрећног случаја код којег је кумулација забрањена, сума осигурања коју радник прими, урачунава се у износ накнаде штете коју он претпри на раду.³⁴ Мора се рећи да радници који доживе несрећу на послу, а осигурани су по уговору о осигурању на наведени начин (премија се плаћа из средстава организација, итд.) су у неједнаком положају у односу на раднике који су плаћали премију из сопствених средстава. Сматра се да би радници требало да буду изједначени у овом праву, односно, да имају исту заштиту и кад је за штету одговорно и неко друго лице. Ако се организација, у којој радници раде, посебно осигурала, тада говоримо о два посебна и одвојена основа и не би требало ослободити осигуравача по оба основа, јер је он примио премију за оба уговора о осигурању. Исто тако, код колективног осигурања радника од последица несрећног случаја, треба изједначити случајеве кад се премија плаћа из средстава организације у којој они раде и из њихових сопствених средстава. Ради се о средствима која су они створили.³⁵

Код ове врсте осигурања можемо разликовати, најчешће, следеће врсте штете (ако их тако можемо назвати): смрт, трајни губитак опште радне способности (инвалидност), пролазна неспособност за рад и трошкови лечења.³⁶

Када је закључено комбиновано колективно осигурање радника од стране послодавца, који је премију плаћао сопственим средствима, сматра се да је закључено осигурање од одговорности, па сви износи који су исплаћени раднику на основу тог осигурања, морају се сматрати као износи накнаде штете за коју одговара послодавац због незгоде на раду. Значи, у случају када је осигурање од последица несрећног случаја уговорено као осигурање од одговорности, тада оштећено лице нема право кумулације захтева за накнаду штете према трећем, одговорном, лицу, без обзира на његово право на суму осигурања, тако да том оштећеном лицу треба да се урачуна накнада коју је примио на основу осигурања. Наиме, код оваквог случаја, осигурана сума, по основу последица насталог инвалидитета, може се изједначити са нематеријалном штетом на име душевних болова због смањење животне активности.³⁷

³⁴ Шулејић, П., нав. дело, стр. 279.

³⁵ Шулејић, П., нав. дело, стр. 280.

³⁶ Станишић, С. нав. дело, стр. 185.

³⁷ “Према утврђењима нижеступањских судова туженик је с „С. о.“ д.д. З. склопио Полицу комбинираним колективног осигурања бр. ..., а у којој су као осигураници означени сви дјелатници туженика од последица несретног случаја, темељем које Полице је тужитељу, због трајног инвалидитета (везано за озледе које је тужитељ задобио у наведеној радној несрећи) исплаћена свота од 59.200,00 кн.

Супротно стајалишту израженом у нижеступањским пресудама, према оцјени овог ревизијског суда износ исплаћен тужитељу темељем наведене полице комбинираним колективног осигурања, коју је закључио туженик са споменутим осигураватељем, те премије платио из својих средстава, ваља закључити да је у питању осигурање од одговорности, а према одредби чл. 948. ст. 3. ЗОО у таквом случају – када се ради о осигурању од последица несретног случаја које је уго-

Кумулација права и други облици осигурања од последица несрећног случаја

Један од облика ове врсте осигурања је и осигурање путника у јавном превозу од последица несрећног случаја, које спада у обавезно осигурање. Овде не постоји јасан и јединствен став да ли је у питању осигурање од одговорности или осигурање у корист трећег. Самим тим се не може одговорити и на питање да ли оштећено лице има право да кумулира право на суму осигурања и право на накнаду штете. То и јесте велики проблем код осигурања од последица несрећног случаја. Недоумица постоји из разлога, што постоји обавеза закључења овог облика осигурања од стране превозника, тако да се може рећи да има елемената осигурања од одговорности. Но, и путници који немају карту за превоз, имају право на накнаду (или њихови корисници) по овом облику осигурања, ако се, у тренутку осигураног случаја, налазе у возилу и ако доживе телесне повреде, односно, ако наступи смрт.

Такође, морамо споменути и осигурање хотелских гостију, затим посетилаца културних и спортских манифестација, туриста, итд. Тада морамо говорити о два, а не о једном уговору. Наиме, и овде се поставља питање кумулације права. Овде се ради о осигурању од одговорности хотела, организатора манифестација и сл., као и о осигурању од последица несрећног случаја, тако да се може говорити о дозвољености кумулације права на накнаду штете и суму осигурања.³⁸ Ако код ове врсте осигурања наступи нематеријална штета, тада можемо говорити о дозвољености кумулације права.³⁹

* * *

Закључимо, у овом делу, да је код осигурања од последица несрећног случаја, кумулација права дозвољена код следећих облика ове врсте осигурања: -

ворено као осигурање од одговорности, нема оштећеник право кумулирања одштетног захтјева према трећој одговорној особи неовисно од његовог права на осигурану своту, па зато таквом оштећенику треба урачунати накнаду коју је примио по основу осигураних свота, имајући у виду да осигурана свота по основи посљедица инвалидитета је у бити једнака облику нематеријалне штете на име душевних болова због смањене животне активности, коју накнаду, међу осталим, тужитељ захтјева и у овој парници.

Међутим, тужитељу је темељем наведене полице исплаћена свота од 59.200,00 кн, а за душевне боли због смањене животне активности у овом поступку утврђена му је накнада у износу од 40.000,00 кн, па је само тај износ (40.000,00 кн) требало одбити од укупно досуђене накнаде штете.”

ВСПХ, Ревр-230/2005-2 од 22. вељаче 2006. године. Преузето са: www.osiguranje.hr (датум: 20.06.2012.)

³⁸ Матијевић, Б., нав. дело, стр. 361-362.

³⁹ Ibidem.

индивидуално добровољно осигурање лица од несрећног случаја; - добровољно осигурање путника и возача моторних возила; - обавезно осигурање путника у јавном превозу од несрећног случаја са накнадом штете (мисли се на обавезно осигурање превозника од аутоодговорности); и – колективно осигурање радника од несрећног случаја, ако је премија плаћена из средстава самог радника и ако за штету није одговорно предузеће, односно, организација у којој је радник запослен и која је закључила уговор о осигурању. Кумулација је забрањена код колективног осигурања радника од несрећног случаја, ако је премија плаћена из средстава организације у којој је радник запослен и ако је за штету одговорна та организација.⁴⁰

Услови осигурања од последица несрећног случаја

Посветићемо пажњу и одредбама услова осигурања лица од последица несрећног случаја⁴¹, које су од важности за тему овог рада. Услови се односе на класичан облик овог осигурања. На првом месту, кад је у питању кумулирање накнаде штете и осигуране суме, осигуравач нема право на накнаду од трећег лица које је одговорно за штету. То право припада осигуранику који, такође, може тражити и исплату суме осигурања. Ово правило се неће примењивати, ако се ради о закључењу уговора о осигурању од одговорности уговорача осигурања од последица несрећног случаја.⁴² Напред је било речи о кориснику осигурања, као лицу које није учествовало у закључењу уговора о осигурању, али може захтевати исплату суме осигурања, у случају смрти осигураника. Услови одређују која су то лица, ако ништа није предвиђено полисом. То су: - деца и брачни друг осигураника; - потомци по праву представљања; - брачни друг и родитељи (ако нема деце ни других потомака); - родитељи (ако нема ни брачног друга); - остали законски наследници, на основу судске одлуке (ако нема ни родитеља). Ако није наступила смрт, већ инвалидитет или пролазна неспособност за рад, корисник осигурања може бити само осигураник.⁴³

Закључак

Први закључак, који се сам намеће, кад је у питању осигурање од последица несрећног случаја, односи се на то, да оно представља посебну врсту осигурања, које се сврстава у осигурање лица због предмета осигурања, а да постоје поједини облици овог осигурања, где можемо говорити и о томе да

⁴⁰ Шулејић, П., нав. дело, стр. 276.

⁴¹ Услови „Дунав осигурања“.

⁴² Члан 20 Услова.

⁴³ Члан 19 Услова.

се на њих примењују и поједина правила имовинских осигурања. Следеће се односи на чињеницу да се кумулација права на накнаду штете и суму осигурања примењује ограничено, односно, у зависности од тога на који начин је закључено осигурање од последица несрећног случаја, имајући у виду да се осигурање од одговорности сврстава, пре свега, у имовинска осигурања. Затим, осигурани случај код овог осигурања мора да „погоди“ тело, односно, штета мора да настане на телу осигураника или да нстужи смрт осигураника. Тиме се ово осигурање сврстава у осигурање лица, без обзира да ли се ради о обавезном или добровољном осигурању. Међутим, елементи везани за трошкове лечења и изгубљену зараду, као елементи, код којих се јасно може установити износ који треба накнадити, везује ово осигурање и за имовинска осигурања.

На основу свега што је речено, можемо поставити кључно питање – да ли осигурање од последица несрећног случаја треба схватати као посебну врсту осигурања, као *sui generis* осигурање? Можда би могли да позитивно одговоримо на ово питање, ако би разлози за то, које ћемо навести, били довољни да се ово осигурање третира посебно у односу на друге врсте осигурања. Уосталом, зар се и осигурање од одговорности не може издвојити (не у потпуности) од имовинских осигурања, имајући у виду посебности те врсте осигурања.

Разлози за издвајање осигурања од последица несрећног случаја од осталих врста осигурања су следећи:

1. Могућност закључења овог осигурања као осигурања од одговорности, које, традиционално, спада у имовинска осигурања;
2. Примена правила код обавезних осигурања путника у јавном превозу од последица несрећног случаја, која се не примењују код осталих осигурања лица;
3. Накнада трошкова лечења и изгубљене зараде се исплаћује у висини у којој су настали, када се примењују правила која имају обештећујући карактер⁴⁴; и
4. Различита примена правила о кумулацији права на накнаду штете и суму осигурања, у зависности који облик осигурања од последица несрећног случаја је закључен.

Сви наведени разлози нам указују да постоји низ карактеристика који делимично одвајају осигурање од последица несрећног случаја од других врста осигурања лица, што доказује и примена појединих правила имовинских осигурања. То никако не значи да ова врста осигурања спада у имовинска осигурања.

⁴⁴ Шулејић, П., нав. дело, стр. 496.

Prof. Vladimir Čolović, Ph.D

Principal Research Fellow

Institute of Comparative Law, Belgrade

APPLICATION OF THE PROPERTY INSURANCE RULES TO THE INSURANCE OF AGAINST THE CONSEQUENCES OF ACCIDENTS

Summary

The author in this paper analyzes the specifics of the insurance of against the consequences of accidents. This insurance is the part of the insurance of persons. But, in this insurance are apply some rules of the property insurance. The subject of the insurance of against the consequences of accidents is person, but as a consequence of the insured event are paid the medical costs and the lost profits, in which apply the rules who have the character of damages. In this paper, the author, also, pay attention to the cumulation of rights to damages and the sum insured. The cumulation of rights is prohibited in the property insurance, but in the insurance of person is permitted. The application of the cumulation in the insurance of against the consequences of accidents depends from the form of the concluding of this insurance. Also, the paper presents some specifics related to the compulsory insurance of passengers in public transport, which relating to the application of rules of liability insurance. The author concludes in the paper, that there are a number of characteristics that separate the insurance of against the consequences of accidents than other types of insurance of person, as evidenced by the application of certain rules of the property insurance, but that doesn't mean that this type of insurance falls in the property insurance.

Key words: *accident, insurance of persons, property insurance, cumulation, sum insured, insured, user of insurance.*

PРАВNI ODNOSI U OSIGURANJU OD ODGOVORNOSTI S OSVRTOM NA PRAVNU PRIRODU GRAĐANSKE ODGOVORNOSTI OSIGURAVAČA

Doc. dr sci. Slobodan Stanišić*

***Apstrakt:** U radu se iznosi gledišta autora o osnovu i pravnoj prirodi odgovornosti osiguravača u slučaju osiguranja od odgovornosti sa posebnim osvrtom na pojedine pravne odnose koji se uspostavljaju u osiguranju od odgovornosti.*

***Ključne riječi:** odgovornost za štetu, osiguranje, osiguravač, treće lice, direktna tužba, pravna priroda građanske odgovornosti osiguravača.*

Uvodna razmatranja

Naučna dostignuća, pronalasci i tehnička unapređenja, omogućila su visok stepen razvijenosti ljudskog društva. Čovjek je proizveo komplikovana oruđa i mehanizme, koji pored svoje korisne svrhe, pod određenim uslovima, predstavljaju opasnost za ljude i rezultate ljudskog stvaralaštva. Zauvijek je prošlo doba kada se čovjek u obavljanju poslova koristio jednostavnim i bezopasnim oruđima, kada je udaljenosti prevaljivao pješice ili zaprežnim kolima i kada su događaji koji su doveli do prouzrokovanja štete bili rijetki. Iz statičnog i relativno spokojnog načina života, čovjek je prešao, u vrijeme intenzivnog i opasnog življenja. U djelatnostima koje svakodnevno obavlja komplikovanim mehanizmima i drugim opasnim stvarima, sadržan je visok štetni potencijal, koji u svakom trenutku može biti aktiviran i dovesti do oštećenja ili potpunog uništenja materijalnih i nematerijalnih dobara.

Zbog toga pravna doktrina, legislativa i sudska praksa, kontinuirano unapređuju pravne mehanizme zaštite ljudskih dobara od šteta koje mogu nastupiti, stvarajući tako svojevrstan sistem pravnih pravila koji omogućava da se obaveza saniranja štetnih posljedica, pod određenim uslovima, sa počinioca štete, prenese na neko drugo lice, koje će za to biti organizaciono, stručno i materijalno sposobno.

U tom pravcu se, u posljednjih nekoliko decenija, razvija ideja o sveobuhvatnoj reformi građanskog odštetnog prava, a posebno u dijelu koji se odnosi na pravila o odgovornosti za štetu.

* Др Слoбoдaн Стaнишeћ, aдвoкaт из Бaњa Лукe и дoцeнт нa Фaкултeту прaвних нaукa Пaнeврoпскoг Унивeрзитeтa „Aпeиpон“ Бaњa Лукa.

U osnovi te ideje je prenos odgovornosti za štetu, a time i obaveze naknade štete kao njene svojevrsne sankcije, sa štetnika na neko drugo lice, koje će biti sposobno da štetu namiri.

Za ovaj transfer odgovornosti mogu se naći mnogi opravdani razlozi, u koje prvenstveno spadaju:

- sigurna i izvjesna naplata potraživanja naknade štete bez rizika insolventnosti dužnika, s obzirom da je drugo lice specijalno organizovano za saniranje šteta i kontinuirano solventno;

- odsustvo nekih specifičnih razloga koji sprečavaju oštećenog da potražuje naknadu štete od štetnika (rodbinske i prijateljske veze oštećenog i štetnika, odnosi međusobne zavisnosti i dr.).

I. Odgovornost za štetu i osiguranje

U oblasti odgovornosti za štetu, rješenje za transfer odgovornosti sa štetnika na drugo lice, pravna nauka i sudska praksa je tražila u okviru proširenja pravila o odgovornosti za radnje drugoga, pri čemu se uočava da su postojeća pravila o ovoj vrsti odgovornosti suviše usko postavljena svođenjem na tradicionalne slučajeve odgovornosti roditelja i staraoca za radnje djece, maloljetnika i zaostalih u razvoju; odgovornost poslodavca za zaposlene i slično. U radovima francuskog naučnika Andre Tenka¹, američkih teoretičara Roberta Kitona i Džefrija O Konela² i mnogih drugih, razvija se teza da odgovornost za štetu i konačno snošenje posljedica štetnih događaja, treba prenijeti na stručnu organizaciju posebno ustanovljenu i osposobljenu za snošenje šteta.³

No, ne treba izgubiti iz vida da se ova ideja socijalizacije rizika sprovodi ne samo u odštetnom pravu, nego i u pravu osiguranja, koje se sa njim gotovo uporedo razvijalo. Naime, ideja transfera odgovornosti sa neposredno odgovornog subjekta na druga lica s ciljem ravnomjernog rasporeda štetnih posljedica ljudskih aktivnosti na veliki broj pripadnika određene rizične zajednice, počela se ostvarivati upravo onda kada se pojavilo "...lice koje je sposobno da organizuje raspodelu rizika..."⁴, otjelovljeno u društvu za osiguranje.

¹ André Tunc: „La réforme de l'assurance automobile“, Revue internationale de droit compare, 1977, 576; „La réforme du droit des accidents de la circulation“, Revue internationale de droit compare, 1968, 513.

² Robert Keeton-Jeffrey O'Connell: After Cars Crash, 1967.

³ O tome detaljnije vidi u djelu „Obligaciono pravo“, autora Jožefa Salme, str. 486-487, Naučna knjiga, Beograda, 1988.

⁴ Šulejić, P.: „Pravo osiguranja“, str.13, Pravni fakultet Beograd, 1997. godine.

Prvi znaci prihvatanja ideje socijalizacije rizika u jugoslovenskom pravu su se pojavili u radovima naših pravnih teoretičara dr Mihajla Konstantinovića⁵, dr Marije Toroman⁶, dr Nikole Nikolića⁷, dr Predraga Šulejića⁸ i drugih, kao i normiranjem obaveznog osiguranja od odgovornosti za štete koje imaooci motornih vozila pričinje trećim licima, prvobitno kroz obavezujuće akte Generalne direkcije Državnog osiguravajućeg zavoda (DOZ)⁹, a kasnije u okviru posebnih zakonskih propisa kojima se uređuje osiguranje od odgovornosti, kako na saveznom, tako i na republičkom nivou.¹⁰

U pravu osiguranja se primjećuje praksa propisivanja sve većeg broja obaveznih osiguranja, tako da se pored već postojećeg osiguranja imalaca motornih vozila, plovila i vazduhoplova od odgovornosti za štete pričinjene trećim licima, te osiguranja putnika u javnom prevozu, uvode i novi oblici obaveznog osiguranja ka što su, na primjer, osiguranje od odgovornosti u vršenju profesinonalne djelatnosti, osiguranje od odgovornosti za štete od proizvoda, prevoza štetnih materija i drugi.

S druge strane, donošenjem Zakona o obligacionim odnosima proširuju se dotadašnja pravila o odgovornosti za štetu s jedne strane, te postojeća zakonodavna rješenja u oblasti osiguranja od odgovornosti, s druge strane.

Naime, u Glavi XXVII koja reguliše oblast osiguranja, u Odjeljku 2, u okviru osiguranja imovine, u Odsijeku 7 se posebno normira osiguranje od odgovornosti. Sa aspekta pravila odgovornosti za štetu od značaja je posebno regulisanje odgovornosti osiguravača¹¹ za štetu u slučaju postojanja osiguranja od odgovornosti, te

⁵ "Osnov odgovornosti za prouzrokovanu štetu", "Arhiv" 1952/3, str. 303.

„Osiguranje i odgovornost u jugoslovenskom pravu“, Referat izložen na III francusko-jugoslovenskim pravnicičkim danima u Parizu, 30. 05.1958. godine, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu br. 3/1958, str. 264-276;

⁶ „Odgovornost automobilista“, str. 100-114, DOZ Direkcija za FNRJ, Beograd, 1959. god.

⁷ „Odgovornost i osiguranje“, Referat izložen na Simpozijumu o građanskoj odgovornosti održanom 24. i 25. 12.1965. godine u Beogradu, izdanje Instituta društvenih nauka- Odjeljenja za političke i pravne nauke, Beograd, 1965. godine.

⁸ „Osiguranje od građanske odgovornosti“, Beograd, 1967, „Krivica vozača motornog vozila u sistemu građanske odgovornosti i osiguranja“, Pristupno predavanje održano na Pravnom fakultetu u Beogradu 11.04.1969. godine, Anali Pravnog Fakulteta Beograd, br. 5-6, str. 575-584, Beograd, 1969. godine; kao i udžbenici istog autora : „Pravo osiguranja“ u izdanju :BIGZ Beograd, 1973, NIO „Službeni list SFRJ, Beograd 1980. godine, „Misao“ N. Sad, 1992. godine, Pravni fakultet Beograd 1997. i 2005. godine.

⁹ „Pravila za osiguranje od šteta usljed zakonske odgovornosti“, Glavna direkcija DOZ, Beograd, 1951. god.

¹⁰ Zakon o obaveznom osiguranju imovine i lica (Sl. list SFRJ br. 15/65);
Zakon o obaveznom osiguranju u saobraćaju (Sl. list SFRJ br. 15/65);
Osnovni zakon o osiguranju i osiguravajućim organizacijama (Sl. list SFRJ br. 71/67),
Zakon o osnovama sistema osiguranja imovine i lica (Sl. list SFRJ br. 24/76), kao i Zakoni o osiguranju imovine i lica koje su donijele pojedine republike i pokrajine,
Zakon o osnovama sistema osiguranja imovine i lica (Sl. list SFRJ br. 17/90 i 82/90).

¹¹ Vidi čl. 940 Zakona o obligacionim odnosima (ZOO).

priznavanje oštećenom da se radi ostvarenja naknade štete, neposredno obrati osiguravaču (direktna tužba, *actio directa*).¹² Jednako važno, a u vezi sa prethodnim je istovremeno priznavanje oštećenom i samostalnog prava na naknadu iz osiguranja,¹³ na koje ne može imati uticaja bilo koja promjena u pravima osiguranika prema osiguravaču, nastala od dana kada se desio osigurani slučaj.

Iz izloženog se može zaključiti da donosilac Zakona o obligacionim odnosima, u slučaju osiguranja od odgovornosti, ustanovljava novi oblik građanske odgovornosti za štetu, a to je samostalna odgovornost društva za osiguranje za štetu koju pričini njen osiguranik ili drugo lice čija je građanska odgovornost, na osnovu posebnog zakonskog propisa, pokrivena ovom vrstom osiguranja.

Takođe se može zaključiti da Zakon o obligacionim odnosima proširuje domašaj direktne tužbe na sve vrste osiguranja od odgovornosti, bilo da je riječ o dobrovoljnom ili obaveznom osiguranju od odgovornosti.

II. Pravni odnosi u osiguranju od odgovornosti

Pravni odnosi osiguranja od odgovornosti imaju osnov u ugovoru i zakonu. Oni se iscrpljuju kroz pravne odnose osiguravača i osiguranika i pravne odnose osiguravača i oštećenog. Pravni odnosi između osiguravača i osiguranika zasnivaju se na ugovoru o osiguranju koji su oni zaključili čiji sastavni dio predstavljaju uslovi osiguranja koje donosi osiguravač ili pak na samom zakonu, kada ugovor o osiguranju od odgovornosti nije zaključen.

U daljim izlaganjima, pravne odnose osiguranja od odgovornosti ćemo prikazati kroz ugovor o obaveznom osiguranju od odgovornosti vlasnika ili korisnika motornog vozila za štete koje upotrebom istoga pričini trećim licima (ugovor o osiguranju od autoodgovornosti).

II-1 Lica koja podliježu obavezi zaključenja ugovora o osiguranju od autoodgovornosti

Prema odredbama Zakona o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostalim obaveznim osiguranjima od odgovornosti¹⁴ – u daljem tekstu Zakon, vlasnik ili korisnik vozila koje se u Republici Srpskoj kreće po putevima ili na području koje je dostupno javnosti dužan je da zaključi ugovor o osiguranju od odgovornosti za štete koje upotrebom motornog vozila pričini trećim licima, stim što obaveza korisnika postoji samo u slučaju kada vozilo koristi preduzeće za izdavanje vozila

¹² Vidi čl. 941 st. 1 ZOO.

¹³ Vidi čl. 941 st. 2 ZOO.

¹⁴ Vidi čl. 3 Zakona o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostalim obaveznim osiguranjima od odgovornosti-Prečišćeni tekst (Sl. glasnik Republike Srpske br.102/09).

u zakup. (tzv. "Rent a car" preduzeća). Obaveza važi i za vlasnike vozila koja se uobičajeno nalaze u inostranstvu, stim što se postojanje i važenje ugovora dokazuje zelenom kartom koja važi na teritoriji Bosne i Hercegovine.

S obzirom da se odredbe pomenutog Zakona ne odnose na vozila oružanih snaga Bosne i Hercegovine, može se zaključiti da povodom upotrebe navedenih vozila ne postoji obaveza vlasnika navedenih vozila da zaključi ugovor o osiguranju od autoodgovornosti.¹⁵

II-2 Vlasnik, korisnik i vozač motornog vozila kao lica čija je građanska odgovornost pokrivena osiguranjem od autoodgovornosti

Osiguranjem od autoodgovornosti pokrivena je građanska odgovornost **vlasnika, korisnika i bilo kojeg vozača motornog vozila** prema trećim stranama koje imaju zahtjev za odštetu od osiguranika.¹⁶

Vlasnikom vozila se smatra lice koje ima pravo da upotrebljava vozilo u svom interesu i da njime raspolaže, dok pojam korisnika nije dovoljno jasan. Naime, u pravnoj teoriji¹⁷ postoje mišljenja da se pod navedenim pojmom određuje titular prava na motornom vozilu i to tako što se pod vlasnikom podrazumijeva titular prava svojine, a pod korisnikom, titular prava korištenja, dakle u slučaju kada se radi o vozilu u tzv. društvenom vlasništvu. S obzirom da u pravu Republike Srpske više ne postoji društvena svojina, smatramo da navedena objašnjenja pojma korisnika nisu prihvatljiva.

Imajući u vidu odredbe čl. 303 Zakona o stvarnim pravima, kao i ostale odredbe pomenutog Zakona koje regulišu državne stvari, **korisnikom vozila** se u smislu čl. 3 st. 1 i čl. 7 st. 1 Zakona o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostalim obaveznim osiguranjima od odgovornosti, u stvari smatra zakonitit držalac stvari, odnosno u našem slučaju, lice na koga je vlasnik vozila, na temelju valjanog pravnog osnova, prenio upotrebnu državinu, tj. ovlaštenje da se služi vozilom ili obavezu da navedeno vozilo nadgleda.

To može biti lice koje je sa vlasnikom zaključilo ugovor o zakupu, ugovor o posluži ili pak ugovor o ostavi određenog vozila, dakle, zakupac, poslugoprimac, ostavoprimac i dr.

Posebno treba napomenuti da korisnik vozila nije lice koje je u službi vlasnika vozila i koje upotrebljava vozilo za račun i interes vlasnika, već da je on lice koje ima ovlaštenje da vozilo upotrebljava za sopstveni račun i u sopstvenom interesu.

¹⁵ Vidi čl. 4 Zakona o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostalim obaveznim osiguranjima od odgovornosti-Prečišćeni tekst (Sl. glasnik Republike Srpske br.102/09).

¹⁶ Vidi čl. 7 st. 1 Zakona o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostalim obaveznim osiguranjima od odgovornosti-Prečišćeni tekst (Sl. glasnik Republike Srpske br.102/09).

¹⁷ Šulejić, P., o. p. cit. str. 414 ; Bučić, V., "Neke napomene uz Zakon o obaveznom osiguranju imovine i osoba, Osiguranje i privreda, br. 7-8, Zagreb, 1965. godina.

Dakle, korisnik vozila, kao neposredni držalac stvari, ima faktičku vlast na stvari tako da prema stvari može da vrši određene faktičke radnje, kao na primjer da vozilo upotrebljava i od njegovog korištenja ostvaruje korist za sebe, a isto tako da vozilo nadgleda i da spriječi nastanak štete.

Zbog toga korisnik vozila kao “...lice kome je imalac poverio stvar da se njome služi ili lice koje je inače dužno da je nadgleda...”, odgovara za štetu od motornog vozila kao opasne stvari “...umjesto imaoca stvari i isto kao i on...”¹⁸

Inače, radi boljeg razumijevanja pojma korisnika vozila, valja napomenuti i to da zakonski termin “služiti se sa stvari” ne znači samo stvar iskorištavati u svom interesu, već i snositi sve troškove u vezi njene upotrebe, kao i troškove za njeno održavanje.

Kada govori o “bilo kojim vozačem motornog vozila” čija je građanska odgovornost pokrivena osiguranjem od autoodgovornosti zakonodavac misli na lice koje u trenutku osiguranog slučaja upravlja vozilom podrazumijevajući pod tim njegov uticaj na način i smjer kretanja vozila. Pod vozačem se mogu smatrati i vlasnik ili korisnik vozila, ako u trenutku osiguranog slučaja sami upravljaju vozilom. U pravnoj teoriji¹⁹ se izražava stav da je pojam vozača znatno širi od gore iznesenog, tako da se pod vozačem smatraju i lica koja nadziru i održavaju vozilo i dok nije u kretanju, ako im to spada u obavezu kao vozaču. Naime, nije rijedak slučaj da vozač, na temelju ugovora ili radnog odnosa, pored obaveze da upravlja vozilom ima i obavezu da obavlja i neke druge poslove koje su vezi sa upotrebom vozila, tako što, na primjer, ima obavezu da vozilo održava u tehnički ispravnom stanju, da održava vozilo čistim, da obavi radnje koje su potrebne radi produženja registracije vozila i sl.

Svojstvo vozača, vozač zadržava i kada u toku vožnje prepusti upravljanje vozilom nekom drugom licu, kada upravlja vozilom bez upaljenog motora.

Svojstvo vozača ima i tzv. pomoćnik u državini,²⁰ tj. lice u službi vlasnika koje vozilo upotrebljava u korist i za račun vlasnika kod koga je zaposlen, ali i lice koje nije u radnom odnosu sa vlasnikom vozila. Od korisnika vozila koji, kao što smo rekli, ima upotrebnu državinu vozila, ova lica se razlikuju po tome što nemaju ovlaštenje da vozilo upotrebljavaju u svoju korist, odnosno u svom interesu.

Vozačem čija je građanska odgovornost pokrivena osiguranjem od autoodgovornosti se smatra čak i neovlašteni vozač ili pak vozač koji je do faktičke vlasti nad vozilom došao protivpravnim putem, kao što je na primjer protivpravno oduzimanje vozila od vlasnika u namjeri da se na toj stvari stekne svojina ili privremena upotreba (krađa vozila).

Iz smisla odredbe čl. 7 st.1 u vezi sa čl. 15 Zakona o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostalim obaveznim osiguranjima od odgovornosti, proučiće

¹⁸ Vidi čl. 176 st. 1 ZOO.

¹⁹ Šulejić, P., op.cit. str. 420 t. 530.

²⁰ Vidi čl. 306 Zakona o stvarnim pravima (Službeni glasnik Republike Srpske br.124/08 i br.58/09).

da je osiguranjem od autoodgovornosti pokrivena građanska odgovornost vozača vozila koji je ostao nepoznat, a isto tako i odgovornost vlasnika, korisnika i vozača vozila čiji vlasnici, odnosno korisnici nisu zaključili ugovor o osiguranju od autoodgovornosti.

II-3 Osiguranici i osiguravači

Pod osiguranikom u smislu Zakona o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostalim obaveznim osiguranjima se smatra lice čija se odgovornost pokriva u skladu sa odredbama navedenog Zakona.

To lice može biti vlasnik, korisnik i bilo koji vozač motornog vozila povodom čije upotrebe je nastupio osigurani slučaj.

Pod osiguravačem u smislu Zakona o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostalim obaveznim osiguranjima se smatraju društvo za osiguranje koje osigurava od rizika građanske odgovornosti prouzrokovane upotrebom vozila na teritoriji BiH, Zaštitni fond Republike Srpske, Zaštitni fon Federacije BiH i Biro zelene karte BiH. Odgovornost prevoznika je isključena iz pokrića.

II-4 Kvalitativni obim pokrića²¹

Osnovna i primarna obaveza osiguravača je da isplaćuje naknadu za štetu na licima i na imovini, kao i naknadu za uništenje imovine prouzrokovano u saobraćajnim nezgodama trećim licima za koje je osiguranik po zakonu odgovoran, te naknadu opravdanih troškova koje je osiguranik ima u sudskom ili vansudskom postupku.

Šteta na imovini koju prevozi motorno vozilo nije pokrivena obaveznim osiguranjem od autoodgovornosti, osim u slučaju kada se prevoz te imovine vrši bez naknade.

Šteta na licima koja su dobrovoljno ušla u vozilo od kojega potiče šteta koju su ta lica pretrpjela nije pokrivena ugovorom o osiguranju u slučaju kada osiguravavč može dokazati da su ta lica znala da je odnosno vozilo bilo ukradeno.

II-5 Pravo regresa

Osiguravač koji je isplatio oštećenom naknadu štete, ima pravo da plaćeni iznos naknade zajedno sa kamatama i troškovima, pod određenim uslovima, potražuje od osiguranika.²²

²¹ idi čl.7 st. 3, 7 i 8 Zakona o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostalim obaveznim osiguranjima od odgovornosti.

²² Vidi čl.12 i čl.15 st. 4 Zakona o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostalim obaveznim

Pravo regresa osiguravača postoji samo u situacijama predviđenim u zakonu, kada se osiguraniku isključuje pravo na osiguravajuće pokriće.

Osiguranik (vlasnik, korisnik i bilo koji vozač) je isključen iz osiguravajućeg pokrića:

- ako je vozač upravljao vozilom bez vozačke dozvole,
- kada je lice koje je odgovorno za nezgodu upravljalo vozilom bez saglasnosti osiguranika,
- kada je vozač ukrao vozilo ili je njime upravljao znajući da je ukradeno,
- kada vozilo kojim je prouzrokovanja nezgoda nije korišteno u svrhu koja je navedena u ugovoru o osiguranju,
- kada je vozač bio pod uticajem alkohola ili droga koji su ga onemogućili da ima kontrolu nad vozilom.

II-6 Zaštitini fond²³

Zaštitini fond Republike Srpske ima obavezu da nadoknadi:

- štete na licima, za nezgode koje su se dogodile na teritoriji Republike Srpske kod kojih lice odgovorno za nezgodu ostane nepoznato,
- štete na licima i imovini koje su prouzrokovane vozilom čiji vlasnik ili korisnik nije zaključio ugovor o osiguranju od autoodgovornosti, ako posjed (državinu) nad vozilom ima lice sa prebivalištem u Republici Srpskoj,
- štete na licima i imovini kada je protiv društva za osiguranje koje je registrovano u Republici Srpskoj pokrenut postupak posebne likvidacije zbog stečaja ili zbog oduzimanja dozvole za rad zbog neispunjavanja obaveza po Zakonu o društvima za osiguranje ili po Zakonu o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostalim obaveznim osiguranjima od odgovornosti.

II-7 Kvantitativni obim pokrića ²⁴

Obaveza osiguravača je ograničena minimalnim iznosom na koji se može ugovoriti osigurana suma po osiguranom slučaju. U slučaju štete na licima, ona iznosi 1.000.000,00 konvertibilnih maraka (KM) bez obzira na broj žrtava uključenih u istu nezgodu, a u slučaju štete na imovini - 350.000,00 KM po jednom štetnom događaju bez obzira na broj odštetnih zahtjeva proizašlih iz iste nezgode.

osiguranjima od odgovornosti.

²³ Vidi čl. 14 st. 3 i čl. 15 Zakona o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostalim obaveznim osiguranjima od odgovornosti.

²⁴ Vidi čl. 8 Zakona o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostalim obaveznim osiguranjima od odgovornosti.

II-8 Biro zelene karte BiH

Lice kome je od strane nacionalnog biroa za osiguranje motornih vozila izdata valjana zelena karta koja važi za teritoriju Bosne i Hercegovine, koje je vozilom koje se uobičajeno nalazi u inostranstvu ušlo u Bosnu i Hercegovini, smatra se osiguranim u skladu sa Zakonom o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostalim obaveznim osiguranjima od odgovornosti. Uslov je da je zelenu kartu izdao nacionalni biro koji je potpisao bilateralnu konvenciju za izmirivanje potraživanja u Bosni i Hercegovini ili osiguravač koji je ovlašten da izdaje zelene karte.

Kada je saobraćajnu nezgodu prouzrokovao imalac vozila inostrane registracije sa valjanom zelenom kartom, oštećeni se sa odštetnim zahtjevom, obraća Birou zelene karte u Bosni i Hercegovini. koji će u skladu sa važećim pravilima, dodijeliti odštetni zahtjev na obradu i likvidaciju jednom od osiguravajućih društava koja se bave obaveznim osiguranjem od automobilske odgovornosti, i o istom obavijestiti podnosioca odštetnog zahtjeva.

II- 9 Treća lica u osiguranju od odgovornosti

II-9-1 Terminološka razmatranja

Pojam trećeg lica u osiguranju od odgovornosti²⁵ nije baš jednostavno odrediti, zbog toga što se riječi “treće lice” sa sličnim jezičkim značenjem upotrebljavaju i u drugim vrstama osiguranja kao što je na primjer, osiguranje života u korist trećeg lica ili pak osiguranje za slučaj smrti trećeg lica²⁶, te drugim institutima obligacionog prava i to naročito u okviru instituta građanske odgovornosti za štetu, kao na primjer slučaj kod odgovornosti preduzeća i drugih pravnih lica prema trećem²⁷, odgovornosti za štetu od opasne stvari ili opasne djelatnosti²⁸, odgovornosti u slučaju udesa izazvanom motornim vozilima u pokretu²⁹. Termin “treće lice” se koristi i u odredbama Zakona o obligacionim odnosima o opštem dejstvu ugovora³⁰, te posebno u okviru normiranja ugovora u korist trećeg lica.³¹

²⁵ Vidi čl. 940 st. 1 ZOO i čl. 7 st. 2 Zakona o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostalim obaveznim osiguranjima od odgovornosti

²⁶ Vidi čl. 946 i čl. 957 ZOO.

²⁷ Vidi čl. 170 st. 1 ZOO.

²⁸ Vidi čl. 176 st. 1 i čl. 177 st. 2, 4 i 5 ZOO.

²⁹ Vidi čl. 178 st. 4 ZOO.

³⁰ Vidi čl.148 st. 3 ZOO.

³¹ Vidi čl.149 ZOO.

Kada je u pitanju označavanje pojma trećeg lica, nedosljedna je i neujednačena sama zakonska terminologija u oblasti osiguranja od odgovornosti. To se najviše uočava iz odredaba Zakona o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostalim obaveznim osiguranjima od odgovornosti – Prečišćeni tekst, kada se u istom značenju upotrebljavaju termini “treća strana”³² i “treće lice”³³, “oštećena treća strana”³⁴, “oštećena strana”³⁵. Ovoliko termina za isto značenje ne samo da stvara teškoće u svakodnevnoj primjeni navedenog Zakona, već ugrožava i pravnu sigurnost u najširem smislu te riječi.

Ukazuje se i na različitost termina upotrebljenih u odredbama Zakona o obligacionim odnosima u kojima se uređuje osiguranje od odgovornosti³⁶, jer se umjesto termina “treće lice” u istom značenju koristi termin “treće oštećeno lice”.

II-9-2 Pojam trećeg lica

Sa aspekta ugovornog obligacionog prava treće lice predstavlja lice koje nije ugovorna strana u ugovornom odnosu. S obzirom da se i osiguranje od odgovornosti, po pravilu, zasniva na ugovoru o osiguranju, treće lice bi i u tom slučaju bilo lice koje nije ugovorna strana u ugovoru o osiguranju. Međutim, ne treba izgubiti iz vida da se treće lice u osiguranju od odgovornosti pojavljuje i onda kada ugovor o osiguranju uopšte nije ni zaključen (tačnije, kada vlasnik odnosno korisnik motornog vozila nije zaključio ugovor o osiguranju od odgovornosti za štete pričinjene trećim licima, mada je to po zakonu bio dužan učiniti), što ukazuje da od pravila da je treće lice po pravilu lice koje nije ugovorna strana, ima izuzetaka koji se ne mogu zanemariti, pogotovo što se taj izuzetak pojavljuje baš u osiguranju od odgovornosti.

U zakonodavnoj i praksi osiguranja bilo je mnogo različitih pristupa određivanju pojma trećeg lica, nabrojanjem koja lica se ne smatraju trećim licima, kako je to učinjeno u pravu osiguranja Republike Srpske³⁷ ili pak nabrojanjem koja lica nemaju pravo na naknadu štete iz osnova osiguranja od odgovornosti, kako je to učinjeno u hrvatskom pravu osiguranja.³⁸

³² Vidi čl. 3 st. 3, čl. 6 st. 1, čl. 7 st. 1 i 2 i čl. 12 Zakona o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostalim obaveznim osiguranjima od odgovornosti.

³³ Vidi čl. 3 st. 1 i čl. 7 st. 3 Zakona o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostalim obaveznim osiguranjima od odgovornosti.

³⁴ Vidi čl. 11 st. 2, čl. 15 st. 1 Zakona o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostalim obaveznim osiguranjima od odgovornosti.

³⁵ Vidi čl. 11 st. 1 i čl. 15 st. 3 Zakona o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostalim obaveznim osiguranjima od odgovornosti.

³⁶ Vidi čl. 940 st. 1 ZOO.

³⁷ Vidi čl. 7 st. 2 Zakona o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostalim obaveznim osiguranjima od odgovornosti.

³⁸ Vidi čl. 23 Zakona o obaveznim osiguranjima u prometu (NN151/05, 36/09 i 75/09).

U širem smislu, treća lica su lica koja imaju pravo na naknadu štete iz osnova osiguranja od (auto)odgovornosti. To su, po pravilu, u slučaju autoodgovornosti, lica koja su u zbog saobraćajne nezgode pretrpjela štetu na imovinskim i neimovinskim dobrima. Dakle, u osiguranju od odgovornosti uopšte, to su oštećena lica čiju je imovinu, tjelesni ili duševni integritet pogodio događaj koji predstavlja osigurani slučaj.

U smislu odredaba Zakona o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostalim obaveznim osiguranjima od odgovornosti trećim licem³⁹ se ne smatraju “lica čija je odgovornost pokrivena ugovorom o osiguranju”, a to su: vlasnik, korisnik i bilo koji vozač motornog vozila, “kao i lica koja nisu osiguranci, a zaključila su polisu osiguranja sa osiguravačem kao ugovorna strana.”⁴⁰

Po našem mišljenju, pravilnije i jednostavnije bi bilo da je zakonodavac ovako formulisao navedenu zakonsku odredbu: “Lica čija je odgovornost pokrivena **osiguranjem od autoodgovornosti i ugovarač osiguranja**, ne smatraju se **trećim licima** u smislu st.1 ovog člana.”

Naime, pojam osiguranje od autoodgovornosti je širi od pojma ugovora o osiguranju, jer je poznato da osiguranje od autoodgovornosti postoji i u slučaju kada ugovor o osiguranju uopšte nije bio ni zaključen.

Osim toga, pojam **ugovarač osiguranja**, znači isto što “lica (lice) koja nisu osiguranci, a zaključila su polisu osiguranja sa osiguravačem kao ugovorna strana”, pa je jezički i nomotehnički pravilnije i jednostavnije koristiti termin “ugovarač osiguranja” nego komplikovanu opisnu sintagmu za isti pojam koji je zakonodavac upotrebio u konkretnom slučaju u odredbi čl.7 st. 2 Zakona o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostalim obaveznim osiguranjima od odgovornosti.

Inače, iz smisla odredbe čl.7 st.1 Zakona o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostalim obaveznim osiguranjima od odgovornosti proističe da se trećim licem (trećom stranom) smatra svako lice koje je pretrpjelo štetu od vozila povodom čije upotrebe je osigurana autoodgovornost, odnosno lica “koja imaju zahtjev za odštetu od osiguranika u skladu sa odredbama važećeg Zakona o obligacionim odnosima.”

Iz odredbe čl. 940 st.1 ZOO proističe da se “trećim licem” u smislu odredaba Zakona o obligacionim odnosima kojima se uređuje osiguranje od odgovornosti smatra se upravo oštećeno lice, s obzirom da zakonodavac koristeći termin “treće oštećeno lice”⁴¹ u smislu lica koje zahtijeva naknadu štete nastale osiguranim slučajem, u stvari, ima u vidu upravo oštećeno lice.

To su, dakle, lica koja imaju pravo da traže naknadu štete od lica čija je odgovornost pokrivena osiguranjem od autoodgovornosti (dakle od vlasnika, korisnika

³⁹ Zakonodavac koristi termin „treća strana“.

⁴⁰ Vidi čl.7 st. 2 Zakona o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostalim obaveznim osiguranjima od odgovornosti.

⁴¹ Vidi čl. 940 st.1 ZOO.

i bilo kojeg vozača – čl. 2 t. 8 u vezi sa čl.7 st.6 Zakona o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostalim obaveznim osiguranjima od odgovornosti), kao i neposredno od osiguravača, saglasno odredbama čl. 941 ZOO kojima se uređuje direktna tužba oštećenog prema osiguravaču i njegovo sopstveno pravo na naknadu iz osiguranja.⁴²

Problem u određivanju pojma trećeg lica nastaje zbog nedostatka propisa kojim bi se odredilo koja lica se smatraju oštećenim licem u smislu propisa o osiguranju od odgovornosti sadržanih u opštim i specijalnim zakonskim i podzakonskim aktima iz oblasti osiguranja od odgovornosti.

Osnovno pitanje na koje treba odgovoriti, da li pojam oštećenog (oštećenika) ima isto značenje u propisima o osiguranju od odgovornosti kao što je značenje toga pojma u opštim propisima o naknadi štete?

Ukoliko se odgovornost osiguravača u slučaju osiguranja od odgovornosti zasniva na postojanju građanske odgovornosti lica čija je odgovornost pokrivena osiguranjem od odgovornosti, onda bi se pojam oštećenog lica u osiguranju od odgovornosti morao izjednačiti sa pojmom oštećenog u odštetnom pravu, a to znači da bi se trećim licem smatralo svako oštećeno lice koje je usljed ostvarenja osiguranog slučaja (nastupanja odgovornosti štetnika) pretrpjelo štetu, uključujući tu i samog štetnika – osiguranika, što bi bilo apsurdno, jer bi se u tom slučaju lice koje je odgovorno za štetu i čija je odgovornost pokrivena osiguranjem, vršeći direktnu tužbu, s jedne strane, pojavilo sa zahtjevom za naknadu štete prema svom osiguravaču od odgovornosti, a s druge strane samom sebi tražeći naknadu štete po opštim pravilima o odgovornosti za štetu.

Dakle, dolazi se do situacije kada se štetnik i oštećeni stiču u istoj osobi, u kom slučaju nema odgovornosti za štetu, pa time ni obaveze plaćanja naknade štete.

Kako se odgovornost osiguravača upravo zasniva na postojanju građanske odgovornosti štetnika, koje u ovom slučaju nema (jer on ne može sam sebi odgovarati za štetu), onda nema ni odgovornosti osiguravača za štetu iz osnova osiguranja od odgovornosti prema svom osiguraniku koji je ujedno i štetnik i oštećeni.

Zbog toga, po našem mišljenju, samo osiguranik koji je odgovoran za štetu ne može imati svojstvo oštećenog, a time ni svojstvo trećeg lica, pa je samo u tom slučaju opravdano istome ne priznati svojstvo trećeg lica.⁴³

U svim ostalim slučajevima, uključujući tu i slučaj kada je štetu pretrpio sam osiguranik koji nije odgovoran za štetu, svojstva trećeg lica treba priznati.⁴⁴

⁴² Vidi čl. 7 st. 6 Zakona o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostalim obaveznim osiguranjima od odgovornosti u vezi sa čl. 941 st. 1 i 2 ZOO.

⁴³ Vidi o tome detaljnije B. Z. Niqui: „Kategorija trećih lica o ubaveznom osiguranju autoodgovornosti“, str. 521-523, Pravni život, br.11/1995, Beograd, 1995.

⁴⁴ Vidi III smjernicu EU 90/232/EEZ.

III. Pretpostavke odgovornosti osiguravača u osiguranju od odgovornosti

Da bi nastupila građanska odgovornost osiguravača za štetu moraju se kumulativno ispuniti sljedeći uslovi:

- da je nastupio događaj koji predstavlja osigurani slučaj u osiguranju od odgovornosti,
- da postoji građanska odgovornost osiguranika (štetnika) za nastupanje osiguranog slučaja,
- da visina nastale štete ne prelazi ugovoreni ili zakonom propisani iznos osigurane sume,
- da je oštećeni podnio zahtjev za naknadu štete.

III-1 Osigurani slučaj u osiguranju od odgovornosti

Osigurani slučaj u osiguranju od odgovornosti je u stvari štetni događaj na osnovu koga bi treće oštećeno lice moglo da podnese zahtjev za naknadu štete prema osiguraniku.⁴⁵

Prema ovom shvatanju pojma osiguranog slučaja koje je prihvaćeno u našem pravu, osigurani slučaj je događaj u vezi kojega može nastupiti građanska odgovornost osiguranog lica.

Od časa nastupanja toga događaja oštećeno lice stiče sopstveno pravo na naknadu iz osiguranja i direktnu tužbu prema osiguravaču.

To njegovo pravo je samostalno i nezavisno od prava koje ono ima prema štetniku po opštim pravilima o građanskoj odgovornosti za štetu.

Oštećeni ima pravo na neposredan zahtjev prema osiguravaču (*actio directa*) koje nije uslovljeno prethodnim obraćanjem štetniku.⁴⁶

III-2 Građanska odgovornost osiguranika

Pored osiguranog slučaja, uslov posebne građanske odgovornosti osiguravača je postojanje odgovornosti osiguranika (štetnika), što znači da u pogledu građanske odgovornosti osiguranika za štetu moraju biti ispunjeni svi oni uslovi koji se traže za postojanje navedene odgovornosti. To znači da je nužno postojanje subjekata od-

⁴⁵ Šulejić, P., op.cit. str. 387.

⁴⁶ Vidi čl.7 st. 6 i čl.10 Zakona o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostalim obaveznim osiguranjima od odgovornosti u vezi sa čl. 941 st.1 i 2 ZOO.

govornosti, odnosno štetnika i oštećenog; postojanje štetne činjenice u obliku štetne radnje ili pak štetnog događaja; postojanje štete i uzročne veze između štetne činjenice i nastale posljedice; protivpravnost štetne radnje, krivica štetnika, odnosno postojanje opasne stvari odnosno djelatnosti od koje potiče šteta, a čiji je imalac osigurano lice.

III-3 Visina štete ne prelazi osiguranu sumu koja je određena ugovorom ili zakonom

Ovo je poseban uslov odgovornosti osiguravača, koji razdvaja ovu vrstu građanske odgovornosti za štetu od drugih vrsta građanske odgovornosti. Osiguravač od odgovornosti odgovara samo da iznosa koji je ugovoren. Dakle, ugovorena ili propisana minimalna osigurana suma u osiguranju od odgovornosti je gornja granica odgovornosti osiguravača i njegove obaveze u pogledu naknade štete oštećenom licu. Ipak, visina štete koja je nastupila usljed događaja koji predstavlja osigurani slučaj u osiguranju od odgovornosti, može biti i veća od ugovorene ili propisane osigurane sume. Međutim, za razliku do potpune naknade štete, osiguravač neće odgovarati, već štetnik. On dakle odgovara za štetnika samo do ugovorene ili propisane sume, što znači da je njegova odgovornost za štetu ograničena-limitirana. Naplatom od osiguravača ugovorene ili propisane osigurane sume iz osnova osiguranja od odgovornosti, oštećeni ne gubi pravo da po opštim pravilima o odgovornosti za štetu, od samog štetnika, zahtijeva razliku do potpune naknade.

III-4 Postojanje zahtjeva za naknadu štete

Uslov za nastupanje odgovornosti osiguravača za štetu u slučaju osiguranja od odgovornosti je postojanje zahtjeva oštećenog lica za naknadu štete.

Dakle osiguravač će odgovarati za štetu samo ako je treće oštećeno lice zahtijevalo naknadu štete od njega, pri čemu je za postojanje ovoga uslova bez značaja da li je zahtjev za naknadu štete podnesen putem suda ili neposredno osiguravaču.

Takođe nije od značaja što u nekim pravnim sistemima⁴⁷ postoji obaveza oštećenog da se prije podnošenja zahtjeva (tužbe) sudu, prethodno obrati osiguravaču.

Inače, smisao zakonske odredbe iz čl. 940 st.1 ZOO je u tome da se osiguranik (štetnik) ne može obratiti osiguravaču po osnovu ugovora o osiguranju prije nego što je oštećeni podnio zahtjev za naknadu štete.⁴⁸

⁴⁷ Vidi čl. 9 st. 9 Zakona o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostalim obaveznim osiguranjima od odgovornosti.

⁴⁸ Vidi Komentar ZOO- knjiga II, gl. redaktor Perović, S., Grupa autora, str. 1536-1537, Savremena Administracija, Beograd, 1995.

IV. Правна природа одговорности осигураваћа

Nema sumnje da je zakonodavac u naše odštetno pravo uveo poseban oblik građanske odgovornosti za štetu, kada je izričito predvidio da, u slučaju osiguranja od odgovornosti, bilo da je isto nastalo na osnovu ugovora ili samog zakona, „osiguravač odgovara za štetu nastalu osiguranim slučajem”⁴⁹.

Imajući u vidu pomenutu zakonsku odredbu i gore izložene pretpostavke za nastupanje odgovornosti osiguravača, s razlogom se postavlja pitanje osnova i pravne prirode ove vrste građanske odgovornosti za štetu.

Правна теорија и судска пракса се о овим питањима врло оскудно изјашњава.

У теорији је највише присутно гледиште да уопште није ријеч о одговорности осигураваћа за штету, већ о „преузимању послједика грађанске одговорности осигурника”⁵⁰.

Овакво гледиште није прихватљиво из више разлога.

Прије свега, да је баš ријеч о одговорности осигураваћа, а не одговорности осигураника, проистиће из самог законског текста чл. 940 ст.1 ZOO у којем се изричито propisuje да „осигуравач одговара за штету...“, а на то указује и сам наслов изнад чл. 940 ZOO који glasi „одговорност осигураваћа“. Истом одредбом се propisuju и посебни услови за заснивање наведене одговорности и то: постојање захтјева за накнаду штете према осигуравачу, наступање догађаја који представља осигурани случај.

Дакле, одговорност осигураваћа за штету коју причини осигураник (штетник) извире непосредно из закона..

Осим тога, преузимање послједика грађанске одговорности у виду плаћања накнаде штете оштећеном лицу умјесто штетника осигураника, представља у ствари снишење санкције грађанске одговорности. Међутим, осигураваћа не погађа ова санкција само у случајевима када је он то прихватио на основу закљученог уговора о осигурању, већ и онда када је то propisano законом, а то ће бити сви они случајеви када штета потиче од ствари (возила) у погледу чије употребе власник или корисник није закључио уговор о обавезном осигурању од одговорности за штете причинјене трећим лицима, или у случају када власник или корисник, односно ствар (возило) од које потиче штета остану непознати, односно у случају покретања поступка стећаја против осигураваћа.

Према томе, не може се тврдити да се у случају осигурања од одговорности само ради о преузимању послједика грађанске одговорности осигураника, јер је оваква тврдња демантована чињеницом, да обавеза осигураваћа наступа и у случаје-

⁴⁹ Члан 940 ZOO glasi : (1) „ У случају осигурања од одговорности, **осигуравач одговара за штету** насталу осигураним случајем само ако треће оштећено лице захтева њену накнаду.“ (2) „Осигуравач сноси, у границама своте осигурања, трошкове спора о осигураниковој одговорности.“

⁵⁰ Види о томе детаљније у djelu Komentar ZOO- knjiga II, gl.redaktor Perović, S, Grupa autora, str. 1539-1540 – komentarisao prof. dr Predrag Šulejić, Savremena Administracija, Beograd, 1995.

vima kada ugovor o osiguranju nije ni bio zaključen, kao i u slučajevima, kada su vlasnik ili vozilo kojim je pričinjena šteta ostali nepoznati, a isto tako i slučaju pokretanja postupka stečaja protiv osiguravača, kada njegova obaveza, po samom zakonu prelazi na Zaštitini fond koji se takođe u smislu zakona smatra osiguravačem.

Isto tako neprihvatljivi su stavovi o pravnoj prirodi obaveze osiguravača izraženi u sudskoj praksi prije donošenja ZOO, prema kojima se smatra da je odgovornost osiguravača u slučaju osiguranja od odgovornosti izvedena i odgovornosti osiguranika.⁵¹

Naime, tačno je da je jedan od uslova odgovornosti osiguravača, postojanje odgovornosti osiguranika, ali za odgovornost osiguravača trebaju da se ispuni i drugi uslovi predviđeni u čl.940 st.1 ZOO kao što je podnošenje zahtjeva oštećenom prema osiguraniku, te nastupanje štetnog događaja koji predstavlja osigurani slučaj.

Zaključak

Odgovornost osiguravača u slučaju osiguranja od odgovornosti je po svojoj pravnoj prirodi posebna vrsta građanske odgovornosti za štetu, koja ima izvor u samom zakonu, tačnije u odredbi da osiguravač odgovora za štetu u slučaju osiguranja od odgovornosti, ako mu je oštećeni podnio zahtjev za naknadu štete, ali samo pod uslovom da je nastupio osigurani slučaj koji je pokriven osiguranjem do zakonom utvrđenog limita i da je osiguranik (štetnik) za štetu odgovoran po opštim pravilima o odgovornosti za štetu.

Sa mišljenjem pojedinih teoretičara⁵² da je odgovornost osiguravača po svojoj pravnoj prirodi poseban slučaj odgovornosti za drugog, s obzirom da osiguravač odgovora za radnje osiguranika (štetnika), a ne za radnje koje je on pričinio, možemo se složiti. Naime, u osnovi pravila o odgovornosti za drugog je priroda odnosa odgovornog lica i štetnika. Najčešće je po srijedi određeni, obligacioni odnos koji ima izvor u ugovoru ili pak zakonu.

U slučaju osiguranja od odgovornosti, pravni odnos osiguravača i štetnika (osiguranika u najširem smislu) je zasnovan na ugovoru o dobrovoljnom ili pak obaveznom osiguranju od odgovornosti, ali i na osnovu samog zakona u svim onim slučajevima, kada ugovor o osiguranju nije zaključen (propuštanje da se zaključi ugovor o osiguranju od odgovornosti) ili pak kada ovaj odnos nastaje neposredno na osnovu volje zakonodavca (vlasnik odnosno korisnik vozila, odnosno vozilo su ostali nepoznati, pokretanje postupka stečaja osiguravača).

U svim tim slučajevima, osiguravač, kao odgovorno lice, odgovara, samostalno za štetu i pored štetnika, što potpuno učvršćuje i opravdava naš stav da je u

⁵¹ Vidi odluku Vrhovnog suda BiH, br.Gž.1006/67 od 07.12.1967. godine, Zbirka sudskih odluka, br. XIII/1-42, Vrhovni sud Srbije br. Gž.705/69 od 21.10.1969. god.

⁵² Vidi, Salma, J., op.cit str. 486-495.

slučaju osiguranja od odgovornosti riječ o posebnoj odgovornosti za drugog, tj. o odgovornosti osiguravača kao odgovornog lica, za radnje osiguranika kao štetnika.

Odgovornost osiguravača koji odgovara za štetnika prosuđuje se prema odgovornosti štetnika., jer u parnici po direktnoj tužbi oštećenog, osiguravač može prema oštećenom isticati sve one prigovore⁵³ koje može isticati i štetnik prema oštećenom s ciljem isključenja ili umanjenja svoje građanske odgovornosti za štetu.

Conclusion

Liability of insurer in liability insurance is a type of civil liability for damage, which has its source in the law, specifically the provision that the insurer is liable for damages in case of liability insurance, if it is damaged applied for compensation but only if the insured event occurred, which is covered by insurance up to limits established by law and that the insured person (pest) liable for damages under the general rules on liability for damages.

With the opinion of some scholars that the liability of the insurer by its legal nature of a special case liability for each other; since the insurer is liable for the actions of the insured (abundance) and not for the actions that he seemed, we can agree. The underlying rules of responsibility for another is the relationship of the responsible person and pests. Usually there is obligations which has its source in the contract or law.

In the case of liability insurance, the legal relationship between the insurer and pests (in the broadest sense of the insured) is based on an agreement on the voluntary or compulsory insurance, but under the law in those cases where the insurance contract is concluded or relationship is created directly by the will of the legislator (the owner or user of the vehicle or vehicle remained unknown, insurer insolvency proceedings).

In all these cases, the insurer, as a responsible person, responsible and in addition to pests, what reinforces our opinion that in case of liability insurance exists a special responsibility for another - the responsibility of the insurer as the person responsible for the actions of the insured as a pest.

Liability insurer who is responsible for pest judged according to the responsibilities of pests, because in a lawsuit by a direct claim, the insurer may note to the injured person all the objections which can note the pest to the injured person in purpose to disconnection or impairment of his civil liability for damages.

Summary: *The paper is based on the author's viewpoint and the legal nature of insurers liability in case of liability insurance, with special emphasis on certain legal relationships that are established in insurance.*

⁵³ Prigovori koji potpuno ili djelimično isključuju subjektivnu ili pak objektivnu odgovornost, prigovor doprinosi oštećenog da šteta bude veća nego što bi inače bila i dr.

Key words: *civil liability for damage, insurance, insurer, third party insurer, direct action, the legal nature of insurer,s civil liability*

КОНСЕНСУАЛНОСТ РИМСКОГ УГОВОРА О ПРОДАЈИ

Др Владимир Вулетих*

Анстракт: Предмет овога рада представља сложена анализа консенсуалности римског уговора о продаји. Имајући у виду да је овај уговор најважнији из групе консенсуалних контраката, аутор је настојао да укаже на генезу и развој овог темељног начела уговорног права у целини. У својим напорима да прикаже линију утицаја римског права на савремена решења, посебно у области облигационог права, аутор тежи да истакне суштинска обележја продаје као уговора који и данас заузима централно место у трговинским трансакцијама. Посебна пажња усмерена је на преплитање реалне и консенсуалне продаје од преткласичног до посткласичног права и улогу капаре у оквиру овог института. У том контексту, анализирани су бројни извори и текстови римских правника који својом сложености и изнијансираним стилом репрезентују римски правнички геније. Консенсуалност, као битан елемент уговора о продаји, овом анализом је истакнута у први ред и назначена као драгоцен допринос римског класичног права, упркос преовлађујућим ставовима у науци да је строги формализам обележио овај период, које аутор настоји да критичким аргументима оповргне.

Кључне речи: Римско право, уговор о продаји, реална продаја, консенсус, капара.

Уговор о продаји, као један од основних уговора римског облигационог права, важност је прибавио својим местом у изградњи темељних начела уговорног права. У том погледу издваја се питање његове консенсуалности. Продаја класичног права је потпуно консенсуална и производи само облигационе ефекте. Самим уговором се на купца не преноси својина, па је тако сагласност о битним елементима овог уговора, само правни основ (*causa*) за пренос ствари односно новца, дакле правни основ за традицију.¹

* Др Владимир Вулетих, доцент Правног факултета Универзитета у Београду

¹ Погодба, дакле, нема стварноправног учинка, јер се купопродајном погодбом, дакле, споразумом о предмету и цијени, не преноси ни не заснива стварно право, него и за продавца и за купца настаје само обвезна дужност, да пренесе на другога обвезну ствар, односно куповну цијену, М. Horvat, *Rimsko pravo II*, Zagreb 1954, 87.

Ово је добро познат доктринарни став да се сам пренос ствари и цене врши посебним актом, односно традицијом, и не спада у настанак облигације (што је одлика реалних уговора) већ

Правни ефекти класичне продаје заснивају се у потпуности на неформалној сагласности воља, без икаквих додатних захтева за поштовањем форме:

*Sine pretio nulla venditio est: non autem pretii numeratio, sed conventio perficit (sine scriptis habitam) emptionem.*²

*In venditionibus et emptionibus consensum debere intercedere palam est: ceterum sive in ipsa emptione dissentient sive in pretio sive in aquo alio, emptio imperfecta est...*³

Правну природу класичне продаје неки романисти тумаче претежно као начин за стицање имовинске добити⁴, па је тако ово класичан теретан уговор, док други у први план истичу да је ово основни посао облигационог права.⁵

Опште усвојено мишљење је да порекло овог уговора треба тражити у трампи.⁶ У време када Римљани још нису познавали новац као средство плаћања, ту улогу играла је размена ствари за ствар, и то најчешће стока у улози новца. Касније се размена врши и за сирови метал и, коначно, за ковани новац.

Римски правници нам сведоче у прилог овој тези, што недвосмислено потврђује Павле, објашњавајући да у старом периоду није било новца, већ су странке мењале оно што им није потребно или оно чега имају више, за оно што им је у том моменту неопходно.⁷

представља испуњење облигације, и то без обзира на питање да ли је реч о инстантној или продаји на кредит. Супротно овој римској доктрини, неки модерни европски грађански законици, усвојили су супротно решење: француски и италијански грађански законик предвиђају да се самим склапањем уговора о продаји стиче својина на ствари од стране купца, чак и без њене предаје.

² *D. 18.1.2.1 (Ulpianus libro primo ad Sabinum).*

³ *D. 18.1.9 (Ulpianus libro 28 ad Sabinum).*

⁴ Такав став имају de Zulueta “размена ствари за новац да би се прибавила (имовинска) корист”, F. de Zulueta, *The Roman Law of Sale*, Oxford Clarendon Press 1945, 6, B. Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, Cambridge 1962, 18.

Српски грађански законик, тако, на овој линији, уговор о продаји дефинише као уговор “којим се ствар каква за неку одређену плату у новцу другоме уступа” – СГЗ, § 641, док наш Закон о облигационим односима продају дефинише као уговор којим се продавац обавезује да на купца пренесе право својине на продату ствар и да му је у ту сврху преда, а купец се обавезује да му плати цену у новцу и преузме ствар – ЗОО, чл. 454, ст. 1.

⁵ “Најглавнија је ствар да купац стиче потпуно власништво над ствари а продавац имовинску корист од продаје, што је и предмет овог уговора”, Ж. Перић, *О уговору о продаји и куповини*, Београд 1920, 23. Тако и M. Kaser, 126, F. Schultz, *Principles of Roman Law*, Oxford 1936, 75, W. Buckland, *Roman Law from Augustus to Justinian*, Cambridge 1921, 143.

⁶ Све до појаве новца реч је само о трампи, F. de Zulueta, 9. Исто и K. Zweigert, H. Kötz, *Introduction to comparative law*, Oxford Clarendon Press 1984, 221, F. Pringsheim, 48, A. Watson, *The Law of Obligations In The Later Roman Republic*, Oxford Clarendon Press 1965, 40.

⁷ *Origo emendi vendendique a permutationibus coepit. olim enim non ita erat nummus neque aliud*

Међутим, класично право не посматра однос продаје и трампе на овај начин. Прави се велика разлика између ова два института, а поготову је учестала жива расправа међу припадницима две највеће правне школе, сабинијанцима и прокулеанцима, по питању да ли се трампа може сматрати врстом продаје или је реч о потпуно одвојеним институтима.

Тако Гај, и сам припадник сабинијанске школе, наводи да су се сабинијанци Сабин и Касије ослањали на идеју да је продаја проистекла из трампе. Они, вели Гај, чак наводе, поткрепљујући то и Хомеровим стиховима из Илијаде:

*“Из тих лађа Ахајци дугокоси стану куповат вино, једни за мед, а други за блиставо гвожђе, једни за говеђе коже, а други за говеда жива, једни за робље.”*⁸

Чини се да су сабинијанци изгледа чак предложили идентичну природу продаје и трампе и разликовали их само у степену – продаја је савршенији облик од трампе.⁹

Има, наравно и супротних ставова. Ривалска прокуленаска школа одбија ово изједначавање и тврди да је једно трампа а друго продаја, јер се, у супротном, не могу разлучивати ствари тако да се види која од њих је предата као ствар а која на име цене, а бесмислено је обе сматрати и за ствар и за цену.¹⁰

Правник Павле иде и корак даље и полемише са сабинијанским аргументом из Илијаде и наводи: “Стихови које ми супротстављају чини ми се да означавају размену а не продају, као и следећи стихови истог песника:

*Јупитер, Сатурнов син, одузе разум Глауку, који размени своје оружје
Са Диомедом, сином Тадеја.”*¹¹

Уочљиво је, имајући све ово у виду, да се уговор о продаји јасно разликује од размене, код које се својина уступа не за новац, него за неку другу ствар или право, иако се може прихватити већински став да је размена непосредно претходила продаји све до појаве кованог новца.¹²

Међутим, правна природа уговора о продаји у класичном праву, видно се разликује од преткласичног и посткласичног периода његовог развоја.

merx, aliudpretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut quod alteri superses alteri desit, D. 18.1.1. (Paulus libro 33 ad edictum).

⁸ *Gai Inst. 3. 141* (прев. О. Станојевића).

⁹ É. Chénon, *Étude sur les controverses entre les Proculéiens et les Sabiniens sous les premiers empereurs de Rome*, Paris 1881, 76.

¹⁰ *D. 19.4.1. (Paulus libro quinto ad Sabinum).*

¹¹ *Iust. Inst. 3.23.2.*

¹² Перић анализира један параграф Српског грађанског законика, кроз став да се власништво уступа и за неку другу ствар или право, или за новац, па је тако ако је већа вредност ствари него новца, онда је то размена, ако ли је већа или једнака вредност новца, онда је продаја, Ж. Перић, 24.

Продаја какву данас посматрамо, еволуирала је од Закона 12 таблица до Јустинијанове кодификације са свим својим специфичностима и модалитетима. На почетку у старом праву, и ако се прихвати став да потиче од трампе, она још нема правно уређење, јер ће га и трампа добити тек у посткласичном праву.

Разликује се правни режим продаје ствари *res mancipi* и *res nec mancipi*¹³, док у сложенијим ситуацијама, какве су кредитна продаја, као и одговорност продавца за правне и физичке недостатке ствари, Римљани користе стипулацију, чак и више њих за вредније ствари. Па ипак, како наводи Диожди (*Diosdi*), уједначавање и стварање компактног система није окончано, бар у формалном смислу, ни у Јустинијановом *Corpus Iuris Civilis-u*.¹⁴

Манципација којом се обавља продаја у најранијој форми, трансакција *donnant donnant*¹⁵, чак и двоструко име контракта *emptio venditio*, схваћеног у основном смислу као комбинација речи *emere*¹⁶, и речи *venum dare*, донекле подржавају овај став.

Развој уговора у великој мери је последица интервенције државе и њених органа у случајевима очигледне злоупотребе или неправде, која интервенише у односе између продавца и купца. С обзиром на особине битних елемената уговора о продаји (поготову цене) и врло честих ситуација у којима су продавци, у већој или мањој мери, покушавали преварним радњама да присвоје већу корист, као и чињенице да су се у овој улози најчешће јављали перрегрини а са друге стране римски грађани, условило је реакцију државе. Магистрати су имали један нови изазов: у оквиру постојећег правног поретка изнаћи нова решења која га формално неће мењати али која ће га, суштински, имајући у виду обим и радикалност нових решења, прилагодити новим потребама друштва.

Мешовити карактер *actio auctoritatis*, као и чињеница да својина на купца неће прећи простом традицијом, ако он или не плати цену или не остави реално или персонално обезбеђење да ће то учинити¹⁷ само су неки од показатеља живе интервенције магистрата у остваривању и заштити права и обавеза обеју уговорних страна.¹⁸

До времена када су манципација и *in jure cesija* и формално дефинитивно престали да постоје (манципација се помиње у Константиновим

¹³ У случају *res nec mancipi* купац је на основу продаје могао да каже “ствар је моја”. Таква неформална продаја није била без правног значаја али није била још ни облигациони уговор, већ само правни основ за стицање својине, М. Милошевић, *Римско право*, Београд 2011, 336.

¹⁴ G. Diosdi, *Contract in Roman Law – From the Twelve Tables to the Glossators*, Milano 1981, 66.

¹⁵ F. de Zulueta, 19

¹⁶ *D.40.7.29 (Pomponius libro 18 ad Quintum Mucium)*.

¹⁷ *Iust. Inst. 2. 1. 41*.

¹⁸ Децемвири већ кроз Закон 12 таблица осећају потребу да уведу *actio de modo agri in duplum* због недостатака манципације, док Гај сведочи и о посебном случају *legis actio per pignoris capionem* са истим циљем – *Gai Inst. 4. 28*.

конституцијама)¹⁹ ова два начина стицања су се врло често примењивала. Њихови ритуалност и формализам били су потврда каузе предаје (*iusta causa traditionis*).

Имајући у виду и каузалност продаје, ваљало би истаћи да класично схватање полази од чињенице да је кауза циљ коме странке теже при сачињавању уговора и преузимању уговорних обавеза, тако што се једна страна обавезује јер се обавезује и друга – обавеза једне, основ је обавезе друге стране.²⁰ Управо ова чињеница у одлучујућој мери опредељује постојање двострано једнаких, синалагматичних уговора (*contractus bilateralis aequalis*) какав је и продаја.

Тако се, истовремено, уз правно признати консенсуални контракт *emptio venditio*, са свим особинама перфектуираниости споразума међу странкама и њихових међусобних обавезивања, још увек спорадично сусрећу и примењују предконсенсуални начини одвијања продаје.

Штавише, купац је врло често захтевао и присуство сведока, или чак обезбеђивање писане исправе, која би доказивала правни основ традиције.²¹

Може се, стога, закључити да је уговор о продаји у класичном праву потпуно синалагматични, каузални, теретни, комутативни, консенсуални уговор *bonae fidei*, који обема странама уговорницама, од момента када су се сагласиле о битним елементима уговора, пружа основ заштите путем *actio empti* за купца, односно *actio venditi* за продавца.

За закључење уговора о продаји у класичном римском праву, довољан је само постигнути споразум, проста сагласност воља (консенсус):

«...*emptio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit...*»²²

Consensu fiunt obligations in emptionibus et venditionibus, locationibus, conductionibus, societatibus, mandatis.»²³

¹⁹ Апстрактност манципације је у овом периоду била погодна и за продају непокретности, баш због прикривања каузе давања – *C. Th. 8, 12, 4; C. Th. 8, 12, 5; C. Th. 8, 12, 7*

²⁰ С. Перовић, *Облигационо право*, Београд 1973, 324–325. Тако и Антић: “Кауза у доба републике, заслугом претора, “силази” у област *humani iuris*. Кауза дужникове обавезе је противчинидба друге странке. То су били предуслови да који су омогућили да се синалагматичне облигације не схватају као две посебне, две једностране облигације, већ обрнуто, као једна једниствена облигација. То је имало као последицу да више нису биле неопходне две стипулације у једном уговору. Напротив, настаје правило: један уговор – једна стипулација. То су уједно услови да се кауза ослободи форме.” В. више у О. Антић, *Облигационо право*, Београд 2007, 225-228.

²¹ У време када манципација и *in jure cesija* нестају као начини стицања својине, па и тиме престаје потреба за формалностима које су их пратиле и које су се могле користити у сврху каснијег доказивања и заштите права купца у односу на траденса и треће лице, купац није одустајао од захтева за осигурањем доказа о извршеној неформалној предаји ствари, G. Diosdi, G, 78-79. Тако и А. Петрановић, *Položaj kupca u pravnom režimu rimske kupoprodaje (dok. disertacija)*, Zagreb 1996, 46.

²² *D. 19.2.2 (Gaius libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum)*.

²³ *Gai Inst. 3, 135*.

Продаја је, стога, типичан уговор који настаје простом сагласношћу воља, и то чак не захтевајући постојање било свечаних речи, било каквих писаних аката. Довољно је само да се странке уговорнице сагласе око битних елемената уговора, па се тако овакав уговор начелно може склопити и између одсутних лица, што није случај са вербалним контрактима:

*“Ideo autem istis modis consensu dicimus obligations contrahi, quia neque verborum neque scripturae ulla proprietates desideratur, sed sufficit eos qui negotium gerunt consensisse. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per internuntium; cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit.”*²⁴

“За ове уговоре стога кажемо да настају простом сагласношћу, зато што нису потребне ни свечане речи ни писани акти, већ је довољно да се странке, које закључују посао, сагласе. Отуда се такви уговори могу склопити и међу одсутним лицима, нпр. путем писма или гласника, док се иначе вербални контракт не може закључити између одсутних.”

Консенсуалност продаје огледа се и у врло важној околности да је једна страна другој дужна све оно што се међусобно дугује на основу правичности и једнакости, као што овај уговор настаје истог момента када се постигне сагласност у вези са ценом, упркос томе да ли је цена исплаћена или није, или је дата капара. Међутим, само давање капара довољан је знак да је продаја закључена:

*“Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet; cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur alius promittat et in nominibus alius expensum ferendo obliget alius obligetur.”*²⁵

“Такође, у овим уговорима један другом је обавезан на оно што међусобно дугују на основу принципа правичности и једнакости, док иначе код вербалних уговора један стипулише а други се обавезује, а код потина *arcaria* једна странка уписом исплаћеног другог обавезује, а друга странка се обавезује.”

*“Emptio et venditio contrahitur, cum de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit ac ne arra quidem data fuerit, nam quod arrae nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contracte.”*²⁶

“Куповина и продаја се склапају када се постигне сагласност о цени, иако цена није исплаћена нити је дата капара. Када се да капара, то је знак да су продаја и куповина закључене.”

Развој консенсуалних контраката, за чији је настанак довољна само проста сагласност воља обе уговорне стране, и правила која се на такве уговоре односе, једно је од најмаркантнијих и свакако најоригиналнијих достигнућа римске јуриспруденције.

²⁴ *Gai Inst. 3, 136.*

²⁵ *Gai Inst. 3, 137.*

²⁶ *Gai Inst. 3, 139.*

Уговорне обавезе које су “*consensu contrahitur*” су обавеза обезбеђивања мирне државине купцу од стране продавца, као и исплата цене ствари као основна обавеза купца.²⁷

Ако се прихвати становиште већине модерних цивилиста да је правни посао “средство самообликовања правних односа, које се састоји од изјава воље које су усмерене на изазивање неке правне последице”²⁸, тиме се подразумева да је за настанак уговора неопходна сагласност усмерених воља на заснивање таквог уговора (*animus contrahendi*).

Консенсус је несумњиво важан појам уколико се продаја посматра као правни посао обвезивања. Већ је раније констатовано да се продајним уговором не врши промена власништва, већ само обостране обавезе продавца и купца на предају ствари односно новца. Стога, “неопходна је сагласност воља обећања преноса права а не и самог преноса права.”²⁹

Народи у окружењу Рима, па и ранији правни системи наслућују консенсус као одлучујући моменат за настанак уговора.³⁰ Доктрина којој је склона већина старијих писаца полази од идеје да развој уговора почиње са консенсуалним и развија се у формалне.³¹

Прингсхајм на основу ове идеје покушава да докаже да грчко право познаје консенсуалне уговоре, и то чак и раније од Римљана, изводећи аргументе из Гортинског законика и дела грчког законодавца Залеукоса.³²

Премда вршњаци, Гортински и Закон 12 таблица се, према њему, не могу поредити по овом питању јер је римска стипулација, знана већ у Закону 12 таблица, формални контракт.³³

²⁷ *Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor...multumque different praestationes. Emptor enim, nisi numos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere et purgari dolo malo. itaque si evicta res non sit, nihil debet, D. 19. 4. 1 (Paulus libro 32 ad edictum).*

²⁸ Д. Стојановић, О. Антић, *Увод у грађанско право*, Београд 2004, 310.

²⁹ У немачком праву, због сигурности правног промета (побољшања правног положаја трећих лица), предаја ствари се схвата као самосталан и то апстрактан правни посао који преноси својину независно од основног посла (титулуса). Довољно је, дакле, да је сама предаја управљена на пренос својине и да су странке у томе сагласне, Д. Стојановић, О. Антић, 328.

³⁰ С. Аврамовић, В. Станимировић, *Упоредна правна традиција*, Београд 2006, 107.

³¹ Н. Р. Benöhr, *Das sogennante Synallagma in den Konsensualkontrakten des Klassischen Römischen Rechts*, Weimar 1965, 87, R. Knütel, *Contrarius consensus, Studien zur Vertragsaufhebung im Römischen Recht*, Weimar 1968, 44.

³² Тако овај писац наводи да Гортински законик већ познаје усмене уговоре међу странкама за које никаква форма није потребна, па ни било какав писани документ који их доказује. Такође, Залеукос предвиђа да је за уговор о зајму довољно само присуство сведока, и није потребна форма за његов настанак, F. Pringsheim, 15-17.

³³ *Ibid*, 16.

Вотсон, насупротив овоме, бавећи се питањем времена у ком се римско право определило за консенсуализам, истиче аргументе у прилог тези да је консенсуални контракт већ уобичајен у првој половини републике, и, као такав, потпуно иманентан изворним римским поимањем појма уговора.

Према њему, први аргумент је сама чиненица да од настанка институције перегринског претора 241. год. пре Христа, продаја као консенсуални контракт *bonae fidei* већ увелико постоји између Римљана и других народа. Тешко је замислити, одлучан је он, да бар век раније овакав систем није постојао и међу римским грађанима.³⁴

Овом аргументу, који ипак, чини се, недовољно развија, Вотсон додаје и други: у питању је текст из познатог Катоновог дела *De agri cultura* из 160. године пре Христа, који о консенсуалној продаји говори као о већ одавно утврђеном и добро познатом уговору.³⁵

Консенсуалност у први план истичу многи римски класични јуриспруденти.

Улпијан, одушевљено, упадајући у исту замку, цитира Педија³⁶, истичући да је нема контракта (што се може прихватити), али и да нема ни облигације (што није тачно) ако не садржи у себи сагласност воља.

И Гај се придружује ставу о неопходности постојања консенсуса за настанак уговора групишући контракте у три групе *re, verbis* и *consensu*,³⁷ док Улпијан иде и корак даље и одлучно саопштава “... *Contractus enim legem ex conventionione accipiunt*”.³⁸

Ово децидно Улпијаново мишљење да уговори добијају снагу закона из сагласности воља, послужило је Јелени Даниловић да закључи да је у класичном римском праву сагласност воља била, не само један од елемената контракта, већ и основ ваљаности уговора.³⁹

Романисти воде живу расправу око карактера и момента преовалађивања консенсуализма у римском праву.

Перниће тако прихвата да је сагласност воља битан елемент уговора, али не свака сагласност воља него само она којом се ствара уговор заштићен посебном, унапред предвиђеном и именованом тужбом.⁴⁰ Шулиц је мишљења да се

³⁴ A. Watson (1965), 40.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ ...*adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contactum, nullam obligationem, quae non habet in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulation quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.* – D. 2.14.1.3 (*Ulpianus libro quarto ad edictum*).

³⁷ D. 44. 7. 1. 1. (*Gaius libro secundo aureorum*); D. 44. 7. 2 (*Gaius libro tertio institutionum*).

³⁸ D. 16. 3. 1. 6 (*Ulpianus libro 30 ad edictum*).

³⁹ Ј. Даниловић, “Контракт у римском класичном праву”, *Анали Правног факултета у Београду*, 1-2, 1974, 38.

⁴⁰ A. Pernice, *Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, Weimar 1873, 55.

у класичном римском праву контракт употребљава као појам за који сагласност воља странака не представља битан елемент,⁴¹ док је Пироци још радикалнији: он тврди да је сагласност воља тек у Јустинијановом праву постала битан елемент контракта, док је он у класичном праву значио правни посао *negotium contractum*, заштићен цивилним или преторским правом.⁴²

Озбиљне замерке на Пироцијев став да су контракти и они уговори које штити претор, упутили су, полемишући са њим Аранђио – Руиц и Стеин. Они сматрају да су контракти само они извори облигација које је штитило цивилно право, чак без обзира на то да ли облигација настаје уз сагласност воља или не.⁴³

Шенон појачава ову контроверзу наводећи да и римски јуриспруденти немају идентичан став по овом питању: сабинијанска школа прихвата да је контракт свака облигација која не настаје деликтном радњом, док прокулеанска школа, полазећи од Лабеоновог билатералног поимања контракта, ограничава појам уговора на облигације настале искључиво сагласношћу воља.⁴⁴

Станојевић истиче да у старом праву формализам спречава да се види воља странака. Тек је Педије открио да суштину сваког уговора чини консенсус, али није он открио нешто што раније правници нису приметили, већ је раније схватање уговора одговарало реалности: уговор је испуњење форме коју захтева *ius civile* да би настала облигација.⁴⁵

Јелена Даниловић је, подржавајући Рикобона и Вочија, закључила да је контракт у класичном римском праву био уговор усмерен на стварање облигационог односа, чији је неизоставни елемент сагласност воља, било да је заштићен цивилним или преторским правом.⁴⁶

Ипак, изгледа, да је само то питање нешто сложеније.

Кад је о продаји реч, правници су, према Милошевићу, врло брзо схватили да је раздвајање економски повезаних елемената путем више стипулација, морало бити решено тако што ће створити формуле које ће их објединити.

⁴¹ Реч *contractus* не указује на сагласност воља него на правну везу, F. Shulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, 465. и даље.

⁴² S. Perozzi, *Le obbligazioni romane*, Bologna 1903, 31.

⁴³ V. Arangio – Ruiz, *Responsabilita contrattuale in diritto romano*, Napoli 1933, 64. Исто и P. Stein, *Fault in formation of Contract in Roman Law and Scots Law*, Cambridge 1958, 55.

⁴⁴ É. Chénon, 88.

⁴⁵ Зато Гај у институцијама дели облигације на две групе, активност у складу са правом (контракти) и супротно праву (деликти). Отуда његова формулација *re contrahitur obligatio*, отуда и исплата недугованог *qui non debitum accepit* по њему исто тако спада у контракте. Тек ће у *Res cottidianae* Гај потпуно уочити важност консенсуализма, О. Станојевић, “О Гајевом делу *Rerum cottidianarum sive aureorum libri VII*”, *Анали Правног факултета у Београду*, 1-4, 1983, 647-648.

⁴⁶ Професорка Даниловић томе додаје да је језгро четворне поделе облигација која постоји у Јустинијановим институцијама створена у класичној правној науци, која никад није сматрала квазиконтракте контрактима, Ј. Даниловић, 41 – 42.

Стипулације су, након тога, изгубиле првобитни значај, премда су још одређено време биле неопходне. Права и обавезе странака су тиме засноване на *bona fides*, чији садржај формуле не објашњавају.⁴⁷

То питање ће бити препуштено јуриспруденцији, а неки романисти сматрају да је тек у том процесу изграђено римско схватање да обавезе странака настају консензусом.⁴⁸

Ово подржавају и Кнител, који додаје да је продаја крајем републике већ чист консенсуални контракт и да сагласност странака лежи у самој његовој основи⁴⁹, као и Бенур, који ову тезу даље лепо развија – никаква форма није потребна, никакво присуство сведока, не захтева се никаква *rei interventio*⁵⁰, чијим се ставовима треба придружити.. Таквој идеји, делује, ни модерно право није имало шта суштински да дода.⁵¹

Види се, дакле, да римско право, за разлику од грчког консенсус сматра најзначајнијим елементом уговора о продаји. То се јасно види и у дефинисању улоге капаре. У Грчкој је капара битан елемент уговора па је продаја, у ствари, реална. С обзиром да продаја у Атини одмах преноси својину на купца и да је она могућа само за готово а не и на кредит, капара (*arrabon*) се, при оваквим трансакцијама, веома често користи. Обе стране су, стога, сматра Цимерман, веома заинтересоване за капару, јер она у атинском праву ствара посебну врсту уговорне одговорности.⁵²

Даље ово развија Прингсхајм тврдећи да не само што купац, губитком њеног износа бива кажњен за неиспуњење обавезе, већ и продавац бива обавезан да, у случају неверства уговору, купцу врати предмет или износ капаре, па чак му и исплати *alterum tantum* - додатак за претрпљену штету.

Ово је послужило и Аврамовићу да оцени да капара фактички омогућава купцу да накнадно прибави потребну суму новца за куповину⁵³, што је, чини се, приближава куповини на кредит. Изгледа да је, сматра Цуљуета, грчка ка-

⁴⁷ М. Милошевић, 335.

⁴⁸ F. Shultz, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, 143, М. Милошевић, 336.

⁴⁹ R. Knütel (1988), 53.

⁵⁰ Н. Р. Венöhr, 89.

⁵¹ Вреди напоменути да је начело консенсуализма, након настанка у римском класичном праву, примењивано и у средњем веку од стране канониста. Први правник који је формулисао овај принцип у 13. веку, 1212. године, био је *Johanes Teutonicus* речима “*ex nudo pacto oritur actio*”, а проста сагласност воља је санкционисана тужбом канонског права – *condictio ex canone*. Види више у Н. Сарићант, *De la cause des obligations*, Paris 1924, 137 и даље.

⁵² R. Zimmermann, *The Law of Obligations - Roman Foundations on Civilian Traditions*, Oxford University Press, 1995, 231.

⁵³ Томе, као куриозитет, додаје и да се данас термин *arravona* у новом грчком језику користи као термин за веридбу, што би се могло схватити као “капарисање брачног друга”, С. Аврамовић, В. Станимировић, *Упоредна правна традиција*, Београд 2010, 121.

пара по својој форми имала неке особине реалне санкције и то кроз читав хеленистички период.⁵⁴

У Риму је другачије. Капара је само факултативни, док је консензус битан елемент уговора. Приликом закључења уговора о продаји, странке су често прибегавале давању једне суме новца – капаре (*arrha, arra*), као доказ склопљеног уговора (*argumentum emptiois*).⁵⁵

Она је на почетку представљала неку врсту знака, признања да је уговор закључен.⁵⁶ Међутим, према широко прихваћеном становишту, уколико је сагласност већ обвезивала странке и осигурала испуњење обавеза, капара се чини необавезном.⁵⁷ Јасно је, следствено овоме, да је продаја у Риму консенсуална а не реална, као у Грчкој. Таква капара је називана, вероватно у средњем веку, *arrha confirmatoria*, и означавала је доказ о склопљеном уговору о продаји.⁵⁸

Могло би се, из горе анализираних, закључити да одвојеност закључења уговора (консенсус) и питања преноса својине потврђује облигационоправни карактер класичне продаје. Промена положаја купца у односу на предконсенсуалну продају, посебно је наглашена у уговорној обавези продавца, која, уосталом, и не чини пренос својине, него само обезбеђивање мирне државине, па се уговор о продаји може посматрати као кауза стицања својине путем просте традиције.

Основно питање у вези са продајом посткласичног права је дилема да ли је консенсуалност и даље суштинско обележје овог уговора. Епитоме Гаја сведоче да посткласично право није одустало од консенсуалне продаје, јасно наводећи да простом сагласношћу воља настају облигације из куповине и продаје, с обзиром да се више захтева сагласност од неког писмена или свечане радње, а оваква облигација може бити закључена чак и између одсутних, што није могуће у другим случајевима.⁵⁹

Међутим, Теодосијев Кодекс указује да је продаја захтевала писани поднесак, одговарајућу писану исправу да би продаја била ваљана:

⁵⁴ F. de Zulueta, 22.

⁵⁵ “*Quod saepe arrae nomine pro emptione datur, non eo pertinet, quasi sine arra conventio nihil proficiat, set ut evidentius probari possit convenisse de pretio*”, D. 18.1.35 (Gaius libro decimo ad edictum provinciale).

⁵⁶ *Emptio et venditio contrahitur, cum de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arra quidem fuerit* – Gai Inst. 3. 139.

⁵⁷ M. Talamanca, *L'arra della compravendita in diritto greco e in diritto romano*, Milano 1953, 73, M. Kaser, 179, E. Jakab, *Sale with the earnest money in the Papyri*, Munich 2001, 199.

⁵⁸ О. Станојевић, *Зажам и камата (историјска и упоредноправна студија)*, Београд 1966, 173.

⁵⁹ *Gai Ep. 2, 9, 13-14: Consensu fiunt obligations ex emptioibus et venditionibus...; quia in huiusmodi rebus consensus magis quam scriptura aliqua aut solemnitas quareitur. In quibus rebus etiam inter absentes obligatio contrahi potest, quod in aliis rebus fieri non potest. Emptio igitur et venditio contrahitur, cum de pretio inter emptorem et venditorem fuerit definitum, etiamsi pretium non fuisset numeratum, nec pars pretii aut arra data fuerit.*

*“Cum inter emptorem ac venditorem de menciipi pretio convenerit et fuerit conscripta venditio...”*⁶⁰

*“Res, quae proposita actione repetitur, transferi apossidente ad alterum nullis contractibus potest; neque inde aliqua fieri scriptur a permittitur.”*⁶¹

Ова одступања од консенсуалности продаје у посткласичном праву тумаче се у романистичким ставовима претежно као инсистирање на предаји ствари, једној врсти реалног облика, што продају посткласичног права приближава реалној а удаљава од консенсуалне.

Да уговор о продаји није сматран закљученим и да не ствара обавезе за странке пре него и друга страна не изврши своју обавезу, сматра Казер.⁶²

Диожди је супротног мишљења и наводи да је продаја суштински сачувала своју форму познату класичном праву, да су и други консенсуални контракти потпуно опстали у посткласичном праву, као што је и развој контраката у ствари линеаран, од класичног до Јустинијановог права.⁶³ Овакав закључак Диожди изводи из своје анализе развоја стипулације, мада се чини да је напред цитирани фрагмент Гајевих Епитома поуздан и недвосмислен доказ у прилог овој тврдњи, који овај романиста није анализирао приликом заузимања свог става.

Иако може деловати да, имајући у виду овај Гајев фрагмент из Епитома нема ни једне разлике између класичне и посткласичне продаје, пажљивија анализа не може пренебрегнути неке разлике у нијансама формулација. У делу посвећеном класичној консенсуалности, примећено је да Гај инсистира само на простој сагласности воља да би продаја настала, међутим, у Епитомама он наводи да “се сагласност више (подвукао В. Вулетић) захтева од неког писмена или свечане радње”. Делује да ово ипак указује да, консенсуалност, истина и даље најважнији елемент уговора о продаји, није увек и једини: користе се и писане форме и свечане радње.

Још један фрагмент из Гајевих Епитома указује на другачији положај капаре код посткласичне продаје. Док је капара у класичном периоду развијен и изнијансиран институт, делује да у посткласичном праву нема ни изблиза такав значај:

*“Emptio igitur et venditio contrahitur, quum de pretio emptorem et venditorem fuerit definitum: etiamsi pretium non fuerit numeratum, nec pars pretii aut arra data fuerit.”*⁶⁴

⁶⁰ C. Th, 3,4,1.

⁶¹ C. Th, 4,5,1.

⁶² Ово доводи продају на претходно стање јединственог акта исплате цене и предаје ствари, што је врло блиско реалној продаји, М. Kaser, 281.

⁶³ G. Diosdi, 311.

⁶⁴ Gai Ep, 9, 17, 14.

Јасно је, дакле, да продаја настаје у посткласичном праву чим продавац и купац одреде цену, упркос томе да ли је цена исплаћена, у целости или делу, или да ли је дата капара или не. Из ових одредби Гајевих Епитома, сматра Магдолна Сич, види се тежња да се истакне улога сагласности воља као битног елемента уговора, насупрот писаној или свечаној форми, као и исплати цене или давања капаре.⁶⁵

Међутим, с друге стране, Анамари Петрановић, инсистира на делу фрагмента Гајевих Епитома који дозвољава и писану форму уговора о продаји, па тако тежи закључку да посткласична продаја ипак није потпуно консенсуална и да има доста ситуација у пракси у којима се писана исправа, поготову када је реч о продаји непокретности, претежно користи.⁶⁶

Да је формализам изражен код продаје непокретности у посткласичном периоду, сведочи и одредба из Теодосијевог Кодекса⁶⁷ из које се може видети да је део продајног уговора и плаћање земљишног пореза, затим обавеза да се изради писана исправа и да се својина утврди пред суседима. Инсистира се на остваривању фискалних интереса државе, поготову када је реч о регистрацији новог власника непокретности, као новог пореског обвезника. Зато се и прописује и посебан услов правне ваљаности продаје непокретности: обавеза суседа да потврди продавчеву својину на продаваној непокретности. Та обавеза суседа мора бити извршена у време закључења уговора и они потврду о продавчевој својини морају манифестовати на одговарајући јасан и недвосмислен начин.

Чини се да је, следствено овоме, формални акт потврђивања својине, битан елемент форме овог уговора о продаји, јер, без испуњења овог услова, купац не може стећи својину над непокретности, па се ни уговор не може сматрати закљученим.

Израз овог фрагмента “*solemniter explicatur*”, односно свечано закључење уговора, Казер тумачи као обавезу састављања писане исправе.⁶⁸ Премда се из овог фрагмента не види да се захтева *traditio corporalis*, јасно је да одговарајуће

⁶⁵ Делује да се помоћу ових одредби води нека врста борбе против праксе у којој су све ове форме веома често коришћене. Ову борбу је, несумњиво, започео још сам Гај и само настављају састављачи Алариковог Зборника уношењем нових одредаба, М. Feješ – Sič, *Ugovor o kupovini i prodaji prema odredbama zbornika Lex Romana Visigothorum*, (mag. teza), Novi Sad 1985, 139.

⁶⁶ Она ипак признаје да се из Гајевог фрагмента не може закључити прецизна правна дефиниција ствари као објекта продаје у писаној форми и наводи да ову непознаницу није решио ни Јустинијан, А. Петрановић, А, 52.

⁶⁷ *C. Th.*, 3, 1, 2.

⁶⁸ Уговор о продаји непокретности се закључивао у присуству суседа који су били позвани да потврде продавчеву својину, а затим је купац плаћао цену, без обзира на то што експлицитно обавеза исплате цене није истакнута у фрагменту – та се обавеза подразумева. На послетку су сви ови неопходни елементи констатовани у писаној исправу, који потписују како стране уговорнице, тако и суседи у својству сведока. Овако закључени уговор једино је третиран као правно ваљаним. Види више у М. Kaser, 199. и даље.

присуство јавности мора бити постигнуто, управо путем писане исправе коју потврђују сведоци (суседи).⁶⁹

Посткласична продаја, иако нема формалних захтева за класичном традицијом, не може се разумети као одустајање од тога да предаја ствари уопште не уследи. Најчешће се одвија истовремено са плаћањем цене.⁷⁰

Штавише, продавчева одговорност је директно повезана са купчевом обавезом плаћања цене. Само на овај начин он може постати одговоран:

*“Venditor ...pretio accepto auctoritatis manebit obnoxius: aliter enim non potest obligari.”*⁷¹

Посебно питање, у вези са правима купца у посткласичној продаји, је ситуација у којој једно лице исплаћује цену, а друго лице је у писаној исправи означено као купац ствари. У ствари, ваља дати одговор на питање да ли плаћање цене, на основу чињенице да прихват цене од стране продавца уједно ствара и његову уговорну обавезу и одговорност, има темељну улогу у преносу својине на означеног купца:

*“Fundus eius esse uidetur, cuius nomine comparatus est, non a quo pecunia numerate est, si tamen fundus comparatori sit traditus.”*⁷²

Из овог фрагмента Павлових Сентенција, види се да земљишна непокретност припада оном лицу за које је купљено, а не оном лицу које је платило цену, уз услов да је земљиште предато купцу. Видљиво је да именовање купца у писаној исправу, поред традиције ствари, одређује пренос својине на купца, који је онај и који је именован и коме је ствар предата. Самим тим делује да плаћање цене од стране другог лица нема посебан значај за одређивање положаја купца. Међутим, од плаћања цене зависи сама правна ваљаност угово-

⁶⁹ Традиција посткласичног права тако постаје у ствари самосталан правни посао са стварно-правним ефектима, тако што из самог договора и споразума странака настаје обавеза преноса својине (*animus transferendi et acquirendi dominii*), P. Bonfante, *Instituzioni di diritto romano*, Roma 1934, 347.

Хаузманинг и Зелб наводе да у садржај уговора о продаји, за разлику од класичног права где је постојала *iusta causa traditionis*, у посткласичном праву улази и сваки акт традиције, која се, у ствари, своди само на писану клаузулу исправе извршеног преноса својине, H. Hausmaninger, W. Selb, *Römisches Privatrecht*, Berlin 1987, 288.

⁷⁰ Претпоставка је да би купац своју обавезу плаћања цене извршио тек уколико располаже предметом продаје, па се у посткласичном праву може дефинисати ново начело које је у супротности са класичним периодом - *emptio dominium transferentur*, које подразумева стварноправни ефекат продаје, с тим да права купца настају тек када он изврши своју обавезу, плаћање цене. Види више у H. Hausmaninger, W. Selb, 300. и даље.

⁷¹ *Pauli. Sent. 2, 17, 1*

Вреди напоменути да, упркос томе, што овај фрагмент изричито помиње тужбу за правне недостатке ствари *actio auctoritatis*, која је позната много пре посткласичног периода, и везана је преваходно за продавчеву одговорност за евикцију, овај фрагмент се наводи као доказ самог постајања одговорности.

⁷² *Pauli Sent. 2, 17, 14.*

ра. Из овога, може следити, да лице које је исплатило цену (а само није постало власник ствари, с обзиром да је друго лице именовано као купац у писаној исправи, а и њему је извршена традиција ствари) може захтевати повраћај новца само од новог власника (именованог купца) а не од продавца.⁷³

У Јустинијаново време продаја, чини се, враћа класичне особине консенсуализма, у случају усменог уговора:

*“Emptio et venditio contrahitur, cum de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arra quidem data fuerit; nam quod arrae nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractae.”*⁷⁴

Уколико стране уговорнице продају предвиде у писаној форми, његов правни ефекат ће зависити ипак од ваљаности писане исправе у којој је сачињен.⁷⁵

Имајући горе наведено у виду, може се истаћи да посткласично право заштиту права купца обезбеђује алтернативно ако је исплаћена цена, или је извршена предаја ствари, док је анализа извора показала да има наговештаја да је била довољна и само делимична исплата цене.

Може се, следствено овоме, закључити да се уговор о продаји посткласичног права не сматра закљученим када је постигнут споразум о битним његовим елементима, предмету и цени, што је обележје класичне продаје, већ се захтевају додатни, формални услови, што посткласичну продају објективно удаљава од консенсуалног контракта.⁷⁶ Међутим, важну околност представља чињеница да римско класично право познаје потпуно консенсуалну продају, чак мање оптерећену било каквом формом него што је то случај у позитивном праву. Ово представља значајан аргумент да се у многим правним институцима, поготову оним који су основ хармонизације националних правних система са системом Европске уније и који су под непрекидним преиспитивањем, још доста може научити и захватити из ризнице знања и мудрости коју римско право нуди.

⁷³ Ако се претпостави ситуација, позивајући се на исти фрагмент Павлових Сентенција да лице, наведено у исправи, закључи уговор у име трећег лица које је наведено у писаној исправи, може се закључити да то лице нема права које би иначе купац имао. Делује да је ово могуће објаснити римским ставом да не постоји непосредно заступање (*Gai Inst*, 2, 95), па тако лице које је уговор склопило може само имати улогу предлагача закључења уговора, а не и самог уговорача.

⁷⁴ *Iust. Inst*, 3, 139.

⁷⁵ *Iust. Inst*, 2, 23.

⁷⁶ Ни у феудалном праву продаја неће моћи насатати простом сагласношћу воља странака. Поред консенсуса, захтевано је или изговарање посебних свечаних формула (*fides facta*), или предаја ствари (*res prestita*), G. Diosdi, G, 366. Магдолна Сич, занимљиво је напоменути, истиче да, с обзиром на то да се посткласична продаја третира превасходно као акт размене ствари за новац, па се приликом одлагања предаје ствари или исплате цене, рађа обавеза за другу страну да изврши противчинидбу, може констатовати да је оваква продаја уговор који има обележја и неименованог контракта, Види више у М. Feješ-Sič (1985), 156 и даље.

CONSENSUALITY OF ROMAN CONTRACT OF SALE

Summary

The subject of this article is a complex analysis of consensuality of Roman contract of sale. Bearing in mind that this contract is the most important among the group of consensual contracts, the author has endeavored to show the genesis and development of the fundamental principle of contract law in general. In his efforts to show the line of influence of Roman law on contemporary solutions, especially in the field of torts and contracts, the author highlights the essential characteristics of sale as a contract which still holds the central position in trade transactions. Special attention is given to the interweaving of real and consensual sale from pre-classical to postclassical law and the role of deposit within this institute. In this context, the author has analyzed a number of sources and texts of the Roman jurists whose complexity and nuanced style represent the genius of Roman jurisprudence. Consensuality, as the important element of the contract of sale is highlighted in this analysis and marked as a valuable contribution of the classical Roman law, despite the prevailing scholar views stating that rigorous formalism marked this period, which views the author endeavors to refute by critical arguments.

Keywords: Roman law – Contract of Sale – Real Sale – Consensus – Deposit.

PREMIJA ILI DOPRINOS U OSIGURANJU

Mr sc. Belma Bajrić*
Mr sc. Ramiza Hamulić**

***Apstrakt:** Premija ili doprinos u osiguranju je okosnica rada, kojim se doktrinarno nastoji dati njeno određenje, značaj i način izračunavanja. Kao naknadu za preuzimanje rizika od strane osiguravatelja, ugovaratelju osiguranja je dozvoljeno njeno plaćanje odjedanput ili u ugovorenim rokovima, a pojašnjavaju se i konsekvence u slučaju njene isplate bez prethodnog zaključenja ugovora o osiguranju, kao i njene neisplate. Dat će se osvrt i na mjesto plaćanja premije kao izuzetak od općeg načela obveznog prava u pogledu plaćanja novčanih obveza, kao i ovisnost visine premije od procjene rizika. Za ugovaratelja osiguranja premija predstavlja jedinstven iznos novca, dok za osiguravatelja je složeni zbir više proračunskih vrijednosti kojima se bavi tehnika osiguranja.*

***Ključne riječi:** premija, (ne) plaćanje premije, odnos premija-rizik, dijelovi premije.*

1. Pojam i značaj premije u osiguranju

Porijeklo riječi *premija* nije potpuno razriješeno. Postoje dva mišljenja, prema jednom ovaj izraz potječe od latinske riječi *praemium* koja znači – nagrada, i drugo mišljenje prema kojem ova riječ vuče svoje porijeklo od, također, latinske riječi *primum* – prvi, s obzirom na to što je ugovaratelj osiguranja morao – da bi ugovor bio pravovaljan – prvi ispuniti svoju obavezu tj. platiti cijenu osiguranja.¹

Premija osiguranja je novčana naknada koju ugovaratelj osiguranja mora platiti u zamjenu za preuzimanje rizika u osiguranje. Premija je novčani ekvivalent rizika preuzetog u osiguranje, pa se općenito može reći da njena visina ovisi

* Виша асистентка Катедре за грађанско право Правног факултета Универзитета у Бихаћу, докторанд

** Шеф испоставе Пореске управе Федерације БиХ у Великој Кладуши, докторанд

¹ Navedeno prema: **Jakaša, Branko**, *Pravo osiguranja*, PFZ, Zagreb, 1984., str. 173.

o težini i veličini rizika. Ona je bitan element ugovora o osiguranju, jer kao i svi ostali trgovačkopравни poslovi, osiguranje je naplatan pravni posao.² To je vidljivo iz same definicije ugovora o osiguranju sadržane u čl. 897. Zakona o obligacionim odnosima³ u kojoj se navodi da se ugovaratelj osiguranja obvezuje da, na načelima uzajamnosti i solidarnosti, udružuje **određeni iznos** u zajednici osiguranja odnosno zajednici rizika (osiguravatelj), a zajednica se obavezuje da, ako se desi događaj koji predstavlja osigurani slučaj, isplati osiguraniku ili nekoj trećoj osobi naknadu odnosno ugovorenu svotu ili učini nešto drugo.⁴ Interesantan je podatak da ZOO nije dao definiciju premije, već se njegove norme odnose na njenu isplatu, neisplatu, kao i posljedice neisplate koje se vežu za isplatu sume osiguranja, a koje se jedna prema drugoj ponašaju kao uzrok-posljedica, te subjekte na kojima leži obaveza te isplate. Ipak je iz navedene zakonske definicije uočljiva kvalifikacija premije kao „**određeni**

² Prema: **Đurović, Radomir – Dragašević, Momir**, *Obligaciono pravo sa poslovima prometa*, Savremena administracija, Beograd, 1980., str. 314.; **Pavić, Drago**, *Pomorsko imovinsko pravo*, Književni krug Split, Split, 2006., str. 448.; **Zečević, Enver**, *Pravila građanskog i porodičnog prava sa sudskom praksom*, Des, Sarajevo, 2000., str. 145.

³ **Zakon o obligacionim odnosima**, Službene novine Federacije BiH, br. 29/03. (U daljem tekstu: ZOO)

⁴ Iako je navedena zakonska definicija prevaziđena u smislu da ne odgovara sadašnjim privrednopravnim tokovima, jer je pravno netačna u dijelu u kojem se govori da ugovaratelji osiguranja udružuju određena sredstva u zajednicu osiguranja na načelima uzajamnosti i solidarnosti. Ugovaratelji osiguranja koji zaključuju pojedinačne ugovore o osiguranju s istim osiguravajućim društvom ne stupaju međusobno ni u kakve pravne odnose. Oni ne garantiraju međusobno da će na načelima uzajamnosti i solidarnosti pokriti štete jedni drugima, osim kod društava za uzajamno osiguranje. To što se pojedinačnim uplatama formiraju fondovi osiguranja iz kojih će osiguravatelj, u slučaju da se desi događaj koji predstavlja osigurani slučaj, isplatiti naknade, odnosno ugovorene sume oštećenim osiguranicima, u čemu su sa ekonomskog stanovišta sadržani elementi uzajamnosti i solidarnosti, za pravnu je definiciju irelevantno. Osim toga, ta je definicija zastarjela i sa statusnopravnog stanovišta jer sada, umjesto zajednica osiguranja, postoje privredna osiguravajuća društva. Navedeno prema: **Huseinbegović, Alena**, *Osiguranje lica-životno osiguranje i osiguranje od posljedica nezgode*, Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“, Mostar, 2008., str. 26. i **Pavić, Drago**, *Pojam ugovora o osiguranju*, Osiguranje-hrvatski časopis za teoriju i praksu osiguranja, Zagreb, br. 6, 2004., str. 12-16.

iznos⁶, što poznaju i druga zakonodavstva⁵ i mnogi autori⁶.

⁵ Novija zakonska rješenja predviđaju sljedeće legislativne definicije u kojima je vidljivo označavanje premije: Novi **belgijski Zakon iz 1992. godine za kopnena osiguranja (Loi du 25. juin 1992. sur le contrat d'assurance terrestre)** definira ugovor o osiguranju kao ugovor temeljem kojeg se, uz plaćanje **fixne ili promjenljive premije**, jedna strana, osiguravatelj, obavezuje drugoj strani, osiguraniku, isplatiti naknadu predviđenu ugovorom o osiguranju u slučaju da nastane neki neizvjesni događaj (nepogoda) koji, već prema slučaju, nije u interesu osiguranika ili korisnika osiguranja da se dogodi (član 1.). Novi **Gradanski zakonik Savezne države Kvibek (Quibec) iz 1991. godine** definira ugovor o osiguranju kao ugovor kojim se osiguravatelj, uz plaćanje **premije ili procijenjenog iznosa**, obavezuje da će isplatiti naknadu korisniku ili trećoj osobi ako nastane događaj pokriven osiguranjem (član 2389.). Novi **Gradanski zakonik Ruske Federacije iz 1996. godine** definira ugovor o osiguranju imovine kao ugovor kojim se jedna stranka (osiguravatelj) obavezuje da će za **ugovoreni iznos (premiju osiguranja)** u slučaju da nastupi događaj predviđen ugovorom (osigurani slučaj) nadoknaditi drugoj stranci (osiguraniku) ili drugoj osobi u čiju je korist ugovor sklopljen (korisniku osiguranja) štetu na osiguranoj imovini nastalu kao posljedica nastupa osiguranog slučaja do osigurane svote (član 929.). Novi **njemački Zakon o osiguranju (VVG) iz 2007. godine** definira ugovor o osiguranju ugovorom kojim se osiguravatelj obavezuje da će osigurati određeni rizik ugovaratelja osiguranja ili obavezu prema trećoj osobi ako se ostvari osigurani slučaj predviđen ugovorom, a ugovaratelj se obavezuje da će osiguravatelju platiti **dogovoreni iznos (premiju)** (član 1.). Navedeno prema: **Pavić, Drago**, *Ugovorno pravo osiguranja-komentar zakonskih odredaba*, Tectus, Zagreb, 2009., str. 47. A zemlje u okruženju imaju pak sljedeća određenja: **Slovenski Obligacijski zakon iz 2001. godine pod ugovorom o osiguranju podrazumijeva da se ugovaratelj osiguranja obavezuje da će osiguravajućem društvu platiti premiju osiguranja ili doprinos**, a osiguravajuće društvo se obavezuje da će, ako nastane događaj, koji predstavlja osigurani slučaj, isplatiti osiguraniku ili nekom trećem osiguraninu ili odštetu ili učiniti nešto drugo (član 921.). **Hrvatski Zakon o obveznim odnosima iz 2005. godine** sadrži definiciju prema kojoj je ugovor o osiguranju određen kao ugovor u kojem se osiguratelj obavezuje ugovaratelju osiguranja, osiguraniku ili korisniku osiguranja isplatiti osiguraninu ako nastane osigurani slučaj, a ugovaratelj osiguranja obavezuje se osiguratelju platiti **premiju osiguranja** (član 921.). 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, Banja Luka, br. 24., Udruženje pravnika Republike Srpske, 2010., str. 105-111.; **Huseinbegović, A.**, *op. cit.*, str. 27. i **Pavić, D.**, *op. cit.*, str. 143.. U Republici Srbiji u čl. 897. Zakona o obligacionim odnosima definicija ugovora o osiguranju je, pak, nešto drugačija: „Ugovorom o osiguranju obavezuje se ugovaratelj osiguranja da plati **određeni iznos** organizaciji za osiguranje (osiguravatelj), a organizacija se obavezuje da, ako se desi događaj koji predstavlja osigurani slučaj, isplati osiguraniku ili nekom trećem licu naknadu, odnosno ugovorenu svotu ili učini nešto drugo“. Identičnu definiciju ugovora o osiguranju sadrži i čl. 994. Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore iz 2008. godine. Preuzeto iz: **Ristić, Žarko – Radić, Radoja – Srdić, Milutin – Trninić, Miroslav**, *Međunarodno poslovanje, špedicija, transport i osiguranje*, Liber, Beograd, 2008., str. 266.; **Srdić, Milutin – Tomić, Irina – Slijepčević, Ratomir M.**, *Ugovori u privrednom poslovanju (teorijsko pravne karakteristike ugovora u privredi, zakonski i drugi propisi o ugovorima, primjeri pojedinih ugovora i sudska praksa o ugovorima)*, Službeni glasnik, Beograd, 2002., str. 601.; **Šulejić, Predrag**, *Pravo osiguranja*, Dosije, Beograd, 2005., str. 26.; **Vasiljević, Mirko**, *Poslovno pravo (trgovinsko i privredno pravo)*, Savremena administracija, Beograd, 1997., str. 517.; **Velimirović, Mihailo**, *Poslovno pravo-preduzeća, ugovori, bankarski poslovi-hartije od vrijednosti*, Univerzitet Crne Gore i „Obod“, Podgorica, 2000., str. 459. Ovu definiciju predviđa i tekst novog Zakona o obligacionim odnosima Federacije BiH/Republike Srpske u čl. 1135. Pogledati više: **Huseinbegović, A.**, *op. cit.*, str. 26-27. i **Morait, Branko – Bikić, Abedin**, *Objašnjenja uz prijedlog Nacrta Zakona o obligacionim odnosima*, Centar za edukaciju sudija i tužilaca FBiH, Centar za edukaciju sudija i tužilaca RS i GTZ, Sarajevo, 2006., str. 215.

⁶ Među brojnim doktrinarnim definicijama ugovora o osiguranju prevladava ista ili slična kvalifikacija

Postoje još i autori koji premiju često nazivaju „cijenom rizika“⁷ ili „cijenom osiguranja“⁸.

2. Obveza i način plaćanja premije

Ugovaratelj osiguranja dužan je platiti premiju osiguranja, ali je osiguravatelj dužan primiti isplatu premije od svakog lica koje ima pravni interes da ona bude plaćena (čl. 912. st. 1. ZOO-a). Premija se plaća u ugovorenim rokovima, a ako treba da se isplati odjednom, plaća se prilikom zaključenja ugovora (čl. 912. st. 2. ZOO-a).⁹

premije, što je vidljivo iz definicija navedenih autora: **Bigot, Jean, *Traité de droit des assurances, Le contrat d'assurance***, Paris, 2002., str. 29.: „Ugovor o osiguranju može se definirati kao ugovor kojim se jedna stranka, nazvana osiguravatelj, obavezuje drugoj stranci, nazvanoj ugovaratelj ili osiguranik, da će, zauzvrat plaćenju premiji, pokriti neki rizik, te isplatiti osiguraniku ili nekoj trećoj osobi naknadu u slučaju realizacije toga rizika.“; **Jakaša, Branko, *Pravo osiguranja***, PFZ, Zagreb, 1984., str. 37.: „Ugovor o osiguranju je ugovor kojim se jedna stranka (osiguravatelj) uz naplatu određene cijene (premije osiguranja) obavezuje svom suugovaratelju (ugovaratelju osiguranja) da će određenoj osobi (osiguraniku) do određene visine (svote osiguranja, osigurarine) nadoknaditi štetu koja nastane osobama ili stvarima (predmet osiguranja) a koja se dogodi uslijed ugovorom predviđenih uzroka (rizika).“; **Konstantinović, Mihailo, *Obligacije i ugovori-skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima***, Savremena administracija, Beograd, 1969., str. 247.: „Ugovorom o osiguranju obavezuje se ugovaratelj osiguranja da isplati osiguravatelju određenu premiju, a ovaj se obavezuje, ako se dogodi ugovorom predviđeni događaj (osigurani slučaj), da isplati ugovaratelju osiguranja ili nekom trećem određenu svotu novca, ili učini nešto drugo.“; **Lambert-Faivre, Yvonne, *Droit des assurances***, Paris, 2001., str. 237.: „Ugovor o osiguranju je takav ugovor kojim se ugovaratelju osiguranja obećava naknada, za njega ili treću osobu, u slučaju nastanka osiguranog slučaja, uz plaćanje premije, tu naknadu plaća osiguravajuće društvo koje obavlja kompenzaciju analognih rizika koristeći statističke metode.“; **MacGillivray on Insurance Law**, London, 2003., str. 3.: „Ugovor o osiguranju je ugovor kojim se jedna stranka (osiguravatelj) obavezuje u zamjenu za plaćanje određenog iznosa (premija) da će platiti drugoj stranci (osiguraniku) iznos novca ili mu pribaviti neku drugu odgovarajuću korist, ako se ostvari jedan ili više ugovorom predviđenih događaja.“; **Pavić, D., op. cit.**, str. 50.: „Ugovorom o osiguranju ugovaratelj osiguranja se obavezuje da će osiguravatelju platiti premiju osiguranja ili doprinos, a osiguravatelj se obavezuje ugovaratelju osiguranja da će osiguraniku ili korisniku osiguranja, ako nastane događaj koji znači osigurani slučaj, u skladu s odredbama ugovora, isplatiti naknadu za štetu ili ugovorenu svotu novca, ili na neki drugi odgovarajući način ispuniti svoju ugovorenu obavezu.“ Navedeno prema: **Pavić, D., op. cit.**, str. 49-50.

⁷ Prema: **Ćirković, Božidar, *Pravni sistem u osiguranju (II)***, Osiguranje udruženog rada-časopis za teoriju i praksu osiguranja imovine i lica, Beograd, br. 4., 1984., str. 39-50.; **Marović, Boris, *Osiguranje i špedicija***, Stylos, Novi Sad, 2001., str. 40-41.; **Maksimović, Milorad, *Ugovor o pomorskom osiguranju***, Beograd, 1957., str. 142.; **Nikolić, Nikola, *Ugovor o osiguranju***, Beograd, 1957., str. 136.; **Sultanović, Aziz, *Osnovi privrednog prava i pravni poslovi u privredi***, Svjetlost, Sarajevo, 1969., str. 369.; **Šulejić, P., op. cit.**, str. 105. i **Tasić, Ananije, *Osnovi osiguranja***, Osiguravajući zavod Vojvodina, Novi Sad, 1975., str. 617-618.

⁸ Prema: **Picard, Maurice – Besson, Andre, *Less assurances terrestres en droit français, t. I, Le contrat d'assurance***, Paris, 1964., str. 38. i **Šulejić, P., loc. cit.**

⁹ O plaćanju premije odjednom prilikom zaključenja ugovora ili u ratama pogledati (miza premija-premija koja se plaća odjednom, riziko premija-premija koja postoji kod osiguranja čiji je rok trajanja kraći od jedne godine i štedna premija-premija kod osiguranja koje traje duže od jedne godine) pogledati:

A kod osiguranja života pravilo je da se plaćanje premije ugovara u određenim obrocima: godišnje, polugodišnje, kvartalno ili mjesečno.¹⁰

U pogledu mjesta, mjesto plaćanja premije je mjesto u kome ugovaratelj osiguranja ima svoje sjedište, odnosno prebivalište, ako ugovorom nije određeno neko drugo mjesto (čl. 912. st. 3. ZOO-a), što je izuzetak od općeg načela obaveznog prava.¹¹

ZOO je u čl. 903. predvidio i situaciju da ugovorni odnos iz osiguranja može nastati i samim plaćanjem premije, ukoliko je to predviđeno *uvjetima osiguranja* (tzv. osiguranje bez police, što je izuzetak od pravila sadržanom u čl. 901. koji se odnosi na perfekciju ugovora o osiguranju, tj. da se ugovor smatra zaključenim kada ugovaratelji potpišu policu osiguranja ili list pokrića). Dakle, plaćanjem premije, u kontekstu navedenog, se uspostavlja stanje kao da je prethodno zaključen ugovor o osiguranju. Jedna od osnovnih značajki *posebnih uvjeta osiguranja* i jeste da nastoje što potpunije regulirati ugovorni odnos osiguranja za pojedine vrste predmeta osiguranja, pa se u police ili u druge isprave osiguranja unosi mali broj podataka o bitnim elementima osiguranja. Kako je za svaki ugovorni odnos potrebna saglasnost

Antonijević, Zoran, *Privredno pravo-organizacije udruženog rada i poslovi* prometa, Savremena administracija, Beograd, 1989., str. 418.; **Rajčević, Marko**, *Poslovno pravo I (osnove prava, stvarnog i obligacionog prava i privredno-pravni poslovi)*, Pravni fakultet Banja Luka, Banja Luka, 2007., str. 301.; **Sultanović, A.**, *op. cit.*, str. 369. „Pri osiguranju sklopljenom na određeno vrijeme, tj., na godinu dana, sljedeća premija dopijeva na uplatu onog dana koji je označen na polici, a ako nije plaćena toga dana, pa ni u roku počeka od 15 dana, osiguravatelj nije obavezan naknaditi štetu koja bi nastala nakon isteka i nakon navedenog roka počeka.“ (*Vs, Rev-1469/81 od 17.II.1981. PSP-20/71.*) Navedeno prema: **Pavić, D.**, *op. cit.*, str. 212. „Ako je ugovorom o osiguranju predviđeno da se premija plaća odjednom prilikom zaključenja ugovora, tada, u pogledu osiguranog rizika koji se dogodio poslije zaključenja ugovora, ali prije nego što je osiguranik platio premiju, ne nastaje obaveza osiguravatelja da plati ugovorenu naknadu.“ (*Vrhovni sud Srbije, broj: Prev. 136/95, od 05.04.1995. godine – Zbirka sudskih odluka, knjiga XX, sveska I za 1995. godinu, Savezni sud, Beograd, 1996., odluka 254 i Bilten sudske prakse privrednih sudova, broj 1995/4*) Navedeno prema: **Krmanović, Tomislav**, *Aktuelna sudska praksa iz građansko-materijalnog prava (porodično pravo, stvarno pravo, društvena svojina, priključenje na elektro-energetsku i PTT mrežu, stambeno pravo, nasljedno pravo, obligaciono pravo, promet nepokretnosti i autorsko i pronalazačko pravo)*, Poslovni biro, Beograd, 2003., str. 438. Premija se obično plaća unaprijed. Ipak, ugovorne strane mogu predvidjeti da se ona plaća i unazad za određeni period. Prema: **Perović, Slobodan**, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd, 1995. str. 1488.; **Todorović, Ljubo – Hadžimusić, Mensur**, *Ugovori sa komentarom i sudskom praksom*, Fineks, Sarajevo, 2001., str. 126.

¹⁰ Navedeno prema: **Čuljak, Željko**, *Životno osiguranje (magistarski rad)*, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, Mostar, 2009., str. 114.

¹¹ Opće je načelo obaveznog prava da se novčane obaveze ispunjavaju u mjestu u kojem vjerovnik ima sjedište. Kako je premija osiguranja novčana obaveza, a osiguravatelj je vjerovnik u odnosu na ispunjenje te obveze, značilo bi to da je primjenom općih načela mjesto ispunjenja te obveze mjesto sjedišta osiguravatelja. U čl. 912. st. 3. nalazimo iznimku od toga pravila. Mjesto plaćanja premije je mjesto u kojem ugovaratelj osiguranja (a ne osiguravatelj) ima svoje sjedište, odnosno prebivalište. Ali moguće je ugovoriti i drukčije. Za osiguranje je propisana iznimka od općeg načela zbog specifičnih uvjeta poslovanja načina na koji se sklapaju ugovori o osiguranju. Više: **Blagojević, Borislav T. – Krulj, Vrleta**, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima II.*, Savremena administracija, Beograd, 1983., str. 1955-1956.; **Pavić, D.**, *op. cit.*, str. 212-213.

ugovornih strana, tako se plaćanje premije smatra davanjem saglasnosti za uspostavljanje ugovornog odnosa između ugovaratelja osiguranja i osiguravatelja. A ukoliko je bilo ugovarano obročno plaćanje premije, i uplata prvog obroka bit će dovoljna da se smatra da je ugovor o osiguranju zaključen.¹²

ZOO sadrži i propis za slučaj neisplate premije. Pa ukoliko je ugovoreno da se premija plaća prilikom zaključenja ugovora, obaveza osiguravatelja da isplati naknadu ili svotu određenu ugovorom počinje narednog dana od dana uplate premije (čl. 913. st.1.).¹³ Ako je ugovoreno da se premija plaća poslije zaključenja ugovora, obaveza osiguravatelja da isplati naknadu ili svotu određenu ugovorom, počinje od dana određenog u ugovoru kao dana početka osiguranja (st. 2. istog člana).¹⁴ Ali, ako ugovaratelj osiguranja premiju koja je dospjela poslije zaključenja ugovora ne plati do dospelosti, niti to učini koje drugo zainteresirano lice, ugovor o osiguranju prestaje po samom zakonu po isteku roka od trideset dana od dana od kada je ugovaratelju osiguranja uručeno preporučeno pismo osiguravatelja sa obavještenjem o dospelosti premije, ali s tim da taj rok ne može isteći prije nego što protekne trideset dana od dospelosti premije (st. 3. istog člana).¹⁵ Međutim, u praksi se nameće pitanje da li svojstvo preporučenog pisma, u duhu ZOO-a, ima račun ili faktura poslana osiguravatelju. Odgovor na ovo pitanje je dala sudska praksa zauzimanjem stava da slanje računa o dospjeloj premiji predstavlja obavijest o dospjeću premije, dok poslana faktura osiguravatelja ugovaratelju osiguranja ne predstavlja takvo obavještenje već poziv da se u određenom roku plati dospjela premija.¹⁶ U svakom slučaju, ugovor o

¹² Dakle, čl. 903. ZOO-a predviđa se jedan od izuzetaka od pravila o pismenoj formi ugovora o osiguranju sadržanom u čl. 901. st. 1. Preuzeto iz: **Perović, S.**, *op. cit.*, str. 1477.

¹³ „Ako je na primjer, ugovaratelj osiguranja 10. XI dao nalog banci odnosno Službi knjigovodstva da izvrši isplatu premije osiguravatelju, a nalog te banke stigao je jedinici Službe knjigovodstva kod koje se vodi osiguravateljev račun 11. XI, onda osiguravatelj nije obavezan isplatiti naknadu štete uzrokovane osiguranim slučajem koji se dogodio 11. XI, jer je njegova obaveza dospjela tek 12. XI u 00,00 sati.“ Navedeno prema: **Bukljaš, Ivan – Vizner, Boris**, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Riječka tiskara, Zagreb, 1979., str. 2064.; „Kod ugovora o osiguranju premija osiguranja isplaćuje se u ugovorenim rokovima, a ako treba odjednom, plaća se prilikom zaključenja ugovora. Kad premija nije plaćena na ovaj način, tada nije nastupila obaveza tuženog kao osiguravatelja da isplati osiguranu sumu osiguranja, jer ta naknada dospjeva narednog dana od dana uplate premije.“ (*Vrhovni sud Srbije, Prev.136/95 od 05. 04.1995. godine*) Preuzeto iz: **Krsmanović, T.**, *op. cit.*, str. 438.

¹⁴ **Bukljaš, Ivan – Martinčević, Juraj**, *Privredno pravo samoupravne privrede*, Sveučilište u Zagrebu i Fakultet organizacije i informatike Varaždin, Varaždin, 1982., str. 491.; **Trifković, Miloš – Simić, Milić – Sultanović, Aziz**, *Poslovno pravo-ugovori, vrijednosni papiri i pravo konkurencije*, Šahinpašić, Sarajevo, 1997., str. 295.

¹⁵ **Jakaša, B.**, *op. cit.*, str. 185.; **Srdić, Milutin – Tatić, Dušan**, *Obligacioni ugovori – praktični primjeri sa sudskom praksom*, Nova prosveta, Beograd, 1986., str. 378.; „Ugovor o osiguranju imovine može prestati po samom zakonu zbog neplaćanja premije, tek nakon roka od 30 dana od dana kada je osiguravatelju uručeno preporučeno pismo osiguravatelja o dospelosti premije.“ (*Okružni sud Sisak, broj: Gž-1254/88, od 21.11.1988. godine – BiH ostali izvori, 2004*) Navedeno prema: **Tajić, Haso – Simović, Vladimir M.**, *Zakon o obligacionim odnosima-četvrt vijeka sudske prakse-izbor sudskih odluka 1980.-2005.*, Privredna štampa, Sarajevo, 2006., str. 706.

¹⁶ Sudske presude u kojima su zauzeti navedeni stavovi: 1.,Ugovor o osiguranju prestaje po samom

osiguranju prestaje po samom zakonu ako premija ne bude plaćena u roku od godine dana od dospelosti (st. 4. istog člana).¹⁷ Potrebno je naglasiti da se odredbe ovog člana ne primjenjuju na osiguranje života. (st 5. istog člana).¹⁸

Premija se plaća izravno osiguravatelju ili njegovom zastupniku, preko banke ili drugih ovlaštenih institucija. Prema ZOO-u (čl. 906. st. 1.), zastupnici osiguranja ovlašteni su, među ostalim poslovima, naplaćivati i premiju osiguranja.¹⁹

3. Odnos premije i rizika, te vezanost sa svotom osiguranja

Između premije i rizika postoji načelo srazmjere. Drugim riječima, svaka promjena rizika mora da se izrazi u promjeni premije. Iako je rizik presudan za visinu premije, na nju još utječu visina osigurane svote, dužina trajanja osiguranja i kamatna stopa kojom se plasiraju sredstva osiguravajućeg fonda. To znači, što je veći rizik, vrijednost osigurane svote i period trajanja osiguranja veća je i premija.²⁰

zakonu ako ugovaratelj osiguranja ne plati premiju do dospelosti, i to nakon isteka roka od trideset dana od kada mu je uručeno preporučeno pismo osiguravatelja i obaviješću o dospelosti premije. Takva obavijest može biti učinjena i uručenjem računa u kojem je, pored ostalog, označena dospelost premije. (*Privredni sud Hrvatske, broj: Pž-1732/93, od 13.07.1993. godine – Zbirka rješidbi, broj 1/99*) i 2. "Poslana faktura osiguravatelja osiguraniku ne predstavlja obavještenje o dospelosti premije osiguranja jer ona nije preporučeno pismo, već predstavlja poziv osiguraniku da u određenom roku plati premiju." (*Vrhovni sud Srbije, broj: Prev-524/98. – Bilten sudske prakse privrednih sudova, broj 2000/4*) Navedeno prema: *Ibidem*, str. 706-710.

¹⁷ *Pravna enciklopedija 2*, Savremena administracija, Beograd, 1985., str. 1275.; „Ugovor o osiguranju prestaje po sili zakona ako premija ne bude plaćena po proteku roka od godinu dana od dospelosti premije.“ (*Presuda Višeg privrednog suda u Beogradu, PŽ. 6342/97 od 01.10.1997. godine*) Preuzeto iz: **Krsmanović, T.**, *op. cit.*, str. 437.

¹⁸ **Hrvatski Zakon o obveznim odnosima '08.** proširio je ovaj izuzetak i na osiguranje od posljedica nesretnog slučaja. Više o tome: **Bolanča, D.**, *loc. cit.* i **Pavić, D.**, *op. cit.*, str. 213-216.

¹⁹ Eventualno ograničenje toga ovlaštenja, kao što smo vidjeli, mora biti poznato ugovaratelju osiguranja. Neki osiguravatelji, npr. italijanski, naznačuju da se premija mora platiti određenim tijelima društva, uz priznanicu uplate. U tom slučaju, ako bi ugovaratelj platio premiju neovlaštenoj osobi, čini to na svoj rizik. Preuzeto iz: **Čuljak, Ž.**, *op. cit.*, str. 114-115.; **Čurković, Marijan**, *Ugovor o osiguranju života*, Zagreb, 2005., str. 90.

²⁰ Opširnije: **Čobeljić, Đorđe R.**, *Privredno pravo*, Zavod za izdavanje udžbenika Socijalističke Republike Srbije, Beograd, 1962., str. 147.; **Jakaša, B.**, *op. cit.*, str. 173-176.; **Huseinbegović, A.**, *op. cit.*, str. 75. **Kočović, Jelena – Šulejić, Predrag**, *Osiguranje*, Ekonomski fakultet, Beograd, 2002., str. 68.. Vrhovni privredni sud u jednoj odluci (*Sl. 2649/68, od 28.03.1969. ZSO – XIV/2-223*) smatra da odredbe tarife osiguravajućeg zavoda po kojoj se kod kratkoročnih osiguranja sa trajanjem do 3. mjeseca od godišnje tehničke premije računa na ime funkcionalne premije 40%, predstavlja „nesrazmjerno progresivno obračunavanje premije za manje vremenske periode u odnosu na godišnji period... da takva premija nije u srazmjeri sa rizikom...“ pa je presudio da osiguranik nije dužan da pristane na ovako nesrazmjernu premiju bez obzira što je u ugovoru navedeno da će premiju plaćati po tarifi osiguravajućeg zavoda (osiguravatelj u ovom slučaju, tj. za tri mjeseca, ima pravo samo na 25% godišnje premije). Preuzeto iz: **Šulejić, P.**, *loc. cit.*; Ali isto nalazimo i kod: **Sokal Vojislav**, *Pravičnost u ugovoru o osiguranju posebno u uslovima osiguranja od odgovornosti*, Pravni život-časopis za

O utjecaju koji rizik ima na radnje-prava osiguravatelja, pa time i naplatu premije, govori čl. 908. ZOO-a u kojem se navodi situacija za slučaj poništenja ugovora usljed namjerne netačne prijave ili prešućivanja okolnosti značajnih za ocjenu rizika od strane ugovaratelja osiguranja. Naime, nakon što je osiguravatelj zatražio poništenje ugovora, iz gore navedenih razloga, zadržava naplaćene premije i ima pravo zahtijevati isplatu premije za razdoblje osiguranja u kome je zatražio poništenje ugovora. Pak, u narednom čl. 909. st. 1. ZOO-a razmotrena je i nenamjerna netačnost ili nepotpunost prijave, u kojem se navodi da u toj situaciji osiguravatelj može, po svom izboru, u roku od mjesec dana od saznanja za netačnost ili nepotpunost prijave izjaviti da raskida ugovor ili predložiti povećanje premije razmjerno većem riziku. U slučaju raskida osiguravatelj je dužan vratiti dio premije koji otpada na vrijeme do kraja razdoblja osiguranja (st. 3. istog člana).

Povećanje (čl. 914. ZOO-a) i smanjenje (čl. 916. ZOO-a) rizika je direktno vezano za određivanje stope premije osiguranja. Pa tako, nakon što je ugovaratelj osiguranja obavijestio osiguravatelja o promjenama rizika, tj. o njegovom povećanju, tada su moguća dva ishoda, i to: raskid ugovora od strane osiguravatelja iz razloga što ne bi sklopio ugovor da je takvo stanje postojalo u času njegova zaključenja ili ukoliko je povećanje rizika toliko da bi osiguravatelj sklopio ugovor samo uz veću premiju da je takvo stanje postojalo u času njegovog zaključenja, osiguravatelj može ugovaratelju predložiti novu (veću) stopu premije. Oba ova ovlaštenja koja mu stoje na raspolaganju, osiguravatelj mora iskoristiti u roku od mjesec dana od kada je na bilo koji način doznao za povećanje rizika, ili ako još prije isteka roka na bilo koji način pokaže da pristaje na produženje ugovora (ako primi premiju, isplati naknadu za osigurani slučaj koji se dogodio nakon tog povećanja i sl.). A smanjivanjem rizika stvaraju se okolnosti koje idu u prilog ugovaratelju osiguranja, na način da nakon što je ugovor o osiguranju zaključen a dođe do smanjenja rizika ugovaratelju pripada pravo zahtijevanja odgovarajućeg smanjenja premije, računajući od dana kad je o smanjenju obavijestio osiguravatelja. Ukoliko se ne udovolji njegovom zahtjevu, ugovaratelj može raskinuti takav ugovor.²¹

Kao što visina premije ovisi o ocjeni rizika i njegovim kretanjima tokom i poslije zaključenja ugovora o osiguranju, isto bi se moglo reći i za odnos premije i svote osiguranja. Naime, visina svote osiguranja se procjenjuje prema vrijednosti osigurane stvari. Ali u praksi nerijetko, što prijevarno odnosno svjesno, što nesvjesno, dolazi do ugovaranja nadosiguranja, višestrukog i dvostrukog osiguranja, ili pak i podosiguranja. Ovo pitanje je zanimljivo jer kod ovakvih modaliteta ugovora o osiguranju dolazi do namjernog ili nenamjernog ugovaranja veće ili manje svote osiguranja od stvarne vrijednosti stvari, što se posljedično odražava i na utvrđivanje iznosa premije osiguranja. Što dovodi do naknadnog prilagođavanja svote osigurnopravnu teoriju i praksu, Beograd, br. 11-12., 1994., str. 2273-2282. i Šulejić, Predrag, Pravičnost i interesi u raspodjeli rizika putem osiguranja, Pravni život-časopis za pravnu teoriju i praksu, Beograd, br. 11-12., 1994., str. 2217-2227.

²¹ Šire o tome pogledati kod: **Bukljaš, I. – Vizner, B.,** *op. cit.*, str. 2605-2608. i **Perović, S.,** *op. cit.*, str. 1491-1493.

ranja stvarnoj vrijednosti osigurane stvari, ili visini štete ukoliko je nastupila, uz potrebne korekcije visine i same premije. Radi ilustracije navedenog samo će se objasniti takvo kretanje premije koje susrećemo kod nadosiguranja.

Ako postoji nadosiguranje, a da nijedna strana nije postupila nesavjesno, ugovor ostaje na snazi, s tim da se svota osiguranja snižava do iznosa stvarne vrijednosti osigurane stvari, a i premije razmjerno tome (član 932. stav 2. ZOO-a). Međutim, ukoliko se jedna strana poslužila prijevarom i time ugovorila nadosiguranje, tada druga strana može zahtijevati poništenje ugovora (čl. 932. st. 1. ZOO-a). U oba slučaja savjesni osiguravatelj zadržava primljene premije i ima pravo na nesmanjenu premiju za tekuće razdoblje (član 932. stav 3. ZOO-a).²² Potrebno je napomenuti da, ukoliko se osigurana vrijednost smanji za trajanja osiguranja, svaka ugovorna strana ima pravo na odgovarajuće sniženje svote osiguranja i premije, počev od dana kad je svoj zahtjev za sniženje saopćila drugoj strani (član 933. ZOO-a).²³ Navedeno pravilo je i u duhu člana 900. stava 2., istoga propisa, gdje se spominje kako u nedvojbеном интересу osiguranika i jeste da se iznos premija osiguranja smanjuje onog dana kada je zatraženo i smanjenje svote osiguranja.

4. Premija u tehnicima osiguranja i njeno izračunavanje

Sa gledišta osiguranika premija je jedinstven iznos, dok za osiguravatelja je složen iznos sabran iz više dijelova koji imaju različitu namjenu. Dva osnovna dijela premije su tzv. tehnička premija (funkcionalna ili neto premija)²⁴ i režijski dodatak (pogonski ili troškovni dodatak). Ova dva dijela zajedno čine tzv. bruto premiju (ukupna premija, tarifna premija, komercijalna premija). Kada bi se dalje upuštali u rasčlanjivanje dijelova premije, vidjeli bi da se tehnička premija sastoji od riziko (služi prostornom izravnjavanju rizika) i štedne (služi vremenskom izravnjavanju rizika) premije. Štedna se dalje dijeli na premiju sigurnosti i matematičku premiju. Cjelokupni posao izračunavanja premije predstavlja *tehniku osiguranja*.²⁵

²² U praksi imovinskih osiguranja, međutim, osiguravatelji nekada ne zahtijevaju poništenje ugovora zbog nadosiguranja. Osiguranik u svakom slučaju ne može dobiti više nego što iznosi stvarna vrijednost osigurane stvari (jer mu načelo obeštećenja ne dopušta naknadu veću od iznosa štete), a činjenica da je plaćao veću premiju (na veći iznos od stvarne vrijednosti) smatra se dovoljnom sankcijom za njega. Navedeno u: **Šulejić, Predrag**, *Pravo osiguranja*, Dosije, Beograd, 2005., str. 345.

²³ **Bikić, Abedin – Bikić, Enes – Šabić, Almedina**, *Kako riješiti obligacionopravni slučaj (praktikum za Obligaciono pravo)*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006., str. 305.

²⁴ Neto premija naziva se još čista ili teoretska premija.

²⁵ Dakle, za zaključiti je da se premija ne izračunava za svaki konkretan slučaj, nego se primjenjuju tzv. *tablice*. A *tablice* su formirane na osnovu izračuna podataka i računa vjerovatnoće dobijenih statističkim posmatranjem štetnih događaja. Tako da postoje unaprijed određene tarife kojima se određuje visina premije. Prema: **Radović, Zoran**, *Osiguranje spasavanja na moru*, Beograd, 1980., str. 31.; **Srdić, Milutin – Tatić, Dušan**, *Zakon o obligacionim odnosima i Zakon o hartijama od vrijednosti-primjeri ugovora i sudska praksa*, Službeni glasnik, Beograd, 1997., str. 247.; **Trifković, M. – Simić, M. – Sultanović, A.**, *op. cit.*, str. 290.; „Ako premija osiguranja nije vrijednosno određena ili je određena

5. Zaključne napomene

Premija osiguranja je novčani ekvivalent procijenjenom riziku. Dakle, ona predstavlja naknadu za preuzimanje rizika od strane osiguravatelja, te njeno plaćanje predstavlja obavezu koju prilikom zaključenja ugovora o osiguranju preuzima ugovaratelj osiguranja prema osiguravatelju. Međutim, osiguravatelj je u obvezi primiti isplatu premiju i od drugih zainteresiranih osoba, koje imaju pravni interes da ona bude plaćena. Plaćanje premije od strane ugovaratelja osiguranja može se izvršiti odjednom, prilikom zaključenja ugovora o osiguranju, ili u ugovorenim obročnim plaćanjima, nakon njegovog zaključenja. U pogledu mjesta ispunjenja obveze plaćanja premije, prihvaćeno zakonsko rješenje predstavlja izuzetak od pravila o ispunjenju novčanih obligacija, te se ona plaća u mjestu prebivališta ili sjedišta ugovaratelja osiguranja, ukoliko ugovorom nije određeno neko drugo mjesto.

Premija je sastavni dio svakog ugovora o osiguranju, a time i police kao najčešće izdavane isprave nakon njegovog zaključenja. Pozitivno zakonodavstvo poznaje i deklarativno gleda na situacije kada izostane potpisivanje ugovora, ali ugovaratelj osiguranja kao znak svoje saglasnosti na uspostavljanje kontraktualne veze sa osiguravateljem plati cjelokupan iznos ili prvi obrok na ime isplate premije osiguranja.

Kada je u pitanju neisplata premije vrijede jasna pravila. Ukoliko ugovaratelj osiguranja premiju koja je dospjela poslije zaključenja ugovora ne plati do dospelosti, niti to učini koje drugo zainteresirano lice, ugovor o osiguranju prestaje po samom zakonu po isteku roka od trideset dana od dana od kada je ugovaratelju osiguranja uručeno preporučeno pismo osiguravatelja sa obavještenjem o dospelosti premije, ali s tim da taj rok ne može isteći prije nego što protekne trideset dana od dospelosti premije.

Uzročno-posljedična veza koja postoji između premije i rizika u poslovima osiguranja, uočljiva je, također, i između premije i svote osiguranja, naročito kad je ugovoren jedan od posebnih modaliteta ugovora o osiguranju (nadosiguranje, podosiguranje, višestruko ili dvostruko osiguranje).

Zaključno bi se moglo reći da je premija krajnji cilj svakog osiguravatelja.

tako da se, prema podacima koji su navedeni u samoj polici, ne može precizno odrediti, smatra se da ugovor o osiguranju nije ni nastao.“ (*Viši privredni sud u Beogradu, broj: Pž. 1976/01, od 20.06.2001. godine – Zbirka sudskih odluka, knjiga XXVII, sveska I za 2001. godinu, Savezni sud, Beograd, 2002, odluka 147*) Navedeno prema: **Tajić, H. – Simović, V. M., op. cit., str. 697-698.**

THE INSURANCE PREMIUM OR BONUS

Summary

The issue of work is insurance premium or insurance bonus, and it tries to give its feature, meaning and calculation. Contractor is able to pay it at once or in scheduled terms, as a compensation of taking risk by insurer; there is an explanation and consequences in a case of payment without previous contract conclusion, and its unsettlement. Special reference will be given to place of premium payment as an exception from the general obligation law principles with regards to monetary engaged payment, so as premium amount dependence from the risk estimation. The premium represents unique amount for the contractor, until it is complex sum of more estimated values for the insurer that insurance technology deals with.

Key words: *premium, (un) paid premium, premium-risk relation, parts of premium.*

ОГРАНИЧЕЊА СЛОБОДЕ ИЗРАЖАВАЊА И ЗАШТИТА ОД КЛЕВЕТЕ

Мр Горан Бубић*

***Резиме:** Закон о заштити од клевете у Републици Српској примјењује се више од једанаест година. Након упућивања на правне изворе у раду се указује на досадашњу домаћу судску праксу. Обрађују се и стандарди усвојени од стране Европског суда за људска права који се баве питањем слободе изражавања из чл. 10. Европске конвенције и допуштеним ограничењима слободе изражавања. У примјени закона постоје одређене недоследности судова на које је указано у раду. Аутор сматра да стварни домаћај наведеног закона суштински зависи од интерпретације законских изузетака од одговорности за клевету у судској пракси.*

***Кључне ријечи:** слобода изражавања; клевета; Европски суд за људска права; неимовинска штета; заштита извора.*

1. Извори права

Слобода изражавања је универзално право и гарант свих других права и слобода, заштићено многим правним документима. Постоје бројни правни извори који регулишу слободу изражавања, како међународног, тако и интерног карактера.

1.1. Универзална декларација о људским правима

Према Универзалној декларацији о људским правима¹ “свако има право на слободу мишљења и изражавања, што обухвата и право да не буде узнемираван због свог мишљења, као и право да тражи, прима и шири обавјештења и идеје било којим средствима и без обзира на границе” (чл. 19). Допуштена

* Мр Горан Бубић*, адвокат Бања Лука.

¹ Усвојена и проглашена резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација (УН) 217 А (III) од 10. децембра 1948. године

ограничења права и слобода која јамчи Универзална декларација, укључујући и слободу изражавања, формулисана су на следећи начин:

“У вршењу својих права и слобода свако се може подвргнути само оним ограничењима која су предвиђена законом у циљу обезбјеђења нужног признања и поштовања права и слобода других и општег благостања и у циљу задовољења правичних захтјева морала, јавног поретка и општег благостања у демократском друштву. Ова права и слободе ни у ком случају не могу се остварити противно циљевима и начелима Уједињених нација” (чл. 29. ст. 2).²

1.2. Међународни пакт о грађанским и политичким правима

Слободу изражавања, као и допуштена ограничења, слично формулише и Међународни пакт о грађанским и политичким правима³, који регулише:

(1) Нико не може бити узнемираван због свога мишљења. (2) Свако има право на слободу изражавања; то право подразумијева слободу тражења, примања и ширења обавјештења и идеја сваке врсте, без обзира на границе, било усмено, писмено, путем штампе или у умјетничком облику, или ма којим другим средством по свом избору. (3) Кориштење слобода предвиђених у ставу 2 овог члана повлачи посебне дужности и одговорности. Оно се, према томе, може подврћи извјесним ограничењима која ипак морају бити изричито утврђена законом и која су неопходна: (а) за поштовање права или угледа других лица; (б) за заштиту националне безбједности или јавног поретка, или јавног здравља или морала” (чл. 19).⁴

Надзорно тијело за праћење примјене Међународног пакта о грађанским и политичким правима јесте Комитет за људска права УН, којем се могу обраћати и појединци, ради заштите својих права, зајамчених овим Пактом, а на основу Факултативног протокола уз Међународни пакт о грађанским и политичким правима⁵. Услов за обраћање појединаца који тврде да су жртве кршења права наведених у овом Пакту јесте да је држава на коју се писмена представка односи приступила, односно ратификовала Пакт и Протокол (чл. 1), да су исцрпљена сва расположива унутрашња правна средства против одлука државе уговорнице (чл. 2) и да представка није анонимна, односно да је потписана (чл. 3).

² В. Николић Д.: “Медијско право”, “Службени гласник”, Београд, 2010. године, стр. 70. и даље.

³ Усвојен и отворен за потписивање или ратификацију или приступање резолуцијом Генералне скупштине УН 2200 А (XXI) од 16. децембра 1966. године. Ступио је на снагу 23. марта 1976. године (три мјесеца након 35-те ратификације, у складу с чл. 49).

⁴ В. Николић Д. иб. стр. 73. и даље.

⁵ Такође, усвојен и отворен за потписивање и ратификовање или приступање резолуцијом Генералне скупштине УН 2200 А (XXI) од 16. децембра 1966. године. Ступио је на снагу 23. марта 1976. године (три мјесеца након 10-те ратификације, у складу с чл. 9. ст. 1).

Комитет за људска права се у једном броју представки бавио и слободом говора. У предмету подносиоца *J.R.T. i Partija W.G. protiv Kanade* Комитет је прогласио представку неприхватљивом јер је подносилац заговарао расну и вјерску мржњу која је неспојива с одредбама Пакта, у оквиру значења чл. 3. Факултативног протокола. Подносилац се жалио на одлуке канадских власти које су му забраниле да ради привлачења чланства у политичку партију шаље телефонске говорне поруке снимљене на траку. Преко телефонске службе преношена је порука "...да покварена јеврејска међународна завјера лишава слушаоце њихових урођених права и да бијела раса треба да се усправи и бори против тога..."⁶

1.3. Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода

Најзначајнији регионални документ⁷ о људским правима који регулише и слободу изражавања је Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода и њени протоколи (даље: Конвенција).⁸ Овај документ је саставни дио унутрашњег правног поретка у Босни и Херцеговини и има већу правну снагу од било којег домаћег закона (чл. II тач. 2. Устава БиХ). Одредба која регулише слободу изражавања гласи:

"(1) Свако има право на слободу изражавања. Ово право укључује слободу посједовања сопственог мишљења и слободу примања и преношења информација и идеја, без мијешања јавне власти и без обзира на границе. Овај члан не спречава државе да захтијевају дозволе за рад од радио, телевизијских и филмских предузећа. (2) Остваривање ових слобода, будући да укључује обавезе и одговорности, може подлијегати таквим формалностима, условима, ограничењима или санкцијама предвиђеним законом и које су неопходне у демократском друштву у интересу националне безбједности, територијалног интегритета или јавне безбједности, спречавање нереда или злочина, заштите здравља и морала, угледа или права других, спречавања ширења повјерљивих информација или у интересу очувања ауторитета и непристрасности судства" (чл. 10).

⁶ В. опширније Димитријевић В. и Ђерић В.: "Збирка одлука о људским правима I", Београдски центар за људска права, Београд, 1997, стр. 123-132.

⁷ Постоје и други региоални уговори као што су Америчка конвенција о људским правима (чл. 13, Слобода мисли и изражавања и чл. 14, Право на одговор) и Афричка повеља о правима човјека и народа, донесена 1981. године, а ступила на правну снагу 1986. године, чл. 9).

⁸ Конвенција је донијета 04. новембра 1950. у Риму, а ступила на снагу три године касније, након ратификације од 10 држава, сагласно чл. 66 (2). Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода с Протоколима објављена је у "Службеном гласнику БиХ" бр. 6/1999.

Европски суд за људска права са сједиштем у Стразбуру (Европски суд) пружа правну заштиту према одредбама Конвенције и његова пракса је од кључног значаја за примјену Конвенције. Према становишту Европског суда примјена Конвенције мора бити “стварна и дјелотворна”, а не само формална. Постоји значајан број одлука Европског суда у којима је разматрано питање слободе изражавања и (не)прихватљива ограничења у вези с тим, на које ће се дјелимично указати у даљем тексту. Практика Европског суда је од највећег значаја и за праксу судова у Републици Српској и Босни и Херцеговини, с обзиром да овај суд има апелациону надлежност у односу на одлуке домаћих судова.

Значајно је напоменути и ограничење које се тиче немогућности паралелне заштите жртава кршења слободе изражавања према наведеном Пакту и Европској конвенцији, односно истовременог обраћања Комитету за људска права УН и Европском суду у истом предмету.

1.4. Устави

Дакако, правни извор је и Устав БиХ који гарантује појединачна уставна права и слободе међу којима је и слобода изражавања (чл. II тач. 3 (х)).

Устав Републике Српске регулише да је зајамчена “...слобода мисли и одређене савјести и увјерења, као и јавног изражавања мишљења” (чл. 25), затим да је зајамчена “... слобода штампе и других средстава јавног обавјештавања” (чл. 26. ст. 1.), и да је “цензура штампе и других видова јавног обавјештавања забрањена” (чл. 26. ст. 3.).

1.5. Закон о заштити од клевете и Закон о облигационим односима

Основни закон који регулише ограничење слободе изражавања у Републици Српској јесте Закон о заштити од клевете (у даљем тексту: Закон)⁹. Овај Закон је и према његовој изричитој одредби *lex specialis* (чл. 13.), што значи да има првенство у примјени у односу на друге законе у питањима ограничења слободе изражавања односно заштите од клевете.¹⁰ Закон омогућава заштиту

⁹ Објављен је у “Службеном гласнику Републике Српске” бр. 37/2001, а ступио је на снагу 11. августа 2001. године (чл. 15. Закона). Његовим ступањем на снагу имплицитно су престале важити одредбе чл. 174. до 182. тадашњег Кривичног законика Републике Српске, које су регулисале кривична дјела увреде и клевете. Наведене одредбе Кривичног законика експлицитно су престале да важе тек неколико мјесеци касније, ступањем на снагу Закона о измјенама Кривичног законика. И Федерација БиХ је 2001. године донијела истовјетан Закон о заштити од клевете.

¹⁰ В. опширније Бубић Г.: “Слобода изражавања и заштита од клевете, “Правни савјетник” бр. 2/2002, Сарајево, 2002. година.

угледа грађанском тужбом за накнаду штете у редовној парници. Тек супсидијарно се примјењују одредбе Закона о облигационим односима¹¹ (ЗОО, чл. 9. Закона), који је до дана ступања на снагу овог Закона био основни пропис за грађанско-правну заштиту угледа.

1.6. Кодекси

Као извор права постоје и кодекси професионалних новинарских удружења који су засновани на постојећим, како европским, тако и англосаксонским, стандардима новинарске праксе. Ови кодекси, правног и моралног карактера, посебно могу користити код утврђивања врсте кривице или непостојања кривице потенцијалног штетника, зависно у којој мјери су поштовани од стране тужених. Уосталом, сам закон као критериј код доношења судске одлуке укључује поштовање општеприхваћених професионалних стандарда од стране штетника

2. Пракса у примјени Закона о заштити од клевете

2.1. Темељни услови за ограничење слободе изражавања

Наш Закон директно упућује на ограничења из чл. 10. ст. 2. Конвенције, као услове нужне за ограничење слободе изражавања (стандард доказивања из чл. 7. Закона).

Према пракси Европског суда, предвиђају се три кумулативна услова за ограничење слободе изражавања односно претпоставке потребне за легитимно мијешање државе. С тим у вези тражи се (1) да је мијешање прописано законом; (2) да мијешање има за циљ заштитити интерес или вриједност других (конкретно „углед других“ или других заштићених “вриједности” из чл. 10. ст. 2. Конвенције) и (3) да је мијешање неопходно у демократском друштву (тзв. тест пропорционалности).¹²

Уочљиво је да се на наведена ограничења редовно позива Уставни суд БиХ у својим одлукама, а рјеђе нижестепени судови.¹³

¹¹ Објављен је у “Службеном листу СФРЈ” бр. 29/78, 39/85, 57/89 и “Службеном гласнику РС” бр. 17/93 и 3/96.

¹² В. опширније Николић Д. иб. стр. 135. и даље.

¹³ Ово је потврђено у пракси Уставног суда БиХ, нпр. Одлука о допуствости и меритуму АП-787/04 од 20.12.2005. године.

2.2. Начела закона

Пракса у примјени закона у суштини отвара питање толеранције и од великог је значаја за успостављање културе дијалога се сматрају корисним и неувредљивим, него и на изражавања која могу да увриједе, шокирају и узнемире¹⁴ (чл. 1. б). Ово је далекосежна одредба која је ријетко потенцирана у пресудама домаћих судова, изузев повремено у одлукама Уставног суда БиХ.

2.3. Значај заштитног објекта код деликта клевете

Заштитни објекат код клевете јесте углед лица. Истина, Закон директно не дефинише обиљежја клевете. Анализом одредбе чл. 1. Закона имплицитно се може закључити да се под клеветом подразумева штета нанесена угледу физичког или правног лица изношењем или проношењем нечег неистинитог. Овакав опис дјела је поновљен и у чл. 4. који говори о временском важењу Закона, као и у чл. 5. Закона. Дакле, Закон је досљедан у томе што штити само углед, али не и част оштећеног лица. Супротно томе, постоје судске пресуде које не праве дистинкцију у погледу заштитног објекта и разлози пресуде у погледу заштитног објекта су конфузни. Или се у образложењу говори о “угледу, части и достојанству” као јединственој синтагми икао Закон говори само о угледу лица.

Разликовање заштитног објекта је значајно прије свега због правила о терету доказивања, али и правилне примјене материјалног права.¹⁵

Да би се уопште радило о клевети подаци одн. чињенице које се износе или проносе морају бити неистинити. Неистинити су подаци или тврдње који објективно не одговарају стварном стању. У парници се доказује тзв. релативна, а не апсолутна истина.

Подаци који се износе или проносе морају проузроковати штету лицу на које се односе, тако што шкоде његовом угледу због чега физичко лице трпи неимовинску штету у виду душевних болова. За разлику од упоредне праксе,¹⁶ Закон (чл. 1. ст. 1. поновљено у чл. 5. ст. 1.) укључује и заштиту угледа правног лица. Да ли спорно саопштење чињеничне природе штети угледу одређеног

¹⁴ Европски суд, предмет *The Observer and Guardian*, 1991. и др.

¹⁵ Накнада штете за увреду могла би се тражити не по овом Закону, већ по Закону о облигационим односима (в. чл. 198. и др. 300).

¹⁶ “Правно лице нема право на накнаду нематеријалне штете због повреде угледа правног лица” (Виши трговински суд Београд, Пж-6501/04 од 29. 10. 2004. године); “Право на накнаду нематеријалне штете због повреде угледа и/или части имају само физичке, а не и правне особе...” (Жупанијски суд у Вараждину, Гж-1070/05 од 28. 6. 2005. године), наведено према Медих д. и др.: “Нематеријална штета у пракси”, “ГрафоМарк”, 2008. година, стр. 206, 209.

лица увијек је фактичко питање које се мора утврдити у сваком конкретном случају, а цијени се по објективним критеријумима односно средини у којој оштећени или штетник живе или раде.¹⁷

Закон ограничава активну легитимацију за одређене творевине или лица са одређеним својством. Као активно легитимисано лице не може се појавити јавни орган, а јавни службеници могу да поднесу тужбу само у личном својству (чл. 4. ст. 2. Закона). Под јавним органом Закон сматра све органе законодавне, извршне или судске власти или правна лица у њиховој својини или под контролом (чл. 3. б).

2.4. Пасивно легитимисана лица код одговорности за клевету

Штетник може бити аутор одређеног изношења, уредник или издавач изражавања. Поред тога, Закон штетника дефинише и у виду генералне клаузуле именујући га као “лице које на неки други начин ефикасно контролише садржај изражавања”. Одговорно може бити и правно лице које је објавило изражавање (чл. 5. ст. 1).

Ако имамо у виду штампани медиј, то значи да за повреду угледа могу одговарати новинар, као аутор спорног прилога, уредник или одговорни уредник новинског издања у којем је објављен садржај који нарушава углед и компанија (друштво) које издаје новине или штампар. Лице које на неки други начин ефикасно контролише садржај изражавања, изван горе наведених, може бити нпр. оснивач или директор правног лица које издаје медиј или оснивач телевизије, односно било који стварни ауторитет који контролише садржај, а који може бити и изван формалне организационе структуре дотичног субјекта. Судови су справом, због промашеног субјективитета, одбијали као неосноване захтјеве у случајевима када је умјесто издавача тужен медиј по називу у јавности.

Закон не успоставља редосљед одговорности горе набројаних лица. У пракси је уочено да се постављају и досуђују како самостални тако и солидарни захтјеви за накнаду штете када је тужба поднесена против више лица за исто спорно саопштење.

У погледу субјективног односа починиоца деликта, као генерално правило, Закон тражи намјеру или непажњу (чл. 5. ст. 2). Сам Закон не регулише када је за одговорност потребна намјера, а у којим ситуацијама је само довољна непажња.

Чини се да пракса није дала одговор на питање који облик кривице је потребан за различите штетнике, а посебно када је у питању правно лице (обично

¹⁷ “Нема повреде части, угледа и достојанства ако се тужени понашао на начин на који би поступио сваки просјечан човјек у таквој ситуацији” (Апелациони суд БД БиХ, Гж-133/04 од 26. 5. 2004. године) наведено иб. стр. 201.

издавач) као штетник. Најчешће се у пресудама за све штетнике користи јединствено образложење у погледу субјективног односа према деликту. Осим тога, досадашња судска пракса није довољно разјаснила значења законских стандарда као што су ствари “од политичког интереса”, шта је и када постоји “опште схватање јавности” по неком питању, затим значење законског стандарда “значајан утицај” на питања од политичког и јавног интереса и сл. Ово могу бити и фактичка питања у сваком поједином случају, али нису уочене пресуде које образлажу наведене законске квалификације.

2.5. Искључења од одговорности за клевету

Закон предвиђа више изузетака уз чије постојање се неће одговарати за клевету.

У случају када лице изражава своје мишљење или када је изражавање у суштини истинито, нема одговорности за клевету (чл. 6. а) Закона).

У којим случајевима је ријеч о изношењу мишљења, а када би могла бити ријеч о клевети, увијек је фактичко питање које ће зависити од свих околности појединог случаја. Аутор може изнијети своје мишљење односно вредносни суд о неком лицу у научном, књижевном или умјетничком дјелу. Да ли је у питању мишљење као једна врста вредносног суда о другом лицу, или евентуално клевета, цијени се по објективним критеријумима, а не према субјективном осјећају лица које се сматра погођеним. При томе треба указати на практичну немогућност “провјерљивости” истинитости вредносног суда.¹⁸

Изношење изражавања које је у суштини истинито искључује одговорност из разлога што не постоји један од битних елемената клевете, а то је неистинитост чињеница које се износе или проносе. Ова ситуација постоји када се одређене чињенице које су предмет изражавања утврђују јавном исправом или чешће судском пресудом, која исправа или пресуда из неког разлога ипак не постоје¹⁹, а штетник их износи или проноси и оне су у суштини истините. Ако лице износи или проноси ове чињенице неће бити одговоран јер је изношење или проношење у суштини истинито. Терет доказивања истинитости ових чињеница је на штетнику. Ранија пракса је за ескулпирање још тражила као услов да изношење или проношење оваквих чињеница није било “у намјери омаловажавања”.

¹⁸ У познатом случају *Lingens*, аустријски суд је осудио новинара због јавне клевете по тужби ранијег премијера Крајског. Европски суд је нашао да је таква осуда имала за циљ да обесхрабри сличне критике и мишљења у будућности, те да је на тај начин слобода изражавања мишљења доведена у питање. Суд је заузео становиште да су чињенице доказиве, али вредносне процјене нису. Поводом истог случаја Суд је такође заузео становиште да су границе критике много шире када је ријеч о политичарима него приватним лицима и да политичари као јавне личности морају показати већи степен толеранције.

¹⁹ Нпр. постоје докази да је почињено кривично дјело, или га је починилац признао, али је оно застарело.

У погледу истинитости изнесених чињеница Европски суд подржава становиште за одбрану на основу искрене намјере да се пружи медијима „простор за грешке“²⁰. Слиједом ове доктрине Уставни суд БиХ²¹ констатује да „...одбрана на основу искрене намјере једна је врста замјене за доказивање истинитости. Када новинар има легитиман циљ, кад је у питању нешто од значаја за јавност и када су разумни напори уложени у потврђивање чињеница, медији се неће сматрати одговорним чак и у случају да се испостави да су чињенице биле неистините“. У овом предмету Уставни суд БиХ се позива и на један случај пред Врховним судом САД²² гдје је у пресуди Врховног суда САД констатовано да „...Јавна расправа о јавним проблемима мора да буде неограничена, устрајна и свеобухватна... Таква отворена расправа неумитно ће понекад резултирати и лажним и погрешним тврдњама, али чак и таква врста говора штампе мора да буде заштићена уколико желимо да слобода штампе има „ваздуха“ који јој је потребан да би преживјела. Стога би свако правило које би присиљавало критичара понашања јавних радника да гарантују истинитост изнесених чињеничних тврдњи (у страху од накнада практично неограничене висине) водило директно у аутоцензуру, која је неспојива с Првим амандманом...“²³

Предмет тужби због клевете често су искази свједока у других учесника судских поступака пренесени у медијима. Судски поступци су у правилу јавни, а медији, као и јавност су заинтересовани за ток суђења. С друге стране, епилог судских поступака, посебно кривичних, не долази брзо, а медији преносе тренутне актуелне информације, као што је ток суђења. Овдје се отвара питање да ли постоје услови за одговорност у случају када је исказ свједока или вјештака пренесен вјеродостојно без обзира да ли ће такав исказ у коначном бити прихваћен од стране суда као вјеродостојан. Ово питање се дотиче у неколико пресуда Округног суда Требиње²⁴ који је заузео становиште да нема одговорности новинара ако је исказ дат у судском поступку пренесен вјеродостојно. Ово је сасвим прихватљиво јер свједок исказ пред судом даје под пријетњом кривичне одговорности и у овом случају се не може тврдити да је новинар «...непажњом занемарио неистинитост изражавања...», који услов за одговорност регулише Закон (чл. 5. ст. 3). У овим случајевима је важно, без обзира на

²⁰ В. предмет Dalban против Румуније, 1999. година

²¹ Предмет С. А. и др., Одлука о допустивости и меритуму АП-787/04 од 20. 12. 2005. године.

²² Предмет N. Y. Times против Sullivana, 1964. година

²³ Још либералније становиште по слободу изражавања заузео је Европски суд у предмету *Thorgeirson* када закључује: „Захтијевање истинитости је неразуман и чак немогућ задатак, јер би штампани медији тешко шта могли да објаве кад би имали обавезу да објављују само у потпуности доказане чињенице.“

²⁴ „Одговорност тужених у овој парници била би искључена у складу с одредбом чл. 6. Закона о заштити од клевете, ако се утврди да је тачно пренесен у дневним новинама “Ф” исказ свједока З. дат пред Судом БиХ...“ Пресуда 95 0 П 003490 11 Гж од 11. 10. 2012. године; пресуда 95 0 П 002037 12 Гж од 12. 03. 2012. године; пресуда 95 0 П 004005 11 Гж од 16. 03. 2012. године; пресуда 95 0 П 004010 12 Гж од 17. 04. 2012. године.

садржину пренесеног исказа свједока или вјештака, да се током извјештавања поштује пресумпција невиности оптуженог.

Одговорност за клевету је искључена и ако је лице које је наводно проузроковало штету било по закону обавезно износити или преносити изражавање у току законодавног, судског или управног поступка (чл. 6 б).²⁵ У основи, овдје је ријеч о искључењу противправности, као неопходном елементу за одговорности због клевете. У начелу, оцјена исказа свједока у судској пресуди или жалби искључује одговорност за клевету. Иста ствар је при политичкој дебати у парламенту или у влади приликом доношења закона или другог акта. У противном, слобода изражавања би била ограничена мимо уобичајених стандарда.

Напокон, неће се одговарати за клевету “ако је изношење или проношење изражавања било разумно” (чл. 6. в) Закона). Озбиљна критика може бити разумна, а не мора пледирати повреду угледа оштећеног. У противном би дебата или полемика између политичких противника, или било кога другог, на телевизији, митингу, или путем других облика саопштавања била онемогућена што би представљало непремостиву препреку за општу демократизацију друштва.²⁶

Закон садржи једну инструктивну одредбу која обезбјеђује смјернице судовима при разматрању могућности примјене изузетака на конкретан случај. Када суд доноси одлуку о накнади штете узима у обзир све околности случаја, нарочито укључујући: начин, облик и вријеме изношења или проношења изражавања, природу и степен проузроковане штете, добронамјерност и поштовање опште прихваћених професионалних стандарда од стране штетника, вјероватност настанка штете и да изражавања није ни било, податак да ли изражавање садржи објективну или тачну информацију о изражавању других лица и да ли се односи на питања из приватног живота оштећеног или питања од политичког или јавног значаја.

У вези са изузецима од одговорности за клевету треба споменути сатиричне и хумористичке текстове. Декларација о слободи политичке дебате у медијима (2004), која је од значаја и за БиХ, као чланицу Савјета Европе, допушта већи степен претјеривања и провоцирања, када је у питању текст сатиричног садржаја. Сатира као посебан вид слободе изражавања је изван домашаја заштите од клевете, као и мишљење.²⁷

²⁵ Постоје и судске одлуке које се не осврћу на ову одредбу и поред указивања странака. Нпр. Окружни суд Б. Лука, пресуда бр. 71 0 Р 036755 11 Гж од 04. 07. 2012. године.

²⁶ Према пракси Европског суда када је ријеч о критици владе онда су границе допуштене критике још шире него када су у питању политичари (случај Castells, 1992). У вези с јавном критиком власти, значајно је становиште заузето у случају Барфод (1987). Дански суд је осудио новинара због клевете двојице судија поротника, а Европски суд се бавио питањем предности општег интереса који допушта јавну дебату о функционисању правосуђа у односу према интересу двојице судија у смислу њихове заштите од одређене критике.

²⁷ В. Одлуку о допустивости и меритуму Уставног суда БиХ АП 787/04 (тачка 15), објављена у „Службеном гласнику БиХ“ бр. 41/2006.

У вези с изузетима од одговорности упоредива је и примјењљива одредба члана 198. ст. 2. Закона о облигационим односима која гласи: “Али, не одговара за проузроковану штету онај ко учини неистинито саопштење о другоме не знајући да је оно неистинито, ако је он или онај коме је саопштење учинио имао у томе озбиљног интереса”. Истина, ова одредба се односи на накнаду материјалне штете, код повреде части и ширења неистинитих навода, али је релевантна, посебно код накнаде штете због клевете правним лицима.

2.6. Заштита извора информација

Закон потврђује заштиту новинарских извора. У одредби члана 10. Закона се регулише да новинар или друго лице које је редовно или професионално укључено у новинарски посао нису дужни саопштити извор информације.

Закон је изричит да ни под каквим околностима право на неоткривање идентитета повјерљивог извора није ограничено контекстом евентуалног поступка поводом заштите од клевете. То може да значи да се откривање идентитета повјерљивог извора ни у којем случају не може повезивати с позицијом туженог штетника, у смислу да би му положај у поступку био олакшан, нити је дозвољено предузимати сличне акције с том намјером.

Право на неоткривање идентитета извора односи се и на друга лица која професионално учествују у поступку против новинара (чл. 10. ст. 2. Закона). Ријеч је о пуномоћницима адвокатима.

Стразбурска пракса је потврдила да заштита новинарског извора, иако непосредно не представља изражавање мишљења, улази у домен члана 10. Европске конвенције²⁸. Међутим, домаћа судска пракса се ријетко позива на ову одредбу у процјени кредибилитета исказа новинара и с тим повезане истинитости чињеница. Тако да је ова благодет у корист тужених недовољно кориштена у пракси, очигледно без разумног оправдања.

2.7. Накнада штете и рокови

Клеветом се физичком лицу наноси тзв. нематеријална штета којом се нарушава психички интегритет личности. Ова штета се још зове морална, идеална, некономска или неимовинска.

Право на накнаду штете има лице које због клевете трпи душевне болове (тзв. болнина). Оштећени има право на накнаду штете независно од јачине и дужине болова, под условом да су испуњене и остале претпоставке одговорности за штету. Сврха накнаде нематеријалне штете јесте сатисфакција оштећеном, а може бити у натуралном и новчаном облику. Натурална сатисфакција

²⁸ Случај *Goodwin*, пресуда од 27. марта 1996. године

има за сврху да успостави раније психичко стање оштећеног, без плаћања новчаног износа.

У принципу, Закон не доноси посебне новине када су у питању правила која се непосредно односе на накнаду штете у случају постојања деликта клевете. То значи да су у највећој мјери примјењивати одредбе о накнади штете из ЗОО.

Накнада штете се врши искључиво с намјером надокнаде штете нанесене угледу оштећеног и та накнада мора бити пропорционална проузрокованој штети (чл. 11. ст. 1. Закона).

При одлучивању о висини штете суд треба посебно цијенити мјере које су управљене да би се штета смањила одн. ублажила. Те околности су објављивање исправке, извињење или опозивање изјаве. Закон предвођа обавезу оштећеног да настоји да ублажи посљедице тако што ће затражити исправку, доставити деманти или сл. Међутим, ова диспозиција не регулише правну посљедицу у случају непоступања. Постоје идеје да се подношење захтјева оштећеног према штетнику за исправку или деманти измјенама Закона регулише као процесна претпоставка за тужбу. Ово свакако има смисла. Приговор оваквим измјенама може бити обавеза поштивања стандарда поштеност суђења, који у себе укључује и право безусловног приступа суду. Но, код неких радних спорова, као што су запослени у државним органима, према садашњој јуриспруденцији, подношење приговора послодавцу је услов за подношење тужбе. Значи, ако држава на овај начин правно штити свој буџет, онда на сличан начин може заштитити и новинаре. Посао новинара је и данас тежак јер су још ровити и простор и вријеме.

Осим тога, при одмјеравању висине одштете суд треба да цијени чињеницу да ли је штетник стекао новчану корист учињеним изражавањем, као и да ли би досуђивање одштете проузроковало материјалне тешкоће или банкрот штетника (чл. 11. Закона). На ове законске критерије ријетко се осврће у судским одлукама.

Према ЗОО оштећени може тражити да суд на трошак штетника објави пресуду или да штетник учини што друго чиме се може остварити сврха која се постиже накнадом (чл. 199). У овом случају је ријеч о тзв. натуралној реституцији, мада би се могло рећи и да је у питању сатисфакција оштећеном *suī generis*. У мањем броју судских одлука је досуђивана и новчана сатисфакција и обавеза објаве пресуде, што није прихватљиво. Ово је вјероватно у колизији с одредбом чл. 199. ЗОО, чија сврха и циљ односно граматичка садржина упућују да је објава пресуде на трошак штетника замјена за накнаду.

У поступку накнаде штете због повреде угледа сходно се примјењују и одредбе о подијељеној одговорности и снижењу накнаде као код материјалне штете (чл. 205. ЗОО).

Што се тиче судске праксе постоје недоследности у погледу доказивања висине штете због повреде угледа. У највећем броју судских пресуда сматра се

да висина штете не може бити произвољно одређена већ се на околност висине штете морају изводити докази, било саслушањем тужитеља, извршити вјештачење по одговарајућем вјештаку и сл.²⁹ Тако је Уставни суд БиХ у једној својој одлуци констатовао да су редовни судови дужни да утврде да је нематеријална штета заиста наступила и досуде накнаду како то околности случаја, а нарочито јачина болова и страха и њихово трајање то оправдавају. Уставни суд је констатовао да у конкретном случају редовни судови нису утврдили релевантне чињенице за доношење одлуке о досуђивању накнаде за нематеријалну штету имајући у виду околности случаја, а нарочито јачину душевних болова и њихово трајање као правни основ, него су арбитрарно закључили да постоје штета и апелантова одговорност, због чега је дошло до повреде апелантовог права на правично суђење (тачка 40.)³⁰ С друге стране, ријетке су пресуде у којима се заузима становиште да на околност висине штете не треба проводити ни један доказ.³¹ Овакво становиште је неприхватљиво.

Закон се односи на све поступке за накнаду штете који се покрену поводом повреде угледа, без обзира на врсту тужбе (чл. 4. ст. 1.).

Постоје субјективни и објективни рок за подношење тужбе због повреде угледа. Субјективни рок износи три мјесеца и тече од дана сазнања за изражавање и идентитет одговорног лица, а објективни рок износи једну годину и тече од дана извршеног изражавања трећем лицу. Полазећи од законских формулација у одредби чл. 12. ст. 1. очито је ријеч о преклузивним роковима, на које суд пази по службеној дужности.³²

2.8. Судске мјере обезбјеђења

Генерално правило је да суд не може донијети мјеру о забрани или ограничавању изражавања прије првог објављивања спорног изражавања (чл. 11. ст. 2. Закона).

²⁹ "...на тужиоцу је у овој ситуацији терет доказивања да ли му је причињена штета и у чему се иста састоји..." (пресуда Окружног суда Б. Лука бр. 011-0-Гж-08-001 707 од 11. 12. 2008. године). Овај став је потврђен пресудом ВС РС, јер је у истом предмету одбијена ревизија тужитеља. Сличан став истог суда раније је исказан у пресуди бр. Гж-1068/05 од 25. 05. 2007. године, а касније у пресуди бр. 71 0 П 047050 09 Гж и др.

³⁰ Уставни суд БиХ, Одлуку о допуствости и меритуму бр. АП 7/09 од 9. новембра 2011. године (објављена у "Сл. гласнику РС" бр. 9/2012)

³¹ "Жалбени наводи у погледу доказивања постојања душевних болова су неосновани јер код досуђења накнаде штете због клевете није потребно утврђивати интензитет и дужину претрпљеног душевног бола..." (пресуда Окружног суда Б. Лука бр. 71 0 П 066998 11 Гж од 17. 01. 2012. године).

Квалификација рокова у наслову одредбе као "застарних", очигледно није адекватна. Из ове формулације би слиједило да суд на благовременост тужбе пази само по приговору странака, што је неприхватљиво.

Привремене мјере о забрани изражавања или забрани даљег проношења изражавања могуће су само у случају када оштећени учини вјероватном штету, и да је у питању непоправљива штета као резултат изражавања. Ово су опште одредбе из Закона о парничном поступку (чл. 269. и др.).

Важно је да се стална судска мјера забране изражавања може односити само на посебно изражавање (нпр. конкретан чланак) за које је утврђено да је клеветничко, као и на посебно лице или више њих за која је утврђена одговорност за изношење или проношење изражавања.

Стразбурска пракса је врло ригорозна у погледу превентивних ограничења као што је привремена забрана публикација и обухваћена је одредбом чл. 10. Европске конвенције (случај *Тхе Сундау Тимес*, 1991.). Ако је информација постала јавна из другог извора спречавање објављивања информације није оправдано (случај *Weber*, 1990; случај *Observer and Guardian*, 1991).

Ова одредба готово да није примјењивана у пракси судова што је генерално позитивно јер свака привремена мјера у суштини прејудицира исход поступка.

* * *

Стварни домашај Закона суштински зависи од интерпретације изузетка од одговорности за клевету у судској пракси. Чини се вјероватним да ипак постоје резерве судова у примјени одређених одредбама Закона, посебно оних које представљају новину у односу на општи законски оквир прије 2001. године.

MA Goran Bubic, lawyer
Banja Luka

RESTRICTIONS ON FREEDOM OF EXPRESSION AND PROTECTION AGAINST DEFAMATION

Summary

Republic of Srpska Defamation Act has been effective for eleven years. After making references on the legal sources, former domestic court practice is indicated in the paper. The paper deals with the standards adopted by the European Court of Human Rights which define the freedom of expression from Article 10 of the European Convention and permissible limitations to freedom of expression. During the application of the laws there are certain inconsistencies of the courts, which are indicated in the paper. The Author considers that the actual scope of the above-mentioned law essentially depends on the interpretation of legal exceptions from liability for defamation in the court practice.

Key words: *freedom of expression; defamation; European Court of Human Rights; immaterial damage; protection of sources*

ПОДИЈЕЉЕНА ОДГОВОРНОСТ ИЗМЕЂУ ШТЕТНИКА И ОШТЕЋЕНОГ У ОКВИРУ АКВИЛИЈЕВОГ ЗАКОНА

Мирјана Богуновић*

Сажетак: У римском праву, приликом процјене накнаде штете, важио је принцип „све или ништа“. По том принципу, оштећени је могао или добити накнаду за претрпљену штету у пуном износу или бити ускраћен за износ накнаде уколико се сматрало да је он сам себи починио штету. Дакле, свако евентуално несавјесно и штетно понашање оштећеног није узимано у обзир као околност која је могла утицати на смањење одишетног износа. Иако римски правници нису разматрали евентуалан допринос оштећеног извршењу цивилноправног деликта, нити су развили посебан институт таквог садржаја, модерна романистика се бави тим питањем и ствара тзв. институте („sogeannte Culprakompensation¹“, Contributory negligence). Аутентични римски приступ овом проблему и приступ модерних романиста се драстично разликују, јер је римски приступ био искључив; није признавао могућност раздјељивања одговорности између штетника и оштећеног, већ је само цијенио чија је кривица већа и на њега преваљивао терет одговорности.

Кључне ријечи: Аквилејев закон, кривица оштећеног, подијељена одговорност, „све или ништа“ приступ процјене накнаде штете, римско право.

*Мирјана Богуновић, мастер права, асистент Правног факултета у Бањој Луци.

¹ Липтов користи термин „такозвана Culprakompensation“ јер жели да се дистанцира од неадекватне употребе овог термина, који се усталио у њемачкој теорији., види Ulrich von Lübtow, Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato, Berlin, 1971., 106.; Бакланд такође сматра неприкладном употребу овог њемачког термина јер претпоставља компензацију (set off), квантитативну процјену обима непажње на обе стране и њихово евентуално потирање. По њему, такво становиште само фалсификује аутентично римско схватање које се заснива на узрочној вези између штетника и штетне радње и евентуалном прекидању ланца узрочности од стране оштећеног лица. Сам енглески термин (contributory negligence) говори у прилог овој тези јер у буквалном преводу значи „непажња која доприноси настанку штетне радње“ и самим тим је прихваћенији термин од њемачког израза Culprakompensation. Узрочна веза (nexus) између штетника и штетне радње је прекинута уколико се појавио неки нови интервентни узрок без којег штета не би наступила. О томе види још William W. Buckland, A Text-Book of Roman Law: From Augustus to Justinian, London, 1921., 587. Пернис каже да је „истинска правна основа подијељене одговорности (Culprakompensation) у чињеници да постојање непажње (negligentia) на страни оштећеног доводи у сумњу узрочну везу између штетника и штете“. Alfred Pernice, Die Lehre der Sachbeschädigungen, Belmar, 1867., 60.

1. Увод

Римски правници су заузели специфичан став приликом процјене накнаде штете, који је подразумијевао да ако би неко претрпио штету својом кривицом, није имао право на накнаду штете, сем у ситуацијама када би друга страна поступала долозно (намјерно). Непажљиво поступање оштећеног (понашање испод стандарда пажљивог човјека, *bonus vir*, односно домаћина, *diligens pater familias*) није сматрано кривицом оштећеног или макар не довољном кривицом да би терет одговорности за почињену штету пао на оштећеног. Тако би се могло рећи да је већа кривица потирала мању кривицу и преваљивала терет одговорности на страну која је била више крива у конкретном случају. На основу овог концепта одређивања одговорности и процјене накнаде штете може се схватити зашто се говори о „компензацији“ кривице, односно узајамном „пребијању“ основа одговорности које постоје извјесно и на штетничковој страни и на страни оштећеног.

2. Допринос оштећене стране извршењу цивилног деликта *Damnum iniuria datum*

У више од пет казуистичких случајева из титулуса Дигеста посвећеног Аквилијевом закону (D.9.2.), среће се извјестан степен непажње на страни оштећеног који би се могао убројати у кривицу оштећеног и свакако утицати на одређивање аквилијанске одговорности. У римској казуистици добро познати случај „берберина“ парадигматично илуструје претходно теоријско разматрање ове проблематике.

(D.9.2.11. Ulpianus libro 18 ad edictum

Item Mela scribit si, cum pila quidam luderent, vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam deiecerit et sic servi quem tonsor habebat gula sit praecisa adiectio cultello: in quocumque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri. Proculus in tonsore esse culpam: et sane si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur: quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere.

D.9.2.11. Улпијан, из осамнаесте књиге о едикту

Како Мела пише, када лопта којом се игра неколицина, буде јако ударена и падне на руку берберина који брије роба, на такав начин да берберин посијече истога по врату- поставља се питање ко је од тих лица крив и ко ће одговарати по Аквилијевом закону? Прокул сматра да је крив берберин, јер је непажљиво бријати људе на улици гдје је прометно. Сматра да не би било погрешно мислити да лице које сједне да се брије код берберина који то ради на улици, је такође у одређеној мјери допринијело таквој посљедици.)

Из наведеног примјера, према Улпијановом цитирању Прокуловог става можемо закључити да свака страна сноси посљедице свог понашања, а самим тим и одговорност за своје понашање. Чињеница која је евидентна, да Прокул не искључује одговорност самог оштећеног (*si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere*), нам говори да је ипак постојање одговорности на страни оштећеног узимано у обзир ако и не озбиљно разматрано. Ако се каже *si in loco periculoso....* (ако на опасно мјесто..) видимо да је у питању кондиционална форма изражавања, што самој реченици даје нормативни карактер. Наравно, илузорно би било сматрати да је ова реченица имала ширу примјену у смислу законске норме, јер то ни *de facto* ни *de iure* није била, али ипак овакав начин језичке формулације говори о оновременом ставу римске правне мисли о том питању. Могло би се узети на основу овог текста из Дигеста, па макар и у виду претпоставке, да је постојала одређена обичајноправна пракса неблагонаклоног гледања (*quamvis nec illud male dicatur*)² на несавјесно понашање римских грађана, укључујући и робове. Иако Улпијан, као правник који припада зрелој римској правној мисли, само наводи ставове Прокула, правника из првог вијека нове ере, може се схватити да су по том питању њихови ставови јединствени, без обзира на временску дистанцу која је постојала између њиховог правног дјеловања, јер сам Улпијан не даје неко алтернативно рјешење нити упућује одговорност на неку другу страну³. Принципална одговорност је на страни берберина, који је дирек-

² Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of Civilian Tradition*, Oxford, 1996., 1012.

³ Евентуално би се терет одговорности могао усмјерити, поред већ поменуте берберинове одговорности, у правцу одговорности лица које тако силовито (*vehementius*- што иначе у преводу са латинског језика значи жестоко, напрасито, ватрено, бурно, одлучно, јако, силно) удари лопту на тако прометном мјесту да сасвим оправдано може очекивати да ће то изазвати неку штету, па чак и извјесне штетне посљедице ширег обима. Интересантна је чињеница да нико од поменутих римских правника не уобзирује ову околност која је дефинитивно утицала на настанак штете, чак се може рећи да је била иницијални услов који је покренуо ланац узрочности и довео до штетне посљедице. Да ли су се римски правници руководили начелом превалирајућег услова, тј. онога који је пресудан био за настанак штете или су лице које несмотрено шутира лопту на прометном мјесту изузели из одговорности из практичних разлога, тј. због релативне тешкоће утврђивања идентитета тог лица, јер је у питању извјесна удаљеност са које је лице ударило лопту и између

тном узрочном везом (*corpore corpori datum*) нанио штету и та чињеница је неупитна. Такође, на страни берберина постоји дуалитет правних основа, односно могућност обавезивања на накнаду штете по основу неуредног извршења обавеза из уговора о дјелу (*locatio-conductio operis faciendi*) помоћу *actio locati* и могућност обавезивања на накнаду штете по вануговорном основу, односно на основу деликтне одговорности берберина. А каквог значаја је околност да је оштећено лице свјесно и добровољно, без принуде (било психичке или физичке од стране берберина односно штетне стране) сјело на берберинову столицу која је постављена на неподесном мјесту?⁴ Да ли ово номиновање самог оштећеног за секундарног одговорног за штету, значи да постоји конкуренција одговорности страна или се сама околност евентуалног доприноса оштећеног узима у обзир приликом процјене штете? Ако се заузме став да је одговорност оштећеног мањег значаја у односу на одговорност штетника; на који начин се третира одговорност оштећеног? Да ли се она супсумира под штетникову одговорност или и даље самостално егзистира и производи посљедице? Ако се супсумира под штетникову одговорност, а што је највјероватније и било рјешење римског права, онда губи сваки значај приликом процјене накнаде штете, јер се једноставно не разматра. У случају када постоји значајнији степен непажње на страни оштећеног, јављају се две могућности: да одговорност оштећеног превалира и да се сматра да је сам себи нанио штету, чиме долази до конфузије (*confusio*) личности штетника и оштећеног; и друга могућност би била да је постојао извјестан степен кривице на страни оштећеног, али да је штетник поступао долозно⁵, односно намјерно. У ситуацијама када се мања кривица

осталог, велике концентрације људи на тако малом простору, или су сматрали да се лопта која је ударена у жару игре не може сматрати адекватним узроком учињене штете. Да ли се јако ударена лопта може сматрати као *causa remota*, односно не узроком него условом који је утицао на сам развој датих околности а не на сам настанак штете? Очигледно да су римски правници имали најприближније такве ставове по том питању. Како било, хипотеза се може поставити много, али чињеница је да овај римски текст не говори о евентуалној одговорности несмотреног шутера. У вези са тим, Цимерманов став је да се лице које несмотрено шутира лопту на тако прометном мјесту дефинитивно се мора позвати на одговорност, Reinhard Zimmermann, *op. cit.*, 1011. Види још Bernhard Erwin Grueber, *The Roman Law of damage to Property: Being a Commentary On The Title of Digest Ad legem Aquiliam (IX. 2) with an introduction to the study of The Corpus Iuris Civilis*, New Jersey, 2004., 32.

⁴ Интересантна теза коју уводи Цимерман везано за одговорност лица које сједне да се брије у бријачеву столицу је сношење ризика (*assumption of risk*). Сношење ризика одговорности и пристанак оштећеног на штетну посљедицу нису аналогна правила. Ако се прихвати концепт аквилејанске одговорности по принципу сношења ризика, онда се бријачева радња сматра опасном дјелатношћу, а само лице које се брије, прихвата ризик и преузима на себе одговорност за евентуалне штетне посљедице које из опасне радње произађу. О томе више види Reinhard Zimmermann, *op. cit.*, 1013.

⁵ „Правило о подијељеној одговорности се не користи у ситуацијама када штетник долозно (*in dolo*) наноси штету. До компензације основа одговорности може доћи само у случају ако су ти основи једнородни, односно слични. Уколико постоји разлика између њих, односно ако је штетник поступао долозно, а оштећени кулпносно, до компензације не може доћи, јер су у питању потпуно различити основи одговорности.“, Alfred Pernice, *op. cit.*, 62.

конзумира већом кривицом, односно занемарује се допринос оштећеног самој штети која му је нанесена, долази до изражаја римски аутентични приступ који је подразумијевао принцип накнаде штете „све или ништа“ (all or nothing). То правило је пренесено у процедуралне формуле по којима је судија поступао и он је могао да, ако утврди да су испуњени неопходни услови⁶ за постојање аквилијанске одговорности, да осуди штетника на пуни износ, или да га ослободи одговорности. У ситуацијама када постоји кривица на страни оштећеног и то потпуна кривица⁷, долази до преузимања кривице (preponderance fault)⁸ од стране оштећеног и самим тим губи својство оштећеног. У овом случају долази до конфузије штетника и оштећеног у једној личности, а противно праву, а и физичким законима, да једна особа буде истовремено носилац и повјерилачких и дужничких овлашћења и обавеза. Римски правници се руководе логичним принципима да се никоме не може приписати у одговорност штета коју није починио и да штета која се нанесе сопственим добрима не сматра се штетом у аквилијанском смислу за коју би се могла тражити накнада.⁹

Такође у овом конкретном случају може се разматрати да ли постоји престанак оштећеног на штетну посљедицу која га је задесила по принципу *volenti non fit iniuria*¹⁰. Да ли се само сједање у столицу постављену на мјесту које се може сматрати извором потенцијалних ризика може тумачити као несумњиво афирмативно манифестована и очитована воља¹¹. Претходно речено би свакако

⁶ „За одговорност по класичном праву били су потребни 1) *iniuria*– противправност делинквента, 2) *damnum* - проузроковање материјалне штете на туђој ствари, 3) *corpore corpore datum* - узрочна веза између делинквентове радње (активне и непосредне) и настале штете, 4) *culpa* - кривица учиниоца, схваћена веома широко јер је довољан и најмањи нехат за одговорност по овом закону.“, Жика Бујуклић, *Fogum Romanum*, Београд, 2010., 269. Међутим дошло је до извјесне екстензије ових услова, односно до проширења обима примјенљивости Аквилијевог закона и на случајеве када није постојала директна узрочна веза, односно није било потребно да буде искључиво активна радња (*culpa in committendo*) јер је и пропуштање (тзв. *culpa in ommittendo*) било довољно да постоји на страни штетника да се сматра аквилијански одговорним.

⁷ Потпуна или несумњива кривица на страни оштећеног би била када би он поступао *cum culpa lata* (тешка непажња) или *cum dolus* (намјерно) јер су ова два степена кривице била изједначена по правним дејствима у Јустинијановом праву.

⁸ Reinhard Zimmermann, *op. cit.*, 1012.

⁹ D.50.17.203. Pomponius libro octavo ad Quintum Mucium
Qoud quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire.

(D.50.17.203. Помпоније, из осме књиге о Квинту Муцију

Ако неко претрпи штету својом кривицом, не сматра се да је претрпио штету.)

¹⁰ Ту могућност такође разматра и Бакланд, Данкан и Мекнер, види William Warwick Buckland, Baron Arnold Duncan, McNair McNair, *Roman Law and Common Law*, A Comparison In Outline, London, 1952., 372.

¹¹ Редовно бријање и шишање је била обавеза свих Римљана, па и робова. Сам Јулије Цезар је велику пажњу посвећивао свом изгледу а бријање и шишање су били његова основна *signa corporis* због чега га Светоније назива „кицошем“. Изразито богати Римљани су увијек у својој личној пратњи имали и берберине (*tonsores*) чија обавеза је била да се свако јутро побрину за добар изглед браде и косе својих послодаваца, а понекад ако је потребно и у току дана. Они Римљани

важило, ако би лице које жели да се брије, знало или према околностима случаја могло да зна да је сједање на столицу постављену у римској улици, које су иначе биле смјештене на уском физичком простору¹², и које су дању биле интензивно живахне, преплављене пролазницима који су са тешком муком успијевали да се мимоиђу на тако уском простору¹³, могло да резултује штетном посљедицом. С обзиром на то да гужва и закрченост римских улица нису биле изузетак већ правило, сваки Римљанин просјечних интелектуалних способности је могао да рачуна на реални ризик којем се излагао излазећи на улицу. Такво крајње ризично понашање, мјерено по аршинима савремених прописа о безбједности саобраћаја, у Риму је било свакодневна појава. Свакодневни живот у Риму је, из разлога велике концентрисаности људи на малом простору, носио ризике са којима су се Римљани са мање или више успјеха, свакодневно борили. Да ли се понашање римског грађанина у оваквој ситуацији може оцјењивати према утврђеним стандардима пажљивог домаћина или треба уобзирити и материјални моменат оштећене стране, односно неприступачност цијене бријања и шишања у професионалним берберницама (*tabernae*)¹⁴? *Mutatis mutandis*, у овом конкретном случају ради се о робу, лицу које се не сматра субјектом, већ објектом права, па самим тим *ex definitione* не може слободно изражавати вољу,

који нису могли себи да приуште приватног берберина, могли су да у било које вријеме оду у једну од небројено много берберница у граду или код берберина који је бријао и шишао Римљане скромнијег имовинског стања, на отвореном простору. Бербернице (*tonstrina*) су биле мјеста гдје се окупљала маса већ од раних јутарњих часова и сходно томе мјесто гдје је циркулисала велика количина информација. Jerome Carcopino, *Daily life in ancient Rome*, London, 1941., 176.

¹² О приликама у самом граду Риму говори Јувенал у својој Трећој сатири (*Juvenalis, Saturae, III, Quid Romae faciam?*): „... то тандркање кола кроз узан сокак и псовке гонича да са гомилом стоке стане и ослободи пролаз..., ... јер пред нама светине талас прво се испречи, затим за нама гомила грдна нас притесни. Муне ме неко тек лактом, ил' докочи летвом, звизне ме греда по глави, а глава о грану се одби“. Наведено према Жика Бујуклић, *Forum Romanum – римска држава, право, религија и митови*, Београд, 2009., 818. Иначе свеукупна дужина римских улица је износила шездесет хиљада корака (*passus*) или приближно осамдесет девет километара. Иако је ова бројка импресивна за оновремене услове градње, оно што је доводило до стања хаоса и збрке која је свакодневно постојала на римским улицама, јесу високо саграђене и уско постављене зграде. У пожару који је захватио Рим 64. године н.е., настала је и велика штета управо из разлога што су зграде биле преблизу саграђене, па се пожар није могао зауставити. Jerome Carcopino, *op. cit.*, 57.

¹³ Jerome Carcopino, *op. cit.*, 61.

¹⁴ По Диоклецијановом Едикту о цијенама (*Edictum de pretiis rerum venalium*) из 301. године н.е., услуге берберина су се наплаћивале два денарија по особи. Упоређујући цијену услуге коју је пружао берберин и узимајући у обзир и остале свакодневне потребе једног оновременог породичног човјека, са платама које је примао (сталар - педесет денарија, зидар - педесет денарија, гонич мазги - двадесет пет денарија...), шишање и бријање су свакако износили значајан издатак за сваку породицу. Кад се још узме у обзир да су се сви становници Рима бријали код професионалних бријача, па чак и робови, јасно је колики значај бријање и шишање има у свакодневној тоалети Римљана.

односно његов евентуални пристанак не би се могао сматрати правнорелевантним пристанком¹⁵.

Уколико се искључи могућност добровољног пристанка оштећене стране на штетну посљедицу, потребно је разлучити какав утицај на процјену штете има допринос оштећеног штетној радњи. Цимерман је расправљајући о доприносу оштећене стране самој штетној посљедици навео три критеријума којима су се Римљани могли руководити приликом процјене накнаде штете¹⁶. Равнотежа кривице (*balance of fault*), односно једнакомјерни допринос обе стране деликтног односа је такође варијантна ситуација доприноса оштећене стране извршењу цивилноправног деликта. Да ли ће било који степен непажње односно одговорности на страни оштећеног резултовати ускраћивањем правне заштите његових интереса? Да ли тај степен непажње оштећеног, који је релевантан за уважавање самодоприноса штети, бити премоћан (*preponderant negligence*) у односу на непажњу штетника?

Даље разматрање ове теме ће се проширити на још један случај из римске казуистике, гдје се поједине околности чињеничног стања подударају са околностима из претходног случаја. Наиме, у питању је случај бацача копља¹⁷ и утврђивање његове одговорности за штету која настане приликом бацања копља на простору гдје се налази значајан број лица, али и такође разматрање доприноса оштећених лица, која су пролазила или се налазила на простору гдје се редовно обављају спортске (у овом случају уједно и опасне) активности, настанку штете у конкретном случају. Управо ове хипотетичке ситуације илуструју претежно ригидан став римских правника по питању накнаде штете, јер се у ситуацији када оштећени несмотрено прелази преко поља гдје се обавља опасна активност (*campus iaculatorius*), његова немарност се сматра искључивим узроком настанка штете, па према томе губи право на накнаду штете која

¹⁵ Оно лице које се не сматра титуларом одређеног субјективног права, односно није субјект тог права, свакако да се не може одрећи тог права, нити на било који други начин располагати тим правом. Роб је по тумачењу Аквилијевог закона представљао ствар, објект права, тако да свако оштећење физичког интегритета роба, производи штетне посљедице у имовинској сфери господара, па стога угрожава његов имовински интерес. Господар има *dominica potestas* над робом, што објашњава његову позицију лица под туђом влашћу и неспособност да одлучује о сопственим интересима.

¹⁶ Reinhard Zimmermann, *op. cit.*, 1012.

¹⁷ (D. 9.2.9.4. Ulpianus libro 18 ad edictum

Sed si per lusus iaculantibus servus fuerit occisus, Aquiliae locus est, sed si cum alii campo iaculantur, servus per eum locum transierit, Aquilia cessat, quia non debuit per campum iaculatorium iter itempessive facere. Qui tamen data opera in eum iaculatus est, utique Aquilia tenebitur.

D. 9.2.9.4. Улпијан, из осамнаесте књиге о едикту

Када роб погине тако што га погоди копље којим се забавља група лица, примјениће се *Lex Aquilia*, али ако се то деси на простору гдје се вјежба бацање копља, *Lex Aquilia* се неће примјенити, јер није требао брзоплето прелазити преко тог простора, али ако неко намјерно баци према њему копље, биће одговоран по *Lex Aquilia*.

је настала¹⁸. Ако је бацач копља вјежбао на отвореном простору, на улици или у близини Форума, гдје се по правилу креће велики број људи, сматраће се одговорним по Аквилејевом закону, без узимања у обзир евентуалног доприноса оштећене стране.

Случај власника продавнице (*tabernarius*)¹⁹, који избије око пролазнику који му је узео фењер и одбио да га врати, те физички уз употребу бича напао гостионичара који је покушао да поврати свој фењер, је такође илустриран примјер доприноса оштећеног самом извршењу штете.²⁰ У овом примјеру из римске праксе, јасно се уочава да жртва има улогу провокатора или иницијатора узрочно-последичног ланца одговорности. Његово провоцирање је било предузето у виду материјалног акта, активном радњом којом је насрнуо на тјелесни интегритет гостионичара. Пошто је оштећени био тај који је први употребио силу ударивши гостионичара бичем; гостионичарева реакција се може сматрати као адекватна реакција на интензитет напада, односно повреда коју је нанио као повреда настала у нужној одбрани²¹ која искључује против-

¹⁸ С обзиром на начин навођења случајева из римске праксе, који нису били претјерано детаљни нити исцрпни, остају значајне могућности конструисања чињеничног стања. Нпр. да ли је у питању простор предвиђен за игру опасним предметом; да ли се тај простор налази на безбједној удаљености од града, односно од мјеста гдје свакодневно циркулише велики број лица; да ли је тај простор ограђен; да ли је истакнуто обавјештење о обављању опасних активности на том простору на довољној удаљености за уочавање; да ли је оштећено лице схватало или могло схватити последицу својих радњи? Све ове околности се у модерном праву узимају у обзир приликом одмјеравања штете, и доприносе њеном смањењу или повећању зависно од тога на чијој страни се налази. У римском праву, се међутим гледало само на то на чијој страни је била већа кривица, и та страна би сносила цијелокупни терет одговорности.

¹⁹ *Tabernarius* је општи назив за власника *tabernae* (продавнице или занатске радње, што је подразумевјавало и гостионице).

²⁰ D.9.2.52.1. *Alfenus libro secundo digestorum*

Tabernarius in semita noctu supra lapidem lucernam posuerat: quidam praeteriens eam sustulerat: tabernarius eum consecutus lucernam reposcebat et fugientem retinebat: ille flagello, quod in manu habebat, in quo dolor inerat, verberare tabernarium coeperat, ut se mitteret: ex eo maiore rixa facta tabernarius ei, qui lucernam sustulerat, oculum effoderat: consulebat, num damnum iniuria non videtur dedisse, quoniam prior flagello percussus esset. Respondi, nisi data opera effodisset oculum, non videri damnum iniuria fecisse, culpam enim penes eum, qui prior flagello percussit, residere: sed si ab eo non prior vapulasset, sed cum ei lucernam eripere vellet, rixatus esset, tabernarii culpa factum videri.

D.9.2.52.1., Алфен, из друге књиге о Дигестама

Гостионичар је ноћу изнад каменог натписа окачио фењер, али га је један пролазник скинуо и понио са собом. Гостионичар је лопова појурио тражећи му фењер назад, а када га је ухватио, покушао је да му га отме. Лопов је бичем који је имао при себи, почео да удара гостионичара, како би га се ослободио. Пошто се из тога изродила већа туча, гостионичар је онеме који је понио фењер избио око. Гостионичар ме је питао за савјет (правника Алфена Вара) да ли се може сматрати да није починио противправно оштећење, јер је прво био ударен бичем. Одговорио сам да се, ако није намјерно избио око, не може сматрати да је починио противправно оштећење, јер је одговорност на онеме ко је први ударио бичем. Али, да се десило да претходно није добио батине, него да је он сам започео свађу са оним који је хтио да отме фењер, одговорност би пала на њега (превод Жика Бујуклић, *Forum Romanum*, Београд, 2010., 803-804).

²¹ D. 1.3. *Florentinus, libro primo institutionem*

правност његовог понашања (*vim vi repellere licet*)²². Свакако да се сматра да је оштећени допринио наношењу тјелесне повреде, јер је прво противправно одузео туђу ствар односно починио крађу (*quidam praeteriens eam sustulerat*), а затим је употрежио несразмјерну силу према гостионичару (*ille flagello, quod in manu habebat, in quo dolor inerat, verberare tabernarium coeperat*). По самом рјешењу које предлаже Алфен у овом случају, уочљиво је да се цијени допринос оштећеног насталој штети (*qui prior flagello percussit, residere: sed si ab eo non prior vapulasset, sed cum ei lucernam eripere vellet, rixatus esset, tabernarii culpa factum videri*), односно његово понашање је било *causa causans* настанка штете. Алфен каже да се гостионичар на одговорност позива ако је поступао намјерно, односно када је први насрнуо на оштећеног. Оно што је свакако проблематично у конкретном случају је вјероватност прекорачења нужне одбране, односно прекорачење дозвољених граница противправности у оквиру којих се противправно понашање не санкционише. Да ли је гостионичар прекорачио границе нужне одбране избивши оштећеном око, иако се прихвати чињеница да није поступао долозно²³? Да ли се његова реакција може сматрати претјерааном и несразмјерном самом иницијалном узроку, односно нападу оштећеног?²⁴ То је наравно *questio facti*, али се у овом случају може закључити да штета која је нанешена радњом одбране гостионичара није противправна, јер је аналоган одговор на радњу напада која је предузета помоћу опасног средства (бича), што битно квалификује радњу напада.

Ut vim atque iniuriam propulsemus: nam iure hoc evenit, ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, iure fecisse existimetur...

D. 1.3. Флорентин, из прве књиге Институција

Да одбијемо силу и повреду. Наиме из права произилази ово, да ће се сматрати да је свако поступио по праву уколико буде нешто учинио ради заштите свог тијела...(Превод Антун Маленица, Јустинијанова Дигеста, Београд, 1997., 66-67).

²² Упореди Локов приступ: „Нужна одбрана је дио природног права. Не може се ускратити заједници, па чак ни против краља.....ово чини законитим да човјек убије лопова, који га ни најмање није повриједио, нити је објелоданио намјеру да посегне за његовим животом...“, Џон Лок, Две расправе о влади, Београд, 1978., 19.

²³ „Прекорачење граница нужне одбране би се десило у ситуацијама када се радња одбране предузме након што је противправни напад прошао, за заштиту добра које је неупоредиво мање вриједно од добра које би било повријеђено нападом, ако би и без радње одбране напад престао, ако би и судска заштита била благовремена, ни ако би радња одбране била непримјерена околностима напада, прекомјерна.“, Група аутора, Лексикон грађанског права, Београд, 1996., 411-412. О аналогiji правила о нужној одбрани у римском и модерном праву види Andreas Wacke, *Defence and necessity in Aquilian liability*, 1987,83. Према Вакеовом становишту, Бартол и Балдо (пандектисти) су установили три основна услова која су ограничавала примјену права нужне одбране: *circa causam* (мотив предузимања одбрамбене радње мора бити одбрана, а не освета), *circa tempus* (одбрамбена радња мора бити истовремена са нападом), *circa modum* (одбрамбена радња мора бити предузета на исти начин и истим средствима којима је учињен напад, *paritas armorum*).

²⁴ „Са становишта грађанског права је учињено функционално прилагођавање тумачења и разумијевања услова нужне одбране, које је у свом опису идентично овом институту кривичног права, с тим што је објект заштите имовина, умјесто живота и тијела.“, Ђорђе Сибиновић, Противправност - одлика кривичног и грађанског вида неправга, Београд, 2006., 150-151.

Постоје примјери из римске казуистике гдје немарност, у овом случају треће стране, пропорционално утиче на одговорност принципалног штетника, односно смањује је сходно доприносу треће стране штетном исходу²⁵. У конкретном случају, долази до прекида ланца узročности (break chain of causation)²⁶ између активног субјекта (штетника) и настале штете (смрти роба). Инволвирањем трећег лица (господара роба који се није адекватно побринуо за роба, доктора који није пружио правилну медицинску заштиту) прекида се узрочно-последична веза која постоји између штетника и оштећеног, и тиме се модификује сама накнада штете.

3. Закључак

Римско право није познавало институт подијељене одговорности у оном обиму и значењу у којем га познаје савремено право и правна теорија. Ни у римској пракси није посебна пажња посвећивана евентуалном доприносу оштећене стране извршењу штетне радње. Наговјештај евентуалног резоновања оваквих ситуација се јавља узгредно, уз правно расвјетљивање других правних института, првенствено цивилних деликата. Римљани су били јасни у процјени накнаде штете; признавали су оштећеном право на накнаду штете у цјелокупном износу ако је штетник поступак долозно (намјерно), а ако је постојала евентуална конкуренција одговорности штетника и оштећеног, оштећени је губио право на одштету, не сразмјерно свом доприносу настанка штете, већ у цјелокупном износу одштетног захтјева. Конкуренција одговорности штетника и оштећеног се дешавала када је на обе стране деликтног односа постојао одређени степен одговорности у виду кулпе (нехата, немарности) који је директно условљавао близину узрочне везе између штетне радње и последице. Пернис и Бакланд заступају став да је аутентично римско становиште било да узрочна веза јесте тај превалирајући елемент одговорности који одређује тежину одговорности штетне и оштећене стране. „Компензација“ одговорности, односно раздјелјивање одговорности по принципу штетног (кулпног) доприноса је правни принцип који је установила модерна романистика и који је актуелни принцип савременог „common law-a“, а који доприноси фалсификовању, односно искривљавању истинске представе о овом институту у римску праву.

²⁵ D.9.2.30.4. Paulus, libro 22 ad edictum

Si vulneratus fuerit servus non mortifere neglegentia autem perit, de vulnerato actio erit, non de occiso. Д.9.2.30.4. Паул, из двадесет друге књиге о едикту:

Када је роб рањен, али не смртно, па умре због небриге (нелијечења), тужба (из Аквилејевог закона) се може подићи због рањавања, а не и убијања.

²⁶ Reinhard Zimmermann, op. cit., 1012.

Mirjana Bogunović, LL.M.
Assistant Lecturer
University of Banja Luka, Faculty of Law

DIVIDED RESPONSIBILITY BETWEEN THE TORTFEASOR AND THE VICTIM IN LEX AQUILIA

Summary

In Roman law, when it comes to the assessment of damages, „ all or nothing“ was considered as a main principle. According to this principle, the victim (damaged party) could get either full amount of sustained damage or be denied fee if he contributed to the damage in any way. So, every negligent and harmful conduct of the damaged party was not taken as a circumstance that could influence the reduction of the claim. Although Roman lawyers neither did take into consideration the contribution of the damaged party to the act of tort, nor did they develop specific institute of similar content, modern legal systems have dealt with this issue and created so-called institutes (Contributory negligence, culpa compensatio). Authentic Roman approach to this issue and approach of modern legal systems are drastically different because Roman approach was exclusive. It did not recognize the possibility of dividing responsibility between the tortfeasor and the victim (damaged party), but it only considered who was more responsible and transferred the burden of responsibility to him.

Key words: *Lex Aquilia, fault of the damaged party, divided responsibility, the Roman all or nothing approach, Roman law.*

KVAZI-UGOVOR O DOŽIVOTNOM IZDRŽAVANJU

Dunja Popivoda*

Apstrakt: Kvazi-ugovor o doživotnom izdržavanju je neimenovani ugovor zaključen u smislu odredaba Zakona o obligacionim odnosima i kao takav predstavlja podoban osnov za sticanje prava svojine na nekretnama. Ovaj ugovor ima značajne prednosti u odnosu na kupoprodajni ugovor, ugovor o poklonu i ugovor o doživotnom izdržavanju i zasluguje istaknuto mesto među ugovorima građanskog prava. Autor u radu posebnu pažnju posvećuje ukazivanju na razlike između četiri pomenuta ugovora, a posebno odnosu kvazi-ugovora o doživotnom izdržavanju i ugovora o doživotnom izdržavanju, upravo zbog stava autora da kvazi-ugovor o doživotnom izdržavanju treba da nosi naziv aleatorni teretni ugovor i da ga ne treba uvrstiti među ugovore naslednog prava, već obligacionog prava.

Кljučне речи: zakon, ugovor, teret, svojina, prenosilac, sticalac.

I. POJAM I ZNAČAJ KVAZI-UGOVORA O DOŽIVOTNOM IZDRŽAVANJU

1. Pojam kvazi-ugovora o doživotnom izdržavanju

Kvazi-ugovor o doživotnom izdržavanju ili aleatorni teretni ugovor je neimenovani ugovor zaključen u smislu čl. 26 Zakona o obligacionim odnosima, koji predstavlja nastavak tradicije ugovora o doživotnom izdržavanju po pravnim pravilima obligacionog prava sadržanim u austrijskom imovinskom zakonu koji je važio na teritoriji Vojvodine¹.

Kvazi-ugovor o doživotnom izdržavanju je po svojoj prirodi aleatorni teretni ugovor. On nije zaključen po odredbama zakona o nasleđivanju, već po opštim pravilima ugovornog prava i njegova važnost se procenjuje prema odredbama Zakona o

* Дипл. правник-мастер Дуња Попиво̀да, Адвокат у адвокатској канцеларији “Попиво̀да”

¹ Билтен судске праксе 1, Окружни Суд Нови Сад, оделjenje судске праксе, Врховни Суд Србије, Сл. гласник, Београд, 2002. год.

obligacionim odnosima. Ipak, Zakon o nasleđivanju² ne isključuje mogućnost da se i posle stupanja na snagu ovog zakona može zaključiti ugovor o doživotnom izdržavanju kojim se jedan ugovornik obavezuje da izdržava doživotno drugog ugovornika, a u kojem drugi ugovornik izjavljuje da mu još za svoga života ustupa u svojину svu svoju imovinu ili njen deo. Znači da je takav ugovor valjan ukoliko je zaključen u pismenoj formi i overen u Sudu (ne od strane sudije)³. 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 važnosti. Ugovor nema svečanu formu, već se za njegovu punovažnost traži da isti bude overen kod nadležnog osnovnog suda, kao i svi drugi dvostrano teretni ili dobročini pravni poslovi (bitna je činjenica da je za punovažnost potrebno da ugovor bude pisan i overen, prikazan Ministarstvu finansija - Upravi prihoda i da se nakon plaćanja poreza na prenos apsolutnih prava podnese zahtev za upis prava vlasništva kod nadležne zemljišne knjige ili Republičkog geodetskog zavoda - Službe za katastar nepokretnosti).

Naročito je potrebno napomenuti da ukoliko je prenosilac prava starija osoba lošeg zdravstvenog stanja, upravo iz razloga što ugovor ne može da se pobija zbog mana volje, prilikom sačinjenja ovog ugovora prenosioca treba da pregleda lekar, specijalista neuropsihijatrije (najbolje stalni sudski veštak), kako bi ustanovio da li je prenosilac sposoban da zaključi takav ugovor, odnosno da li na njegovoj strani ima znakova narušenosti svesti i volje, da li je sposoban za rasuđivanje i slobodno izražavanje svoje volje odnosno da li je u potpunosti poslovno sposoban za ovu pravnu radnju.

Aleatornost predstavlja neizvesnost u dužini trajanja ovog ugovora, a sa druge strane aleatornost je uslov važnosti ovog ugovora; njegova punovažnost se ne može procenjivati prema pravilima o rušljivim, nego po pravilima o ništavim pravnim poslovima. Prenos prava vlasništva na nekretnini sa imena prenosioca prava kao jedne ugovorne strane na ime sticaoca prava kao druge ugovorne strane vrši se u trenutku zaključenja 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 u pitanju veoma redak ugovor u našoj svakodnevnoj praksi, a vezano za prenos prava vlasništva na nekretninama, ovaj ugovor može u sebi da sadrži sledeće obaveze sticaoca prava kao jedne ugovorne strane, a koje se odnose na ispunjenje njegove obaveze u pogledu izvršenja ugovora:

- sticalac prava može ugovorom biti obavezan da, počev od zaključenja ovog ugovora, isplaćuje svakog meseca celokupne režijske troškove stanovanja,
- da plaća troškove stana koji je predmet ovog ugovora,

² Zakon o nasleđivanju, *Sl. Glasnik RS*, broj 46/95, 101/2003 - odluka USRS, čl.122.

³ M. Ubavić, *Ugovori o doživotnom izdržavanju*, Beograd, 2004. god.

- da vodi računa o održavanju stana, na primer zamenu dotrajalih slavina, bojlera i slično,
- zatim, da nekoliko puta nedeljno posećuje prenosioca prava, kojom prilikom treba da izvrši održavanje higijene kuće/stana, pranje garderobe i veša,
- da u slučaju bolesti prenosioca prava neguje, leči i dvori, da po potrebi obezbedi lekove i drugi sanitetski materijal, i
- da ga nakon smrti sahrani saglasno mesnom i verskom običaju...

Prethodno pobrojane obaveze sticaoca prava su moguće, ali nisu obavezne, zavise od ugovorenog odnosa između prenosioca i sticaoca prava. Široko područje autonomije volje ugovornih strana dozvoljava kreiranje ovog ugovora za svaki slučaj zasebno.

Prema presudi Vrhovnog suda Srbije⁴ posl. br. rev. 1967/05 od 13.04.2006. godine, aleatorni teretni ugovor, kao neimenovani pravni posao, sadrži elemente nekih imenovanih ugovora. U pitanju su dvostrano teretni pravni poslovi.

Zaključenje neimenovanog ugovora nije protivno Zakonu o obligacionim odnosima⁵, jer je istim zakonom u čl. 10 predviđeno da su strane u obligacionim odnosima slobodne, u granicama prinudnih propisa, javnog poretka i dobrih običaja, da svoje odnose urede po svojoj volji. Prema čl. 20 istog zakona, strane mogu svoj odnos da urede drugačije nego što je to ovim zakonom uređeno, ako iz pojedine odredbe ovog zakona ili iz njenog smisla ne proističe šta drugo. U čl. 25 st. 1 predviđeno je da se odredbe zakona, koje se odnose na ugovore, primenjuju na sve vrste ugovora, osim ako za ugovore u privredi nije izričito drugačije određeno, a u st. 3 da se odredbe zakona koje se odnose na ugovore shodno primenjuju i na druge pravne poslove.

U ovako postavljenim okvirima, stranke mogu slobodno uređivati svoje međusobne odnose i zaključivati određene pravne poslove, naravno poštujući pritom i načela savesnosti i poštenja, ravnopravnosti strana, zabrane zloupotrebe prava, zabrane prouzrokovanja štete, načelo jednake vrednosti uzajamnih davanja, kao i ostala načela kojima se regulišu međusobna prava i obaveze ugovornih strana.

Ovde se postavlja jedno interesantno pitanje, a tiče se načela jednake vrednosti uzajamnih davanja, pre svega imajući u vidu da ne postoji propis kojim se ovo pitanje uzajamnih davanja utvrđuje i uređuje. Zbog toga je bitno istaći da se ceni faktička situacija u momentu zaključenja ugovora, a dužina trajanja davanja u sebi sardži aleatornost (neizvesnost) zbog dužine trajanja ovog ugovora. Upravo je ovde sličnost između aleatornosti kod ispunjenja obaveze iz ugovora o doživotnom izdržavanju na strani davaoca izdržavanja i aleatornosti kod ove vrste ugovora kod davanja na strani sticaoca prava. Život koji je pred ugovornim stranama ne može odrediti, niti je to njegova svrha, dužinu trajanja ugovora, već se isključivo zna u

⁴ Presuda Vrhovnog suda Srbije posl. br. Rev.1967/05 od 13.04.2002. godine.

⁵ Zakon o obligacionim odnosima, *Sl. List SRJ*, broj 31/93, *Sl. List SCG* broj 1/2003- Ustavna povelja

momentu zaključenja ugovora koje stvarno pravo se prenosi u korist sticaoca, dok se ispunjenje obaveze, bez obzira o kojim dobrima je reč, veže za dužinu života na strani prenosioca prava koji je do momenta zaključenja ugovora bio titular stvarnog prava na određenim nekretninama.

2. Značaj kvazi-ugovora o doživotnom izdržavanju

Kompleksnost ovog ugovora ogleda se i u činjenici što je i po stanovištu najviše sudske instance u Srbiji njegova punovažnost zavisna od zakonskih odredbi Zakona o obligacionim odnosima, zatim opštih pravila imovinskog prava, načela obligacionog prava, a, sa druge strane, mora se voditi računa i o odredbama Zakona o nasleđivanju koji reguliše ugovor o doživotnom izdržavanju. Drugim rečima, za punovažnost ovakvih ugovora, a u svetlu primene čl. 63 i čl. 141 Zakona o obligacionim odnosima, mora se izvršiti provera da li je uopšte ovaj ugovor nastao zbog svoje kompleksnosti ili se radi o nesporazumu između ugovornih strana, kada ugovorne strane zapravo ne znaju šta su zaključile, jer ovaj ugovor, upravo zbog svoje prirode i složenosti, može da predstavlja i zelenaški ugovor, kao i prividni pravni posao.

Kvazi-ugovorom o doživotnom izdržavanju mogu se zasnivati i službenosti na nepokretnostima. Ovde je posebno interesantno ustanovljenje ličnih službenosti na nekretninama, najviše se odnosi na ustanovljenje pravo doživotnog plodouživanja. Kao što je poznato, u pitanju je takva vrsta službenosti, gde titular doživotnog prava plodouživanja ima najšire pravo korišćenja i upotrebe nepokretnosti koja je predmet službenosti i ograničeno je da istu ne može otuđiti, promeniti joj suštinu i dužan je da se prema njoj odnosi pažnjom dobrog domaćina. Nosilac prava doživotnog plodouživanja u okviru svog prava može nepokretnost koristiti za svoje potrebe neograničeno, zatim može ubirati plodove koje donosi nepokretnost, istu može izdavati trećim licima bez saglasnosti vlasnika nekretnine i po svojoj prirodi predstavlja za vlasnika nekretnine najveći teret, jer isti, osim gole svojine, nema niti jedno drugo pravo na nepokretnosti.

U ugovorima ove vrste sreće se i pravo stanovanja koje za vlasnika nepokretnosti predstavlja manji teret od plodouživanja. Ovaj manji teret se ogleda u činjenici što nosilac prava stanovanja ima samo pravo stanovanja i korišćenja predmetne nekretnine, u granicama dok se istim pravom koristi (npr. ulazak u nekretninu i prolazak do dela kuće u kome stanuje, bez prava korišćenja dvorišta, bašte, držanja životinja i dr.).

Kvazi-ugovor o doživotnom izdržavanju kao specifični ugovor i dvostrano teretni pravni posao, u sebi sadrži jednu posebnost koja se sastoji u činjenici da je njegova rasprostranjenost važila na teritoriji Vojvodine, i to upravo iz činjenice što je Vojvodina nekada bila u sastavu Austro-Ugarske Monarhije, a na čijoj teritoriji se primenjivao austrijski imovinski zakon. Iako ovaj neimenovani ugovor datira una-

zad više od jednog veka, isti je i danas prisutan u pravnoj praksi.

Zakonom o prometu nepokretnosti⁶, koji po svojoj prirodi predstavlja *lex specialis*, kao i Zakonom o obligacionim odnosima⁷, koji je po svojoj prirodi *lex generalis*, ovaj ugovor nije posebno obuhvaćen, odnosno nije izdvojen kao zasebna vrsta ugovora (imenovani ugovor) kojim se stiču stvarna i obligaciona prava. Danas se primenjuju opšte odredbe Zakona o obligacionim odnosima, i to čl. 26, po kojem je ugovor zaključen kada su se ugovorne strane saglasile o bitnim sastojcima ugovora.

Za punovažnost ove vrste ugovora kad se stiču stvarna prava na nepokretnostima, ugovor mora biti zaključen u pismenoj formi, što u sebi sadrži pretpostavku iz prethodnog stava.

Naša sudska praksa nema iskustava sa sticanjem prava vlasništva na nepokretnostima putem održaja, a na osnovu aleatornog teretnog ugovora.

I kod sticanja stvarnih prava na nekretninama, a putem ove vrste ugovora putem održaja, sud bi bio u obavezi da ceni savesnost i volju ugovornih strana, formu zaključenja ugovora, a sa druge strane da vodi računa o aleatornosti samog ugovora, vrsti međusobnog davanja, kao i uzajamnosti davanja. Imajući u vidu da je u pitanju dvostrano teretni pravni posao, autor smatra da ne stoje smetnje da se pravo vlasništva na nepokretnostima ne bi moglo steći i putem aleatornog teretnog ugovora. Specifičnost dokazivanja postojanja ugovorne volje prenosioca i sticaoca prava je faktičko pitanje koje bi sud morao utvrđivati u parničnom postupku i takve slučajeve rešavao od slučaja do slučaja.

Na osnovu svega iznetog, autor je stava da je u pitanju specifičan ugovor koji u sebi sadrži arhaičnost propisa, s obzirom na primenu Austrijskog građanskog zakonika, a, sa druge strane, savremene uslove današnjeg pravnog poretka koji dozvoljavaju da se zaključuju ovakvi ugovori uz ograničenja koja su predviđena čl. 103 Zakona o obligacionim odnosima⁸. Sadržina kvazi-ugovora o doživotnom izdržavanju, kao aleatornog teretnog ugovora, veoma je bogata jer dozvoljava da se ovaj ugovor prilagodi raznovrsnim potrebama ugovornih strana, a ujedno omogućava sticanje stvarnih/ obligacionih prava na nepokretnostima mimo standardnih formi.

⁶ Zakon o prometu nepokretnosti, *Sl. Glasnik RS*, broj 42/98.

⁷ Zakon o obligacionim odnosima, supra note 3.

⁸ Zakon o obligacionim odnosima, supra note 3.

II. RAZLIKA KVAZI-UGOVORA O DOŽIVOTNOM IZDRŽAVANJU U ODNOSU NA UGOVOR O PRODAJI, UGOVOR O POKLONU I UGOVOR O DOŽIVOTNOM IZDRŽAVANJU

1. Ugovor o prodaji

a) Pojam

Ugovor o prodaji je takav ugovor kojim se prodavac obavezuje da prenese na kupca pravo svojine na prodatu stvar i da mu je u tu svrhu preda, a kupac se obavezuje da plati cenu i preuzme stvar (čl. 454 st.1 ZOO).

b) Karakteristike

U pitanju je imenovani ugovor, dvostrano obavezan i teretan, najčešće je konsensualan i neformalan, izuzev kada je u pitanu kupoprodaja nepokretnosti, komutativan, mada može da bude i aleatoran.

v) Bitni elementi

Bitni elementi ovog ugovora su: stvar ili pravo i cena. Stvar mora da bude određena, moguća i dozvoljena. Takođe mora biti u prometu, a ukoliko je u pitanju stvar koja je u ograničenom prometu, onda važe posebni propisi; može se odnositi i na buduću stvar. Pravo može biti predmet ugovora ukoliko je prenosivo. Cena je izražena u novcu, određena ili određiva, stvarna i srazmerna, jer u suprotnom, ukoliko cena nije pravična može se uz ispunjenje određenih uslova zahtevati poništaj ugovora.

Ugovor o prodaji, kao dvostrano teretan, rađa obaveze i na strani prodavca i na strani kupca.

Prodavac ima obavezu predaje stvari kupcu na način, u vreme i na mestu predviđenim ugovorom, a što ima za cilj da kupca učini vlasnikom stvari, kao i obavezu zaštite u slučaju materijalnih i pravih nedostataka stvari. Obaveze kupca su isplata cene i preuzimanja stvari.

2. Razlika kvazi-ugovora o doživotnom izdržavanju u odnosu na ugovor o prodaji

Kvazi-ugovor o doživotnom izdržavanju je neimenovan, aleatoran, teretan, dvostrano obavezan, za razliku od ugovora o prodaji koji je imenovan, komutativan ili aleatoran, teretan, dvostrano obavezan. Ugovor o prodaji je u načelu neformalan, odnosno važi načelo konsensualnosti, međutim kada je u pitanju promet nepokretnosti onda je formalan, tj. u pismenom obliku sa overenim potpisima ugovornih strana i u tome je sličnost ova dva ugovora, jer kvazi-ugovor o doživotnom izdržavanju

mora da bude zaključen u pismenoj formi sa overenim potpisima upravo zbog njene dokazne snage i kao uslova punovažnosti samog ugovora.

Kvazi-ugovor o doživotnom izdržavanju predstavlja osnov sticanja prava svojine i drugih prava na nepokretnostima, i to u trenutku zaključenja ugovora, dok se kod ugovora o prodaji prenos prava vlasništva vrši u trenutku zaključenja ugovora i predaje stvari i upravo je njihova primarna sličnost u tome što se za oba ugovora prenos prava vlasništva vrši u trenutku zaključenja ugovora. Za oba ugovora se u roku od 15 dana od dana overe mora podneti poreska prijava za porez na prenos apsolutnih prava, a nakon plaćenog poreza i podnošenja zahteva za upis prava vlasništva, dolazi do same uknjižbe prava vlasništva na nepokretnostima, sa imena prodavca na ime kupca, odnosno sa imena prenosioca u korist sticaoca prava. Takođe, oba ugovora mogu biti raskinuti zbog povrede ugovora od strane jedne ugovorne strane, pri čemu druga strana ima pravo da zahteva naknadu štete koju zbog toga trpi; mogu se, kao teretni pravni poslovi, pobijati paulijankom tužbom u roku od 3 godine od dana zaključenja pravnog posla.

3. Ugovor o poklonu

a) Pojam

Ugovorom o poklonu poklonodavac poklonopromcu predaje ili se obavezuje da preda određenu stvar u svojinu ili da mu prenese neko drugo pravo, bez naknade. Ovim ugovorom poklonodavac raspolaže svojom imovinom u nameri da uveća imovinu poklonopromca na teret svoje imovine. Nije regulisan Zakonom o obligacionim odnosima, te se na njega primenjuju opšta pravila ugovornog prava, kao i odredbe Srpskog građanskog zakonika, odredbe Porodičnog zakona i Zakona o nasleđivanju.

b) Karakteristike

Ugovor o poklonu je realan, tj. formalan – potrebna je saglasnost volja i predaja stvari ili pismena forma (tzv. konkurencija formi), jednostrano obavezan, dobroćin, komutativan, često intuitu personae.

v) Bitni elementi

U bitne elemente ugovora o poklonu spadaju stvar ili pravo i namera darežljivosti (animus donandi). S obzirom da je ovaj ugovor jednostrano obavezan, to obaveze nastaju samo na strani poklonodavca, dok poklonoprimac ima određena prava. Obaveze poklonodavca su predaja stvari ili prava i naknada štete zbog neispunjenja ili zadocnjenja, s tim što se ograničava samo na štetu prouzrokovanu namerno ili krajnjom nepažnjom. Interesantno je, u odnosu na ugovor o prodaji, da poklonodavac nema obavezu zaštite od materijalnih i pravnih nedostataka stvari.

g) Opozivanje ugovora o poklonu

Opozivanje ugovora o poklonu je moguće od strane poklonodavca i od strane trećih lica. Opozivanje od strane poklonodavca postoji u slučaju nezahvalnosti

poklonoprimca, nedostatka sredstava za život, razvoda ili poništenja braka između poklonodavca i poklonoprimca, dok opozivanje od strane trećih lica može biti kod nužnih nasljednika, ako je povređen njihov nužni nasledni deo, lica koja je poklonodavac dužan da izdržava i poverioca poklonodavca.

4. Razlika kvazi-ugovora o doživotnom izdržavanju u odnosu na ugovor o poklonu

Kvazi-ugovor o doživotnom izdržavanju je neimenovan, aleatoran, teretan, dvostrano obavezan, za razliku od ugovora o poklonu, koji je imenovan, ali neregulisan Zakonom o obligacionim odnosima, komutativan, dobročin, jednostrano obavezan, intuitu personae. Ugovor o poklonu je formalan – potrebna je saglasnost volja i predaja stvari ili pismena forma i u tome je sličnost ova dva ugovora, jer kvazi-ugovor o doživotnom izdržavanju mora da bude zaključen u pismenoj formi sa overenim potpisima, upravo zbog njene dokazne snage i kao uslov punovažnosti samog ugovora.

Kvazi-ugovor o doživotnom izdržavanju predstavlja osnov sticanja prava svojine i drugih prava na nepokretnostima, i to u trenutku zaključenja ugovora, dok se kod ugovora o poklonu prenos prava vlasništva takođe vrši u trenutku zaključenja ugovora (saglasnost + predaja stvari ili pismena forma sa overenim potpisima) i upravo je u tome što se za oba ugovora prenos prava vlasništva vrši u trenutku zaključenja ugovora njihova primarna sličnost. Za oba ugovora se u roku od 15 dana od dana overe mora podneti poreska prijava, i to za ugovor o poklonu poreska prijava na nasleđe i poklon (uz napomenu da, ukoliko je učinjen poklon između roditelja i dece ili supružnika, dolazi do oslobađanja plaćanja poreza), a nakon plaćenog poreza i podnošenja zahteva za upis prava vlasništva, dolazi do same uknjižbe prava vlasništva na nepokretnostima sa imena poklonodavca na ime poklonoprimca, odnosno sa imena prenosioca u korist sticaoca prava. Oba ugovora mogu biti raskinuti zbog povrede ugovora od strane jedne ugovorne strane, pri čemu druga strana ima pravo da zahteva naknadu štete koju zbog toga trpi. Paulijanska tužba služi za pobijanje dužnikovih pravnih radnji kod oba ugovora, što znači da je kod ugovora o poklonu koriste poverioci poklonodavca kao treća lica.

Da zaključimo, suštinska sličnost između prethodno pomenuta tri ugovora i to kvazi-ugovora o doživotnom izdržavanju, ugovora o prodaji i ugovora o poklonu, je u tome što se prenos prava vlasništva na nekretninama vrši u trenutku zaključenja ugovora, što se ugovori zaključuju u pismenoj formi sa potpisima overenim u sudu.

5. Ugovor o doživotnom izdržavanju

a) Pojam

Ugovor o doživotnom izdržavanju je ugovor kojim se primalac izdržavanja obavezuje da se posle njegove smrti na davaoca izdržavanja prenese pravo svojine na tačno određenoj stvari ili kakvo drugo pravo, a davalac izdržavanja se obavezuje da ga, kao naknadu za to, izdržava i brine se o njemu do kraja njegovog života i da ga posle smrti sahrani.⁹

Ovaj ugovor u našem pravu može nastati po opštim pravilima građanskog prava zahvaljujući slobodi ugovaranja (čl.10 ZOO), na osnovu testamenta ili na osnovu odredbe u ugovoru o ustupanju i raspodeli imovine za života. Prava, odnosno stvari obuhvaćene ovim ugovorom, moraju postojati u trenutku zaključenja ugovora i moraju biti specifikovani, tj. tačno određeni. Ako nešto drugo nije ugovoreno, obaveza izdržavanja pre svega obuhvata obezbeđivanje stanovanja, hrane, odeće i obuće, odgovarajuću negu u starosti i bolesti, troškove lečenja i svakodnevnih uobičajenih potreba (čl. 194 ZON RS)¹⁰. Takođe, u našem pravu, po pravilu, ne postoji obaveza davaoca izdržavanja za dugove primaoca izdržavanja, s tim da ova odgovornost postoji ako je to ugovoreno, npr. ukoliko se radi o hipotekovanoj nepokretnosti, preuzimanju duga, pristupu dugu itd.

b) Karakteristike

Ugovor o doživotnom izdržavanju je obligacioni ugovor, bez obzira što ga reguliše Zakon o nasleđivanju, te ima poseban značaj za nasledno pravo, jer imovina koja je njime obuhvaćena ne ulazi u zaostavštinu primaoca izdržavanja. Isti je dvostrano obavezan, teretan, aleatoran, intuitu personae (zaključuje se zbog naročitih svojstava ličnosti), ugovor sa trajnim izvršenjem obaveze, formalan.

Za zaključenjem ovog ugovora predviđena je stroga forma: ugovor mora biti zaključen u pismenom obliku i mora ga overiti sudija koji je dužan da pre overe strankama pročita ugovor i primaoca izdržavanja naročito upozori na to da imovina koja je predmet ugovora ne ulazi u njegovu zaostavštinu i da se njome ne mogu namiriti nužni naslednici. U suprotnom, ugovor je ništav. Zakon o obligacionim odnosima¹¹ u čl. 73 predviđa da ukoliko su stranke u celosti ili pretežnom delu izvršile ugovorne obaveze, ugovor je punovažan ako to nije suprotno cilju radi koga je propisana forma ugovora. Takođe, Zakon o nasleđivanju predviđa i jedan poseban slučaj ništavosti ovog ugovora kada je davalac izdržavanja fizičko ili pravno lice koje se u okviru svog zanimanja, odnosno delatnosti, stara o primaocu izdržavanja kao npr.

⁹ O. Antić i S. Panov: Porodično i nasledno pravo, priručnik za polaganje pravosudnog ispita, Bg. 2008.

¹⁰ Zakon o nasleđivanju RS, *Sl. glasnik RS*, br. 46/95.

¹¹ Zakon o obligacionim odnosima, supra note 3.

medicinsko osoblje, bolnice... i to upravo zbog postojanja mogućnosti zloupotreba u praksi da se serijski zaključuju takvi ugovori, s obzirom da se takva lica inače bave pružanjem pomoći, nege i brige, najčešće starijim osobama.

v) *Prestanak ugovora*

Ugovor o doživotnom izdržavanju može biti raskinut iz više razloga, i to: sporazumno, zbog promjenjenih okolnosti (*rebus sic stantibus*), zbog poremećenih odnosa, zbog neispunjenja, kada davalac izdržavanja umre pre primaoca.

Ugovor o doživotnom izdržavanju može biti raskinut sporazumno u svako doba, osim, naravno, kada je ugovor u potpunosti izvršen. Prema Zakonu o obligacionim odnosima, formalni ugovori, kakav je i predmetni ugovor, mogu biti raskinuti i neformalnim sporazumom izuzev kada je u pitanju model ugovora o doživotnom izdržavanju, gde se svojina prenosi u momentu zaključenja ugovora. Zakonodavac je ovde imao u vidu upravo aleatorni teretni ugovor kao neimenovani ugovor, odnosno kvazi-ugovor o doživotnom izdržavanju kojim se prenose prava na nepokretnostima u trenutku zaključenja ugovora, a koji je zaključen u pisanom obliku uz overu potpisa u Sudu. Ugovor o doživotnom izdržavanju može biti raskinut i zbog promjenjenih okolnosti i to bilo na strani primaoca izdržavanja, bilo na strani davaoca izdržavanja. Kada posle zaključenja ugovora, na strani ugovornih strana, nastupe takve okolnosti koje otežavaju ispunjenje ugovornih obaveza ili osujete ostvarenje cilja ugovora, i to u oba slučaja u tolikoj meri da ugovor više ne odgovara realnim očekivanjima stranaka, a bilo bi nepravično održati ga na snazi. Kada postoje promjenjene okolnosti (*rebus sic stantibus*) sud može ponovo urediti ugovorne odnose, može pravo primaoca preinačiti u doživotnu rentu ili može raskinuti ugovor. Ugovor o doživotnom izdržavanju može biti raskinut zbog neispunjenja ili neurednog ispunjenja obaveza, kao npr. kvalitativni ili kvantitativni nedostaci u činidbi, neizvršenje o roku itd. Raskid ovog ugovora može se zahtevati i zbog poremećenih odnosa između ugovarača, kada se odnosi toliko poremete da postanu nepodnošljivi, naročito kada se ima u vidu da je ovo ugovor *intuitu personae*, odnosno da je zaključen s obzirom na naročita svojstva ličnosti. Do raskida može doći i kada davalac izdržavanja umre pre primaoca izdržavanja, a njegovi naslednici prvog naslednog reda ne prihvate obavezu iz ugovora koji je njihov prethodnik zaključio. Posebno je važno da se ne može tražiti raskid ovog ugovora zbog *prekomernog oštećenja*, jer se radi o aleatornom ugovoru, upravo zbog neizvesnosti dužine njegovog trajanja u trenutku zaključenja ugovora. Međutim, Zakon o nasleđivanju ipak kaže da na zahtev zakonskih naslednika primaoca izdržavanja, Sud može poništiti ugovor o doživotnom izdržavanju ako zbog bolesti ili starosti primaoca izdržavanja ugovor nije predstavljao nikakvu neizvesnost za davaoca izdržavanja, te time aleatornost kao uslov punovažnosti ovog ugovora nije postojala, a koje pravo zastareva u subjektivnom roku od jedne godine, a svakako u objektivnom roku od tri godine, računajući od smrti primaoca izdržavanja.

6. Razlika kvazi-ugovora o doživotnom izdržavanju u odnosu na ugovor o doživotnom izdržavanju

Kvazi-ugovor o doživotnom izdržavanju je neimenovan, aleatoran, teretan, dvostrano obavezan, formalan, za razliku od ugovora o doživotnom izdržavanju koji je imenovan i reguliše ga Zakon o nasleđivanju, a na njega se primenjuju opšta pravila ugovornog prava iz Zakona o obligacionim odnosima, dvostrano obavezan, teretan, aleatoran, intuitu personae (zaključuje se zbog naročitih svojstava ličnosti), ugovor sa trajnim izvršenjem obaveze, formalan. Odmah se uočavaju brojne sličnosti između ova dva ugovora, kao što su aleatornost, formalnost u zaključivanju, dvostrana obaveznost i teretnost. Aleatornost u smislu neizvesnosti trajanja ovih ugovora u trenutku zaključenja, te se i na aleatorni teretni ugovor ima primeniti odredba Zakona o nasleđivanju, koja kaže da ako zbog bolesti ili starosti, u ovom slučaju prenosioca prava, ugovor nije predstavljao nikakvu neizvesnost za sticaoca prava, pa samim tim aleatornost kao uslov punovažnosti ovog ugovora nije postojala. Takođe, što se tiče forme zaključenja ovih ugovora, postoji uočljiva razlika; ugovor o doživotnom izdržavanju mora biti zaključen u pismenom obliku i mora ga overiti sudija koji je dužan da pre overe strankama pročita ugovor i promaoca izdržavanja naročito upozori na to da imovina koja je predmet ugovora ne ulazi u njegovu zaostavštinu i da se njome ne mogu namiriti nužni naslednici, jer je u suprotnom ugovor ništav, dok se kvazi-ugovor o doživotnom izdržavanju takođe zaključuje u pismenom obliku uz overu potpisa ugovornih strana u sudu, s tim da je potrebno da sastavljač ovog ugovora strankama predoči posledice zaključenja istog i to navede kao posebnu ugovornu odredbu, a ne da to čini sudija. Suštinska razlika između ugovora o doživotnom izdržavanju i kvazi-ugovora o doživotnom izdržavanju jeste u trenutku prenosa prava vlasništva: kod ugovora o doživotnom izdržavanju prenos prava vlasništva se ne vrši u trenutku zaključenja ugovora, već nakon smrti primaoca izdržavanja, te ukoliko davalac izdržavanja umre pre primaoca izdržavanja, a njegovi naslednici prvog naslednog reda ne prihvate obavezu iz ugovora koji je njihov prethodnik zaključio, ugovor se smatra raskinutim; dok se kod drugog ugovora prenos prava vlasništva vrši u trenutku sačinjenja ugovora, a obaveze sticaoca prava svakako traju do kraja života prenosioca prava, jer se ugovor u suprotnom može raskinuti. Raskid ugovora je moguć, naravno, na osnovu sporazuma prenosioca i sticaoca prava, zbog promenjenih okolnosti (*rebus sic stantibus*) koje, da su postojale u trenutku zaključenja ugovora, stranke ne bi isti ugovor ni zaključile, zbog poremećenih odnosa, zbog neispunjenja obaveze od strane sticaoca prava. Posebno ističem da, kada sticalac prava umre pre prenosioca prava, to ne dira u njegova već stečena prava, jer je prenos prava vlasništva izvršen u trenutku zaključenja ugovora (npr. stekao je svojину na nepokretnosti putem ovog ugovora), te na taj način njegovu imovinu nasleđuju njegovi zakonski naslednici, dok kod ugovora o doživotnom iz-

državanju to nije slučaj, već se taj ugovor raskida ukoliko davalac izdržavanja umre pre primaoca, a naslednici prvog naslednog reda davaoca izdržavanja ne prihvate obavezu iz ugovora koji je njihov prethodnik zaključio.

Znači, ova dva ugovora ni u kom slučaju ne treba poistovećivati, jer upravo zahvaljujući razlikama među njima, ugovorne strane, na osnovu autonomije volje, svoje međusobne odnose mogu do najsitnijih detalja da urede i da ih prilagode svojim potrebama, a istovremeno da njihove želje budu pravno uobličene.

Jedan deo pravne misli se priklanja stanovištu da je kvazi-ugovor o doživotnom izdržavanju kao aleatorni teretni ugovor samo jedan modalitet ugovora o doživotnom izdržavanju. Ovo posebno kada se ima u vidu odredba Zakona o obligacionim odnosima, prema kojoj se formalni ugovori, kakav je i predmetni ugovor, mogu raskinuti i neformalnim sporazumom, izuzev kada je u pitanju model ugovora o doživotnom izdržavanju, gde se svojina prenosi u momentu zaključenja ugovora (mислеći upravo na aleatorni teretni ugovor).

Autor smatra da aleatornom teretnom ugovoru ili kvazi ugovoru o doživotnom izdržavanju, upravo zbog njegovog značaja i pravnih mogućnosti koje pruža ugovornim stranama, treba dati posebno mesto i ne svrstavati ga u model ugovora o doživotnom izdržavanju. To je neimenovan ugovor, te kao takav nije regulisan Zakonom o obligacionim odnosima, niti Zakonom o nasleđivanju, iako se na njega primenjuju odredbe ovih pozitivnih propisa i opšta pravila ugovornog prava. Ugovornicama omogućava pravno doterivanje međusobnih odnosa do željenih detalja i time ističe bogatstvo građanskog prava, prvenstveno obligacionog prava, stvarnog prava, a zatim i naslednog prava.

III. ZAKLJUČAK

O značaju kvazi-ugovora o doživotnom izdržavanju postojalo je načelno mišljenje Saveznog vrhovnog suda iz 1957. god., koje je i dalje validno: „Propisom čl. 122 važećeg zakona o nasleđivanju, ne isključuje se da se i posle stupanja na snagu ovog zakona može zaključiti ugovor o doživotnom izdržavanju, kojim se jedan ugovornik obavezuje da doživotno izdržava drugog ugovornika ili treće lice, a u kome drugi ugovornik izjavljuje da mu još za svog života ustupa u svojinu svu svoju imovinu ili jedan njen deo. Ukoliko ispunjava druge uslove za valjanost ugovora i ukoliko je sastavljen u obliku koji je propisan posebnim zakonom (čl. 9 Zakona o prometu zemljišta i zgrada), ovakav ugovor među stranama važi iako nije overen od sudije...”

„Ovaj oblik ugovora o doživotnom izdržavanju je svojevrstan ugovor o teretnom raspolaganju nepokretnostima, po pravilima imovinskog prava, za koji nije predviđena posebna forma (Vrhovni sud BiH broj Rev. 225/86).

„Ovaj ugovor nije klasičan ugovor o doživotnom izdržavanju, već obligacionopravni ugovor (*sui generis*), čiji je predmet promet nepokretnosti i mora ispu-

njavati uslove iz Zakona o prometu nepokretnosti (Vrhovni sud Srbije broj Rev. 2195/93).

Prethodno pomenute revizijske odluke, odnosno stavovi vrhovnih sudova, samo potvrđuju egzistenciju ovog ugovora u praksi.

Karakteristike kvazi-ugovora o doživotnom izdržavanju su: neimenovan, dvostrano obavezan, zaključen među živima (*inter vivos*), aleatoran, teretan, intuitu personae, formalan. Ovaj ugovor ima raznovrsnu sadržinu i izuzetan značaj, prvenstveno za obligaciono, a zatim i stvarno pravo. Sa jedne strane, omogućava ugovornim stranama da svoju životnu situaciju pravno uobliče, a sa druge strane, široka lepeza ugovora građanskog prava bogatija je za jednog člana.

S u m m a r y

Quasi-contract for life support is an unnamed contract concluded pursuant to the provisions of the Law on Obligations and as such represents a suitable basis for the acquisition of title to Real Estate. This agreement has significant advantages over the purchase contract, the contract of gift and the contract of life support and deserves a prominent place among the contracts of civil law. The author pays special attention to pointing out the differences between the four above-mentioned agreements and in particular compared quasi-contract for life support and agreement on life support because of the attitude of the author that quasi-contract for life support should not be included among the contracts of inheritance rights but as a part of contract law.

Key words: *law, contract, burden, ownership, transferor, acquirer.*

ШТА ЈЕ ТО ШТО ЗАСТАРЕВА (ПРЕДМЕТ ЗАСТАРЕЛОСТИ)

Срђан Радуловић*

„Време тече мимо сваке ствари и добро се може вратити као зло, а зло као добро“.

Макијавели, Н.

Сажетак: *Како су у нашој земљи увелико започете активности на спровођењу у живот дуго времена присутне идеје о доношењу грађанског законика, осетили смо потребу да творцима овог акта укажемо на значај института застарелости, али и на отвореност бројних суштинских питања у вези са њим. Рад овог обима допуштао је да се бавимо свега једним од њих, стога смо се одлучили да пажњу посветимо питању предмета застарелости као, по нама барем, централном, како због теоријског, тако и због његовог практичног значаја.*

Како бисмо што прецизније одговорили на питање шта је то што застарева, у првом смо делу рада размотрили правна дејства застарелости, да бисмо у другом делу рада комбинацијом аналитичко-дедуктивне методе и методе моделовања дошли до тога да су грађанска субјективна права предмет застарелости. То нас је даље водило у истраживање могућности застаревања појединих грађанских субјективних права, опет применом поменутих метода.

Кључне речи: *Предмет застарелости, застарива субјективна права, правна дејства застарелости, натуралне облигације.*

Уводне напомене

Имајући у виду мноштво критеријума - историјат, присуство у свим областима права, улогу, а пре свега безизузетну прихваћеност у свим модерним правним порецима, као једног од најзначајнијих правних института данашњи-

*Срђан Радуловић, докторант на Правном факултету Универзитета у Приштини.

це, са правом можемо издвојити застарелост. Како су се, свесни тога, теоретичари права кроз историју радо и са великим жаром упуштали у обраду ове проблематике, могли бисмо закључити да је овај институт до детаља објашњен, те да у вези са њим нема спорних питања.

Такав би закључак, међутим, био погрешан, јер ситуација је битно друкчија. Наиме, због низа нерешених суштинских питања, на свим нивоима бављења правом наилазимо на потешкоће, недоречености и недоумице.

У покушају да одклонимо једну такву недоумицу и тако дамо скромни допринос теорији права, истраживачку енергију усмерили смо на оно што смо трамо не само „централним“, већ и „претходним питањем“ у вези са застарелосту, а то је питање одређења објекта застарелости.

Не можемо рећи да правна теорија није понудила одговор на ово питање. Јесте, више њих. Ипак, ниједан од њих не можемо прихватити без извесне резерве, а заједничка критика која се може упутити свим понуђеним решењима је да су она, у најмању руку, једнострана и непотпуна.

У чему се огледа управо поменуто непотпуно одговора? Изненађујуће је, али при анализи ове проблематике као да се не води довољно рачуна о правним дејствима која застарелост производи, па чак ни о суштини термина застарелост. Као последица тога, не само да се праве грешке у теоријским излагањима, већ грешке налазимо и у законским текстовима, што је, смо трамо, неприхватљиво.

Имајући то у виду, а у жељи да понудимо прецизније одређење објекта застарелости, смо трамо да је у потрази за одговором нужно изнаћи другачији приступ који подразумева, између осталог, и обавезно испитивање правних дејстава застарелости, јер верујемо да се само кроз суптилну анализу ефеката које овај институт производи може створити темељ за давање одговора на питање шта је то што застарева. Тек након тога се можемо упустити у анализу понуђених одговора на то питање и презентацију нашег „новог - старог“ одговора са новим аргументима.

1. Правна дејства застарелости

Остваривање грађанских субјективних права у највећем делу почива на добровољном понашању у складу са наметнутом или преузетом обавезом. Такав спонтан вид понашања у складу са обавезом је редован, уобичајен и са становишта правног поретка, али и читавог друштва, пожељан начин реализације грађанских субјективних права и тада нема потребе за мешањем државе. Потреба за мешањем настаје тек ако је субјективно право на неки начин повређено или угрожено. Међутим, без обзира на степен угрожености субјективног права, држава, по правилу, неће самоиницијативно покренути поступак за пружање правне заштите.

Наиме, у складу са начелом аутономије воље, титулар субјективног права не само да сам одлучује да ли ће га вршити или не, већ и сам одлучује да ли ће затражити заштиту државе уколико његовом субјективном праву прети каква опасност.¹ Тако, титулар права које је повређено или угрожено се, сем у ретким изузецима када је самозаштита дозвољена² или када суд *ex officio* покреће поступак³, ради заштите свог права има обратити суду као специјализованом државном органу за пружање правне заштите.

Уколико се титулар права одлучи да своје право заштити, поставља се питање на који ће начин он покренути поступак пружања заштите. Средство које му у том случају стоји на располагању јесте тужба, као иницијална парнична радња која садржи захтев за пружањем правне заштите и доношењем пресуде одређене садржине.⁴

На основу претходно реченог, стиче се утисак да је тужба припадак уз субјективно право, односно његов „верни пратилац“. И старија правна теорија као да је резоновала у том маниру⁵, но након што је процесна теорија у потпуности раздвојила право на тужбу од субјективног права⁶, у материјалноправној теорији је одвајање субјективног права од тужбе и на њему утемељено схватање да „могућност утужења и принудног извршења чини типично, али не и нужно појмовно обележје тражбине“⁷ добило свој ослонац. Другим речима, постоје и такве категорије субјективних права која не уживају судску заштиту и која се не могу принудно извршити. Таква се права називају натуралним, то јест природним облигацијама.

¹ Начело диспозитивности је једно од начела на коме почива наше грађанско процесно право. У складу са овим начелом титулар права сам одлучује да ли ће покренути поступак за заштиту свог повређеног или угроженог права и о чему ће се пред судом расправљати (У том смислу: Станковић, Г.: *Грађанско процесно право, свеска прва, Грађанско парнично процесно право*, Ниш, 2007, стр. 224 и даље). Сматрамо да је оно изведено из начела аутономије воље као ширег, то јест да је његов „дериват“, што даље указује на нераздвојивост материјалног и процесног права.

² О самозаштити детаљније: Станковић, Г.: *Право на самозаштиту у судској пракси*, Зборник радова „Грађанска кодификација“, св. 3, Ниш, 2004, стр. 171- 187; Станковић, Г.: *Самозаштита као облик грађанскоправне заштите*, Зборник радова „Грађанска кодификација“, св. 1, Ниш, 2002, стр. 235-249.

³ Иако је начело диспозитивности основно, оно није апсолутно већ се у нашем праву комбинује са начелом официјелности које отвара могућност покретања поступка по службеној дужности.

⁴ То је одређење тужбе у формалном смислу. Тужба се, такође, може одредити и у материјалном смислу. У материјалном смислу тужба није ништа друго до писмено, односно документ који садржи тужбу у формалном смислу. (Тако: Марковић, М.: *Грађанско процесно право, Парнични поступак*, књ. 1, св. 1, Београд, 1957, стр. 34-35)

⁵ Видети: Лукић, Д. Р.: *Теорија државе и права, Теорија права*, Београд, 1976, стр. 177.

⁶ Процесна је теорија учинила то на посредан начин кроз изградњу појма странке у процесном смислу према коме је странка оно лице које је подигло тужбу, без обзира да ли има субјективно право или не, истовремено одбацујући материјални концепт странке, према коме је странка могло да буде само лице које је титулар права.

⁷ Радишић, Ј.: *Облигационо право*, Београд, 2004, стр. 47.

Идеја о постојању субјективних права која се не могу заштитити и остварити судским путем потиче из класичног доба римског права. До тада су сва субјективна права могла бити заштићена пред судом, јер правницима, као и уопште људима тог времена, није било појмљиво да неко право не ужива правну заштиту. Ипак, под утицајем грчке филозофије и природноправног учења, римски правници прихватили су постепено идеју о натуралним облигацијама (*obligationes naturales*) које се нису могле пред судом заштитити успешно, али које нису давале право на *condicio indebiti* уколико би дужник поступио у складу са својом обавезом.⁸

Модерна правна теорија није одбацила идеју о натуралним облигацијама. Штавише, под њеним је утицајем овај институт у својим безбројним варијацијама нашао места у правним актима широм Европе. Некада су се натуралним сматрале тражбине из послова које преузме роб, лице *alieni iuris*, недорасло лице (*impuber infantia maior*) без сагласности татора и слично⁹, док данас, као натуралне, правни пореци посматрају тражбине из уговора о допуштеној игри и опклади, тражбине из уговора који нису склопљени у траженој доказној форми и, што је нама посебно битно, застареле тражбине.¹⁰

Под утицајем застарелости се једно право, то јест једна тражбина, претвара у натуралну облигацију. Право, дакле, и даље постоји, али не може се заштитити судским путем. Ипак, у односу на остале натуралне облигације, застарела потраживања имају једну специфичност, а то је да су оне, да тако кажемо, само условно натуралне. Да ли ће се једна тражбина претворити у натуралну облигацију зависи од воље дужника да у поступку пред судом истакне приговор застарелости. Тек уколико дужник истакне поменути приговор, право је застарело и титулар права га не може уз помоћ државе принудити на испуњење обавезе. Оно, субјективно право, најпростије, бива лишено правне санкције као разлике између правних и осталих друштвених односа¹¹. Оно, субјективно право, потпуно свесни строгости таквог изражавања, постаје „дегенерисано“.

Ова је констатација, ипак, у огромној мери ублажена већ поменутиим правилом према којем, уколико дужник и поред наступања застарелости испуни своју обавезу, нема право на повраћај датог, јер он и није исплатио недуговано. Поверилац јесте остао без могућности да принуди дужника на испуњење обавезе, но дужнику и даље остаје могућност да испуни своју обавезу уколико му то налаже савест. Наравно, нема ничег спорног у томе уколико дужник зна за наступелу застарелост, но сматра се да дужник нема право на повраћај датог ни када му чињеница застарелости није била позната.¹²

⁸ О томе детаљније: Перовић, С.: *Натуралне облигације и моралне дужности*, Београд, 1969, стр. 14 и даље.

⁹ Видети: Перовић, С.: *цит. дело*, стр. 15-16.

¹⁰ Видети: Радишић, Ј.: *цит. дело*, стр. 48.

¹¹ Перовић, С.: *Облигационо право*, Београд, 1976, стр. 31.

¹² Валтазар Богишић у члану 589 Општег имовинског законика за Књажевину Црну Гору (у

2. Предмет застарелости

2.1. Предмет застарелости

У складу са претходним излагањем о ефектима застарелости, смаграмо да треба напустити традиционалну и од огромне већине теоретичара прихваћену полазну поставку по којој се услед застарелости било шта губи. Она је погрешна, а када је полазна поставка погрешна, јасно је да ни резултат не може бити исправан. Ипак, ово питање ваља детаљније претрести.

Прво ваља истражити да ли се губи право? Не, право и даље постоји. У супротном, ако бисмо прихватили ту идеју о губитку права, не бисмо били у стању да објаснимо много тога. Тако не бисмо могли да објаснимо како дужник нема право да захтева повраћај датог, уколико је добровољно испунио обавезу, нити бисмо били у стању да објаснимо како се дуг може пребити са застарелим потраживањем.¹³ Такође, не бисмо могли да објаснимо како је могуће да титулар застарелог потраживања успешно истакне приговор неиспуњеног уговора свом дужнику.¹⁴ Необјашњиво би било како се титулар застарелог права може наплатити из оптерећене или задржане ствари.¹⁵ Најзад, нејасно би остало како титулар застарелог права може захтевати од починиоца штете да му, по правилима о стицању без основа, уступи оно што је добио причинењем штете.¹⁶

Из тога недвосмислено произлази да се не губи ни обавеза. Дужникова обавеза и даље постоји¹⁷, осим уколико не бисмо прихватили концепцију о га-

даљем тексту ОИЗ) изражава ту идеју на следећи начин: “Ко изврши какву дужност коју само савјест, част или благонравље изискује, погрешно мислећи да је дужан то учинити, као да је дуг који се судом наплатити може, није властан тражити да му се то што је дао поврати“ (Видети: Богишић, В.: *Општи имовински законик за књажевину Црну Гору и изабрана дјела*, Подгорица-Београд, 1998, стр. 184).

¹³ Видети: 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), чл. 339, ст. 1 и 2. “Дуг се може пребити и са застарелим потраживањем ако оно још није било застарело у моменту када су се стекли услови за пребој.“ (Савезни суд, Гзс, 16/ 79 од 14. 09. 1979. године).

¹⁴ Thug и Escherг наведено према: Радишић, Ј.: *цит. дело*, стр. 365.

¹⁵ Видети: ЗОО РС, чл. 368, ст. 1.

¹⁶ Видети: ЗОО РС, чл. 209.

¹⁷ Иако је систематика ЗОО РС и опредељење законодавца да застарелост уврсти међу начине престанка облигација у правној теорији вишеструко критиковано, осећамо потребу да још једном напоменемо да застаревањем не престаје да постоји право, оно се не губи, већ се стиче могућност употребе посебног приговора (У том смислу: Перовић, С. (ред.): *Коментар Закона о облигационим односима*, књ. 1, Београд, 1995, стр. 770). Потреба је тим пре већа ако имамо у виду да Комисија за израду грађанског законика при Влади Републике Србије (у даљем тексту Комисија) у свој Преднацрт грађанског законика није унела никакве новине у том погледу. Систематика, односно место застарелости у Преднацрту, је готово идентична оној у ЗОО РС

шењу мањег степена¹⁸ [*sic!*].

Да ли се под утицајем застарелости губи право на тужбу? Историјски посматрано, одговор на ово питање био би позитиван, јер је римско право у чијем је окриљу институт застарелости и настао, сматрало да се услед застарелости губи право на тужбу. И заиста, овакво је становиште посве било природно са становишта правног поретка у коме се право стварало претежно на основу појединачних правних аката, то јест судских одлука. У таквој је ситуацији субјективно право исто што и право на тужбу којом се то право штити.¹⁹

Модерна теорија права, међутим, друкчије поима однос тужбе и субјективног права. Она, како смо у претходном делу рада истакли, потпуно одваја право на тужбу и субјективно право. У том смислу, да ли титулара застарелог права неко може спречити да подигне тужбу против дужника? Не може, а то што он неће успети у парници, јер ће његова тужба бити одбачена као недопуштена, за нас је већ мање битно. Стога, не остаје нам ништа друго него да одбацимо концепцију о губитку права на тужбу под утицајем застарелости.

Највећим делом у жељи да се превазиђе проблем са одређењем предмета застарелости, немачка правна теорија је из субјективног права извела као посебно материјалноправно овлашћење захтев, то јест могућност да се захтева принудно извршење обавезе и понудила решење по којем се под утицајем застарелости губи управо захтев.

Чини се да и наш законодавац сматра да се под утицајем застарелости губи захтев као материјалноправно овлашћење²⁰, но ми смо ипак мишљења да су аргументи против идеје о захтеву као предмету застарелости више него довољни да се одбаци и та идеја. Наиме, појам захтева је у огромној мери неодређен и оправдано се сматра да само уноси непотребну забуну. У складу са тим, није најпожељније за објект једног не тако јасног института узимати други још мање јасан институт, а са друге стране, прихватање идеје о губитку захтева не објашњава како нека субјективна права не застаревају, обзиром да сва имају захтев²¹. У крајњој линији, застарелошћу се не губи захтев јер, слично као раније код права на тужбу, титулара застарелог права нико не може спречити да од дужника тражи испуњење обавезе, а то што он са тим захтевом неће успети, за нас није релевантно.

Раније смо већ поменули да се давање одговора на питање шта је објект застарелости не може замислити без представе о ефектима застарелости.

(Видети: *Грађански законик Републике Србије, Преднацрт, Облигациони односи*, књ. 2, Влада Републике Србије – Комисија за израду грађанског законика, Београд, 2009, стр 139 и даље).

¹⁸ Видети: Радишић, Ј.: *цит. дело*, стр. 365.

¹⁹ У том смислу: Ковачевић-Куштримовић, Р.: *Застарелост и субјективно право*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Ниш, 1990, стр. 128.

²⁰ „Застарелошћу престаје право захтевати испуњење обавезе“ (видети: ЗОО РС, чл. 360, ст. 1). Идентична одредба постојала је и у ранијем Закону о застарелости потраживања (Закон о застарелости потраживања, у даљем тексту ЗОЗП), „Сл. лист ФНРЈ“, бр. 40/53 и 57/54 чл. 1).

²¹ Чубински, А.: *О застарелости у грађанском праву*, Београд, 1927, стр. 116-118.

Имајући у виду ефекте које застарелост производи, понављамо, не смемо поћи од идеје да се застарелошћу нешто губи. То уосталом и претходна анализа показује. *Уместо тога треба поћи од тога да под утицајем застарелости нешто застарева, то јест да нешто протеклом времена губи на значају и/ или актуелности* [нагласио аутор С. Р.]. Зар то није суштина и самог израза застарелост?

Шта је онда предмет застарелости? У свакодневном, лаичком говору, увек ћемо чути исто, а то је да је предмет застарелости право, док готово никада нећемо чути да је предмет застарелости, примера ради, захтев или тужба у формалном смислу. Није ту реч увек о непознавању правне терминологије, већ делом и о здраворазумском резонувању. Предмет застарелости заиста јесте субјективно право. Оно под утицајем застарелости, наиме, и даље постоји, али му се не пружа заштита. Зашто? Зато што је са становишта друштва, односно државноправног поретка, оно изгубило свој значај и актуелност, па му се као таквом не пружа заштита. *Субјективно право је, дакле, то које је застарело. Оно је предмет застарелости* [нагласио аутор С. Р.].

2.2. Субјективна права која застаревају

Наравно, када се бавимо питањем објекта застарелости, поготово уколико смо као предмет застарелости одредили субјективно право, природно је запитати се да ли сва грађанска субјективна права застаревају, односно има ли и таквих грађанских субјективних права која се увек могу вршити без обзира на то колико дуго нису вршена претходно. Ово би се питање, на први поглед, могло учинити сувишним обзиром да смо у претходном делу рада јасно рекли да институт застарелости регулише ЗОО РС. То би требало да значи да застаревају само и искључиво облигациона права.

Чини се, дакле, да нема ни потребе за даљим анализама. Но, како у теорији права постоје и битно друкчији ставови, међу којима неки иду у крајност²², неопходно је поставити барем два питања - да ли сва облигациона права застаревају и да ли, поред облигационих, застаревају и нека друга грађанска субјективна права.

Одговор на прво питање је негативан. Постоје изузеци и они нису производ „пуког теоретисања“, већ се и сам законодавац изјашњава у том смислу. Тако ЗОО РС предвиђа да право на издржавање одређено законом не застарева²³. Реч је о изузетку чији значај није доведен у питање и поред тога што

²² Док једни сматрају да сва права застаревају (тако: Лукић, Д. Р.: *Теорија државе и права, Теорија права*, Београд, стр. 185), други тврде да :“[...] права не могу ни оседети, ни оштрбети, ни остарети, па следствено не могу ни застарети“ (тако: Милојковић, П. А.: *Застарелост по грађанском праву*, Бранич, бр. 18, Београд, 1898, стр. 631).

²³ Видети: ЗОО РС, чл. 373, ст. 3.

законодавац предвиђа да застаревају повремена потраживања која су доспела, па чак и ако произлазе из обавезе издржавања²⁴, јер се повремена доспела потраживања третирају као самостална потраживања.²⁵

Више је разлога који овакво решење чине оправданим. Прво, суштина права на издржавање ни не дозвољава друкчије решење, јер ово право има за циљ да обезбеди барем минимум егзистенције за одређено лице. Претпоставимо тако да једно лице има право на издржавање, али да га није неко време вршило. Да ли би тада било исправно дати могућност дужнику издржавања да употребом приговора застарелости гурне у „егзистенцијални понор“ лице које је већ на рубу егзистенције, нарочито ако имамо у виду посебне везе које редовно постоје између даваоца и примаоца издржавања? Одговор је негативан. Не би било исправно.

Даље, како право на издржавање произлази из угрожене егзистенције титулара права на издржавање, оно спада у ред оних права које временом не само да не губе на значају, већ напротив, сваким новим даном доживљавају своју афирмацију јер сваки нови дан додатно угрожава егзистенцију титулара права на издржавање, стога ово право мора остати незастариво, без обзира на разлоге због којих једно лице није вршило раније то своје право.

Најзад, оваквим решењем, држава остварује и један, неки ће можда рећи крајње себичан циљ. Уколико би пружила могућност даваоцу издржавања да се користи приговором застарелости и тако дефинитивно онемогући корисника издржавања да оствари своје право принудним путем, држава мора да преузме обавезу старања о егзистенцији тог лица. То би за државу био значајан, а у временима кризе и неподношљив издатак, стога држава ту обавезу и дефинитивно преваљује на лица блиска угроженом. Ипак, овакво понашање не би требало сматрати себичним, јер обавезу помагања у првом реду требају имати најближи, док је обавеза друштвене заједнице на помагање *тек супсидијарног карактера* [нагласио аутор С. Р.].

Са друге стране, потпуно је прихватљиво да појединачна доспела повремена потраживања која проистичу из права на издржавање застаревају. Оправдање је једноставно – ако је титулар права на издржавање одржао своју егзистенцију без те помоћи пуне 3 године, а то је рок у ком ово потраживање застарева, онда нема ни потребе за давањем средстава за тај давно прошли период, осим уколико давалац издржавања не осећа моралну потребу. У случају прихватања каквог друкчијег решења можемо само да претпоставимо какве бисмо примере злоупотребе права на издржавање и права на камату у пракси сусретали.

Поред поменутог законског права на издржавање, у ред облигационих права која су према изричитој дикцији законодавца незастарива, спада и главница потраживања обезбеђена заложним правом. Заложни поверилац главни-

²⁴ Видети: ЗОО РС, чл. 372, ст. 1.

²⁵ Видети: Перовић, С. (ред): *цит. дело*, стр. 783.

цу потраживања обезбеђеног залогом или хипотеком може наплатити из оптерећене ствари и по протеку рока застарелости, уколико се оптерећена ствар налази у његовим рукама или је његово право уписано у јавној књизи.²⁶

Овакво решење намеће се као природно, јер, као прво, потраживање заложног повериоца услед застарелости није нестало, оно и даље постоји, а као друго, он није ни имао потребе да инсистира на томе да дужник испуни своју обавезу, јер постоји довољна гаранција у виду обезбеђења да ће је дужник о доспелости испунити.

С обзиром да између заложног права и ретенције постоје извесне сличности, а како нема изричите законске одредбе којом је то питање регулисано, у правној теорији постепено је сазрело мишљење да се одредбе које се односе на намирење потраживања обезбеђеног залогом, по аналогији имају применити и на ситуације кад се дужникова ствар нађе код повериоца. То што се облигација под утицајем застарелости претворила у натуралну не мења ништа у праву да се поверилац наплати из вредности ствари која се код њега затекла.²⁷

Закључак је, дакле, да облигациона права застаревају, али не сва. Најисправније је стога рећи да облигациона права застаревају по правилу, чиме јасно указујемо да од тог правила постоје изузеци. Доћи до тог закључка било је једноставно, но како поред облигационих постоји више врста других грађанских субјективних права, остаје нејасно да ли су она „имуна“ на застарелост или застаривост ипак није особина само облигационих права.

Наспрам облигационих, то јест релативних права, стоје апсолутна права. Према уобичајеној класификацији то су стварна, лична, ауторска и друга сродна права, као и право индустријске својине.

Посматрано *in abstracto* делује као да ова права не застаревају, јер код апсолутних права, за разлику од облигационих као релативних, не постоји индивидуализован однос имаоца права и имаоца обавезе. Апсолутно право није ни усмерено према некоме ко има активну обавезу. Једина обавеза свих осталих у односу на титулара апсолутног права је у неометању при вршењу и уживању свог права. Стиче се стога утисак да нема ни потребе, а ни смисла пружити било коме могућност да се ослободи обавезе неометања другог приговором застарелости без обзира колико дуго једно лице није вршило своје право.

Посматрано *in concreto*, то јест са аспекта појединих категорија апсолутних права, већ на самом почетку категорички ћемо одбацити било какву могућност застаревања последње три групе апсолутних права, с обзиром да природа ових права није спојива са институтом застарелости. Тако, на пример, није ни теоретски могуће замислити да застаревају лична права, с обзиром да су она неодојиво везана за личност титулара. Она јесу подложна утицају времена, али у сасвим другачијем смислу. Она протеклом времена не губе на значају, напротив, „добивају на тежини“.

²⁶ Видети: ЗОО РС, чл. 368, ст. 1 и 2.

²⁷ Тако: Перовић, С.(ред): *цит. дело*, стр. 774; Распор, А.: *Застара - систематски приказ по Закону о обвезним односима и по другим законима, са судском праксом*, Загреб, 1982, стр. 14.

Слично је и са ауторским и другим сродним правима, као и правима индустријске својине. И она су неодвојиво везана за личност титулара, барем за време њиховог трајања, јер су она производ креативне, стваралачке енергије титулара. Стога, без обзира да ли су настала као резултат тренутног надахнућа или безброј сати мукотрпног рада, уколико су на законом предвиђени начин заштићена, потпуно је небитно да ли их и колико дуго титулар није вршио.

У вези могућности застаревања претходно побројаних апсолутних права, релативно је лако постићи консензус. Много је већи изазов „ухватити се у коштац“ са могућношћу застаревања стварних права, тачније права својине и службености, јер са тим у вези у правној теорији постоје различита становишта и увек са веома убедљивом аргументацијом.

Право својине може се изгубити неупотребом у одређеном временском периоду, али само ако је ствар била у савесној и законитој државини неког лица, које по протеклу тог времена стиче право својине на односној ствари. Но, тада је реч о одржају, не о застарелости.²⁸ Нас занима да ли се право својине може услед неупотребе изгубити, али без прибављања својине од неког у чијој је државини била ствар.

У погледу застаривости права својине старија правна теорија је држала да је реч о застаривом праву. То мишљење није било без „покрића“. До њега се дошло тумачењем члана 930 СГЗ²⁹, иако поменути члан не даје основа за било какав сигуран закључак о застаривости својине³⁰. Модерна правна теорија, али и део старије теорије³¹, међутим, стоји јединствено на становишту да оно не застарева. Не само због тога што је реч о погрешном тумачењу једне норме, већ и због других разлога.

Пре свега, титулар права својине има, не само овлашћење да своје право врши, већ и да га не врши, јер својим невршењем права не тангира ничију правну сферу. Даље, право својине сваким новим даном добија на значају, па не би било природно да у једном тренутку може ипак да застари. Такође, титулар права својине има непосредну правну власт на ствари која не захтева активно учешће трећих лица, те практично ни нема обавезе које би се приговором застарелости једно лице ослободило. Другим речима, нико се не може ослободити обавезе да титулара права својине не омета у вршењу права. Такође, признавањем могућности застаревања права својине створио би се амбијент за задирање у приватне односе, јер би и држава и трећа лица стално истраживала

²⁸ Тако: Марковић, Л.: *О незастаривости права својине*, Архив за правне и друштвене науке, Београд, Књ. XII, 1911, стр. 253.

²⁹ Станковић, В.: *Застарелост*, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, Том. 3, Београд, 1978, стр. 961.

³⁰ Марковић, Л.: *цит. дело*, стр. 251- 252.

³¹ У том смислу више него интересантну опсервацију кроз конкретан случај из судске праксе видети: Лоренц, Р.: *Право својине и застарелости*, Правни живот, бр. 4, Београд, 1954.

да ли се поменуто право врши.³² Најзад, логички је неприхватљива конструкција застаривог права својине, јер оно је, истиче се, најапсолутније право, те је са њим као таквим неспојива идеја било каквог ограничавања власника, па и у погледу неупотребе своје ствари.³³

Код права својине, јасно, нема места примени правила о застарелости због природе ова два института. Штавише, неки аутори категорички одбацују идеју о застаривости и реивиндикационе тужбе, јер је то нешто што је неспојиво са правном логиком.³⁴

Претресајући ову проблематику темељније, приметимо да остаје као спорно још да ли службености застаревају, јер природа овог стварноправног института не искључује примену одредаба о застарелости у потпуности. У покушају изналагања решења за овај проблем формиране су две дијаметрално супротне теорије. Према првој, због општег карактера ЗОО РС, има места директној примени института застарелости и ван облигационоправних односа. Према другој теорији, такав је став неприхватљив, јер се код других грана права, на пример стварног, иако се кактјад говори о застарелости, не ради о застарелости у ужем смислу, већ о *praescriptio acquisitiva* или преклузивним роковима.³⁵

Резонујући у маниру прве, нешто старије теорије, поједини наши теоретичари одбацили су могућност застаревања свих апсолутних права, па и права службености као стварног права, додајући да протеклом времена престаје управо право службености, а то никако није и не може бити застарелост.³⁶ Новија је теорија, међутим, друкчијег мишљења. Сматра се да се код службености апсолутно дејство стварних права на неки начин релативизује, јер постоји заједница интереса титулара повласног и послужног добра која умногоме подсећа на индивидуализовани однос дужника и повериоца. Тако, ако титулар повласног добра не врши своје право службености дуже време, онда се јавља потреба да се титулар послужног добра ослободи своје обавезе трпљења. Тада је заиста реч о застарелости права службености иако се у том случају, и у теорији и у пракси, говори о престанку самог права.³⁷

³² Тако: Марковић, Ј.: *цит. дело*, стр. 254.

³³ Под утицајем римског права, ако пратимо историјат застарелости, приметимо да је својина као право одувек било незастариво. Нешто више недоумица изазива једино тужба којом се својина штитила, реивиндикациона тужба. Она је тада била застарива, но са становишта модерне правне теорије не бисмо говорили о застарелости тужбе већ преклузивним роковима за њено улагање.

³⁴ Аргументе у прилог том ставу видети код: Гамс, А.: *О могућности застаревања својинских тужби*, Анали Правног факултета у Београду, Београд, 1962, стр. 18- 27.

³⁵ О поменутиим теоријама више код: Распор, А.: *цит. дело*, стр. 5-6.

³⁶ Тако: Перовић, С.(ред): *цит. дело*, стр. 774; Станковић, В.: *цит. дело*, стр. 961; Станковић, О. – Водинелић, В. В.: *Увод у грађанско право*, Београд, 1996, стр. 212; Стојановић, Д. – Антић, О.: *Увод у грађанско право*, Београд, 2004, стр. 256

³⁷ Видети: Ковачевић, Куштримовић, Р. – Лазиф, М.: *Увод у грађанско право*, Ниш, 2008, стр. 370-371. Сличан закључак, мада посредан, можемо наћи и код: Марковић, Ј.: *Цит. дело*, стр. 252.

Закључна разматрања

Како би се институт застарелости правилно примењивао и остваривао пројектоване циљеве, неопходно је знати, пре свега, како се застарелост манифестује и на шта се она односи. Иако законодавац нуди одговор на то питање, сматрамо да тај одговор не задовољава, ма колико један део теорије и данас покушавао да оправда став инкорпорисан у ЗОО РС.

Дубоко уверени да је разлог томе погрешна почетна поставка о томе да се услед застарелости нешто губи, у раду смо прво испитали ефекте застарелости и то тако што смо проанализирали ставове који данас имају највећи број присталица. Њиховом анализом као закључак се наметало да застарелост не доводи ни до каквог губитка субјективног права, обавезе, права на тужбу или захтева као материјалноправног овлашћења. Ефекат застарелости је битно мање радикалан. Застарелост, већ из самог термина је јасно, чини да нешто застари, то јест изгуби временом на актуелности и значају.

Шта губи на значају у случају застарелости као правног института? Грађанско субјективно право. Оно је то које протеком времена губи на значају, наравно под условом да се друга страна, дужник, сагласи са тим истицањем приговора застарелости. За кога је оно постало мање значајно? Не за дужника, а не ни за повериоца. Оно је, сматрамо, изгубило на значају из угла државе која не жели да иза права које титулар није вршио дуже време стане својим „апаратом за принуду“.

Ако смо као објект застарелости одредили грађанско субјективно право, природно је било у наставку одговорити на питање која грађанска субјективна права застаревају. Закључак је да облигациона права по правилу застаревају, а да апсолутна права по правилу не застаревају. Чим се каже да се нешто дешава по правилу, јасно је да од тог правила постоје изузеци.

Кроз рад настојали смо да прецизирамо који су то изузеци, пре свега у жељи да Комисији за израду грађанског законика помогнемо у што потпунијем регулисању ове проблематике, јер се од Комисије очекује да отклони бројне недоумице у вези са могућношћу застаревања појединих грађанских субјективних права.

Resyme - The object of obsolescence

Since in our country largely started activities in implementation in to a life the ideas which were present for a long time for adoption of the civil code, we felt the need to point out the doers of this act to the importance of the institute of obsolescence, but also to point out the openness of a number of essential questions related to it. The work of this scope allowed us to get engaged with only one of them, and so we decided to pay close attention to the question of the object of obsolescence, as we think of it as the central part, as for its theoretical and also its practical significance.

In order to respond to this question what does obsolete as precise as possible, in the first part of the work we considered the legal effects of obsolescence, so we could in the second part of the work using a combination of analytical-deductive methods and methods of modeling come to the conclusion that the civil right is object of obsolescence. It lead us further on to the investigation of the possibilities of obsolescence of individual civil rights, again using the already mentioned methods.

That research lead us to the conclusion that the object of obsolescence is a civil right, after which it is natural to respond below to the question which civil rights are obsolescent. The conclusion is that the obligatory rights as a rule obsolescent and those absolute rights as a rule do not obsolescent. When we say that something happens as a rule, that means that there are exceptions, this time in both directions.

Through this work we tried to specify which are the exceptions, primarily with the wish to help the Commission which does the civil code for them to fully regulate this problematic, because it is expected from the Commission to remove a number of dilemmas in connection with the possibility of obsolescence of some civil subjective rights.

Шта је то што застарева (предмет застарелости)

ПРЕДВИДЉИВОСТ ШТЕТЕ КАО УСЛОВ УГОВОРНЕ ОДГОВОРНОСТИ ДУЖНИКА

Воштинић Мирко*

Апстракт: У овом раду аутор је обрадио питање ограничења уговорне одговорности дужника на штету коју је у време закључења уговора морао предвидети. Најпре је указано на оправданост ограничења уговорне одговорности дужника на предвидљиву штету, а потом и на који начин је позитивним правом Републике Србије ово питање регулисано. Иако је предвидљивост штете изузетак од владајућег принципа потпуне накнаде штете, она није неограничене природе. Због тога се у раду указује на намеру дужника и крајњу непажњу као разлоге због којих се његова уговорна одговорност не ограничава на предвидљиву штету. Такође, питање које обрађујемо најпотпуније је разрађено у енглеском праву, тако да је аутор анализирао и поједине случајеве из енглеског права. Водећим у овој области сматрају се случајеви *Hadley v. Baxendale* и *Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newsmen Industries, Ltd.*

Кључне речи: предвидљивост штете, уговорна одговорност, накнада штете, дужник.

1. Уводне напомене

Законом о облигационим односима¹ (у даљем тексту: ЗОО) предвиђено је да при одређивању обима накнаде материјалне штете треба поћи од принципа потпуне накнаде штете. То значи да ће суд узимајући у обзир и околности настале након проузроковања штете досудити онај износ накнаде који је потребан да би се материјална ситуација дужника довела у оно стање у коме би се налазила да није било штетне радње или пропуштања. Прихватање овог принципа изражено је и кроз право оштећеног на накнаду како стварне штете, тако и измакле користи. Но, у области уговорне одговорности дужник одговара за ону штету коју је у време закључења уговора морао предвидети као могућу

* Студент докторских студија на Правном факултету у Крагујевцу и тужилачки приправник у Основном јавном тужилаштву у Краљеву.

¹ Закон о облигационим односима („Сл. лист СФРЈ“ бр. 29/1978,...).

последицу кршења уговора, с обзиром на чињенице које су му тада биле или морале бити познате. Тиме се ублажава дејство поменутог принципа и успоставља једна од битних разлика уговорне у односу на вануговорну одговорност, предвидљивост штете.²

Ограничење накнаде штете на предвидљиву штету односи се на све врсте уговора, на све облике штете и независно од начина на који је накнада штете одмерена.³ Појединим правилима нашег старијег права предвиђало се ограничење уговорне одговорности на предвидљиву штету, али само у виду измакле користи. Тек је ЗОО-ом одговорност дужника проширена и на обичну штету, чиме је уведена значајна промена у наше уговорно право.⁴ Но, ограниченост одговорности дужника на предвидљиву штету није безусловна, јер би у противном били угрожени и принцип потпуне накнаде штете и принцип правичности. Због тога, дужник ће бити у обавези да надокнади целокупну штету уколико је неиспуњење уговора резултат његове преваре, намере или крајње непажње.

У многим страним правима такође се уговорна одговорност ограничава на предвидљиву штету. У том смислу, посебно је значајно енглеско право у коме је ово питање најпотпуније разрађено. У случају *Hadley v. Baxendale* ово правило је установљено, а потврђено је у случају *Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newsmen Industries, Ltd.*

2. Оправданост ограничења уговорне одговорности дужника на предвидљиву штету

Оправданост оваквог законског решења пре свега је последица разлике између уговорне и вануговорне одговорности. Код вануговорне одговорности, пре него што је причињена штета, не постоји никакав правни однос између оштећеног и починиоца штете, он настаје тек проузроковањем штете и подразумева обавезу њене накнаде, као последице опште законске забране да се другогме причини штета. Уговорна одговорност подразумева претходно постојање уговора, а приликом закључења уговора свака уговорна страна мора да води рачуна о низу околности. Првенствено, лице које закључује уговор води рачуна о својим интересима, али мора узети у обзир и интересе друге уговорне стране, односно уколико прекрши уговор коју ће штету друга уговорна страна претрпети. При процени о могућој штети, прва уговорна страна треба да пође од околности које су јој познате у вези са интересима друге уговорне стране, а које би иначе биле познате било ком лицу у таквој ситуацији. Излазак из оквира

² Ј. Радишић, *Облигационо право*, Београд, 2004, 275.

³ Д. Мартиновић, *Принципи европског уговорног права и уговорна одговорност*, Правни живот, бр.10/2003, 607.

⁴ И. Јанковец, *Уговорна одговорност*, Београд, 1987, 344.

предвидљиве штете, значио би одступање у односу на оно размишљање које су странке имале у виду приликом закључења уговора. Многа лица не би ни закључила уговор да су знала да ће због њиховог неизвршења уговорне обавезе настати она штета за другу уговорну страну која је и настала.⁵ Дакле, оправданост ограничења уговорне одговорности на предвидљиву штету, последица је претходног правног односа између оштећеног и починиоца штете, односно обавезе да се приликом његовог настанка узме у обзир минимум интереса друге стране.

Такође, треба имати у виду и евентуални пропуст стране верне уговору. Уколико она приликом закључења уговора није добро сагледала своје интересе односно каква штета може настати због њихове повреде, па о томе није обавестила сауговорача, начело правичности налаже да се одговорност сауговорача ограничи на штету коју је свако лице могло предвидети у таквој ситуацији по редовном току ствари. У области вануговорне одговорности не може бити оваквог решења, јер нема никакве заједничке воље оштећеног и починиоца штете.⁶

Један од занимљивих аргумената односи се на олакшање привредне иницијативе. Уколико уговорна одговорност не би била ограничена на предвидљиву штету многи би привредници тражили да се у уговор унесе клаузула о ограничењу њихове одговорности. То би могло да утиче на трајање преговора, па и да их учини неуспешним, због чега се правилом о предвидљивости штете олакшава закључење уговора.⁷

Најзад, треба истаћи да је овакво решење предвиђено нашим позитивним правом последица укупног развоја правила о уговорној одговорности. Раније се уговорна одговорност заснивала на претпостављеној кривици уколико посебним прописима није предвиђено другачије решење за поједине уговоре. Развој уговорне одговорности подразумева њено поштравање, односно све више земаља напушта правило о претпостављеној кривици. Па уколико се проширује одговорност дужника и на ситуације када нема његове кривице, онда је потребно ограничити обим његове одговорности. У противном, уколико се одговорност дужника не би ограничила на предвидљиву штету, то би битно угрозило његов економски положај.⁸ Савременим грађанским правима, па тако и нашим ЗОО-ом, степен кривице дужника се не одређује као релевантна чињеница код одмеравања висине накнаде штете.⁹

⁵ И. Јанковец, *Уговори у привреди*, Београд, 1987, 244-245.

⁶ И. Јанковец, *Уговорна одговорност*, Београд, 1987, 348.

⁷ И. Јанковец, *Уговорна одговорност*, Београд, 1987, 348.

⁸ И. Јанковец, *Уговорна одговорност*, Београд, 1987, 349.

⁹ Д. Симоновић, *Накнада штете према Закону о облигационим односима*, Београд, 2009, 508.

3. Решења прописана Законом о облигационим односима

Одредбама ЗОО-а предвиђено је да поверилац има право на накнаду обичне штете и измакле користи, које је дужник у време закључења уговора морао предвидети као могуће последице повреде уговора, а с обзиром на чињенице које су му тада биле познате или морале бити познате.¹⁰ Из овакве законске одредбе призилази закључак да постоје две ситуације када се штета настала повредом уговора сматра предвидљивом. У првој, дужник је знао да ће наступити одређена штета ако не изврши уговорну обавезу. У другој, није могуће доказати да је дужник знао да ће наступити штета ако прекрши уговор, али се то од њега могло очекивати с обзиром на оно што се у сличним ситуацијама редовно дешава. Битно је одредити критеријум на основу којег треба проценити да ли је дужник могао предвидети да ће наступити штета ако своју уговорну обавезу не изврши уредно. Конкретни критеријум биће примењен уколико се околност да ли ће настати штета процењује према својствима и могућностима конкретног дужника, а апстрактни уколико се ова околност процењује с обзиром на пажњу која се од просечног дужника захтева у правном промету.¹¹ Став који је изражен у Коментарима ЗОО-а јесте да треба прихватити апстрактни критеријум, односно да се околност да ли је дужник морао предвидети да ће наступити штета уколико не изврши уредно своју обавезу оцењује према томе да ли би такву штету могао да предвиди просечни дужник у истим или сличним околностима.¹² При томе полази се од пажње доброг домаћина или доброг привредника, а у неким ситуацијама и од пажње доброг стручњака. Стога, уколико је дужник ангажован имајући у виду његове стручне способности, то онда треба узети у обзир и приликом процене да ли је штета предвидљива. Уосталом, ЗОО-ом је предвиђена обавеза страна у облигационим односима да своју обавезу извршавају са пажњом доброг домаћина односно доброг привредника, а своје обавезе из професионалне делатности пажњом доброг стручњака.¹³ Терет доказивања да штету није било могуће предвидети налази се на страни дужника. У случају повреде уговора, поверилац који тражи накнаду штете мора да докаже коју је штету претрпео, а након тога је на дужнику да доказује, уколико жели да његова одговорност буде ограничена, која штета је настала ван редовног тока ствари односно коју није могао да предвиди.¹⁴ Супротно мишљење, изражено у Коментару ЗОО-а, заузели су професори Благојевић и Круљ, истичући да је поверилац тај који треба да докаже да је дужник приликом закључења уговора

¹⁰ Чл. 266. ст. 1. ЗОО.

¹¹ И. Јанковец, *Уговори у привреди*, Београд, 1987, 246.

¹² Б. Благојевић, В. Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1980, 667.

¹³ Чл. 18. ЗОО.

¹⁴ И. Јанковец, *Уговорна одговорност*, Београд, 1987, 351.

морао да предвиди насталу штету.¹⁵

У енглеском праву прихваћен је такође апстрактни критеријум, што је и потврђено у случају *Koufos v. C. Czarnikow Ltd.* из 1969. године. У том случају тужилац је био трговац шећером који је са туженим закључио уговор да плови до Констанце, где ће утоварити 3000 t шећера и терет превести до Басре. Бродар је неовлашћено скренуо са руте до Басре због чега је товар превежен са закашњењем, а што се поклопило са значајним падом цене шећера у Басри. Тужилац је тражио да му тужени плати накнаду у виду разлике у цени. Дом лордова је одлучио да је тужилац дужан да надокнади штету у виду разлике у цени, јер се претпоставља да бродар зна да су цене на тржишту подложне промени.¹⁶

Уколико су дужнику биле познате и неке посебне околности услед којих ће ако не изврши уредно своју уговорну обавезу, настати за повериоца већа штета од оне која би настала по редовном току ствари, дужник ће бити у обавези да надокнади и такву штету. Није од значаја на који је начин дужник сазнао за те околности, а у пракси најчешће за њих сазнаје у току преговора о закључењу уговора. Но, терет доказивања у таквој ситуацији је на страни повериоца. Очигледно је да се у оваквим случајевима, могућност дужника да предвиди штету процењује према конкретном критеријуму.¹⁷

Ограниченост уговорне одговорности дужника на предвидљиву штету, подразумева да је дужник у време закључења уговора морао предвидети врсту штетне последице, али не и висину штете. Стога, битно је да је дужник у време закључења уговора знао или морао знати да ће настати баш она штета која је настала, а колико износи њена висина не мора бити у домену његове пажње¹⁸.

Као значајно намеће се и питање тренутка меродавног за оцену коју је штету дужник морао предвидети као могућу последицу повреде уговора. Да ли су то околности које је дужник знао или морао знати у време закључења уговора или су то и оне околности за које је сазнао након закључења уговора, али пре његовог извршења? Нашим позитивним правом се као меродаван тренутак одређује време закључења уговора. Оправданост оваквог решења је у чињеници да су уговорне стране приликом закључења уговора цениле своје интересе, па тако и штету која може настати уколико они буду повређени. Стога, обавеза дужника да надокнади само ону штету коју је могао предвидети у време закључења уговора, постоји и онда када је дужник након закључења уговора сазнао за посебне околности због којих штета услед евентуалног неиспуњења уговора може бити већа од оне која се по редовном току ствари може очекивати. Но, уколико дужник у таквој ситуацији није предузео све што је могао да

¹⁵ Б. Благојевић, В. Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1980, 667.

¹⁶ S. Salzedo, P. Brunner, *Briefcase of Contract Law*, London, 1999, 244.

¹⁷ И. Јанковец, *Уговорна одговорност*, Београд, 1987, 352.

¹⁸ И. Јанковец, *Уговорна одговорност*, Београд, 1987, 353.

уредно испуни уговор, такво понашање се зависно од ситуације може сматрати крајњом непажњом и онда се његова одговорност не би могла ограничити на предвидљиву штету.¹⁹

Законска норма о ограничењу одговорности дужника на предвидљиву штету има суплеторни карактер. Наиме, она ће бити примењена уколико уговорне стране нису унеле у уговор одредбу о ограничењу одговорности дужника. Уколико уговор садржи такву одредбу, дужник неће одговарати за штету преко тог износа, чак иако је могао да је предвиди. Законска норма о ограничењу одговорности дужника биће примењена у оваквој ситуацији само уколико је уговорна одредба из било ког разлога манљива. Могућа је и другачија ситуација, односно могуће је да су уговорне стране прошириле одговорност дужника и на оне случајеве за које он иначе не би одговарао, односно обавезати дужника да надокнади сву штету независно од тога да ли је било могуће предвидети у тренутку закључења уговора. Али испуњење овакве уговорне одредбе се не може тражити уколико би то било у супротности са начелом савесности и поштења.²⁰

4. Намера и крајња непажња дужника

Одредбама ЗОО-а предвиђено је да у случају преваре или намерног неиспуњења, као и неиспуњења због крајње непажње, поверилац има право захтевати од дужника накнаду целокупне штете која је настала због повреде уговора, без обзира на то што дужник није знао за посебне околности због којих су оне настале.²¹ То значи да претходно изнета правила о ограничењу уговорне одговорности дужника на предвидљиву штету неће бити примењена уколико су испуњени услови из ове законске одредбе. Сходно томе, дужник ће бити у обавези да надокнади и посредну штету, тј. ону која је са штетним догађајем у посредној узрочној вези. Па тако, уколико је дужник закаснио са испоруком неке робе, непосредна ће бити она штета која је настала на имовини повериоца, а посредна је она штета која настаје на имовини других купаца на тржишту, јер им продавац није на време испоручио робу због доцње дужника. Но, како поверилац треба да буде доведен у положај у коме би се налазио да није дошло до повреде уговора, то он не може стицати никакву корист од повреде уговора.²² Због тога је ЗОО-ом предвиђено да уколико је приликом повреде обавезе поред штете настао за повериоца и неки добитак, о њему ће се приликом одређивања

¹⁹ И. Јанковец, *Уговорна одговорност*, Београд, 1987, 352-353.

²⁰ И. Јанковец, *Уговори у привреди*, Београд, 1987, 251.

²¹ Чл. 266. ст. 2. ЗОО.

²² Н. Михајловић, З. Петровић, *Опште о уговорној одговорности за штету*, у Зборнику: *Уговорна одговорност и накнада штете*, Београд, 2009, 25.

висине накнаде водити рачуна у разумној мери.²³ Да би корист била одбијена од штете потребно је да и једна и друга потичу из исте повреде уговора. На дужнику је терет доказивања о томе да ли је поверилац у вези са повредом уговора остварио корист и какву.²⁴

Оправданост оваквог решења у француској правној литератури се тумачи тиме што дужник који намерно не испуни своју обавезу сам себе ставља изван домаћаја уговора, тако да се на уговор, а самим тим и правила о уговорној одговорности, не може позивати.²⁵ Стога, за њега би требало да важе правила о вануговорној одговорности, која се осим у неким посебним случајевима, сматра неограниченом. Такође, битно је рећи и да је правило о ограничењу одговорности дужника установљено у његову корист, односно ради заштите дужника од опасности да надокнади повериоцу штету коју у тренутку закључења уговора није могао да предвиди. Због тога би дужник сувише био привилегован уколико би се на правила о ограничењу уговорне одговорности могао позивати и онда када уговор није извршио намерно или услед крајње непажње.²⁶

Ипак, дужник се ослобађа одговорности за штету ако докаже да није могао да испуни своју обавезу, односно да је закаснио са испуњењем обавезе због околности насталих после закључења уговора које није могао спречити, отклонити или избећи.²⁷ Због тога се одговорност дужника претпоставља, али се ова претпоставка односи на „обичне“, а не и на „теже“ облике одговорности. Зато поверилац, уколико жели да дужник буде обавезан да надокнади целокупни износ штете, мора да докаже да дужник намерно или из крајње непажње није испунио или је неуредно испунио уговорну обавезу.²⁸ Околности које су релевантне за ослобађање дужника одговорности због неиспуњења уговорне обавезе, јесу оне које имају карактер више силе. То значи да су те околности биле непредвидљиве, неотклоњиве и несавладиве, односно да дужник није могао утицати на њихов настанак и да није могао да их спречи или избегне.²⁹

5. Решења садржана у енглеском праву

Правила о ограничењу уговорне одговорности на предвидљиву штету посебно су разрађена у енглеском праву. Циљ накнаде штете јесте да се ош-

²³ Чл. 266. ст. 3 ЗОО.

²⁴ Д. Симоновић, *Накнада штете према Закону о облигационим односима*, Београд, 2009, 510.

²⁵ И. Јанковец, *Уговори у привреди*, Београд, 1987, 251.

²⁶ И. Јанковец, *Уговорна одговорност*, Београд 1987, 352.

²⁷ Чл. 263. ЗОО.

²⁸ И. Јанковец, *Уговорна одговорност*, Београд, 1987, 356.

²⁹ Д. Вељковић, *Облигационо право кроз коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 2005, 294.

тећеном омогући правни положај који би имао да је уговор уредно извршен. Да би оштећени остварио право на накнаду штете потребно је да је настала штета уобичајена последица радње кршења уговора и да су стране у време закључења уговора могле предвидети такву штету као вероватни резултат кршења уговора. Стога, настала штета не сме бити превише „удаљена“, односно мора бити предвидљива.³⁰ То правило произилази из водећег случаја у овој области, *Hadley v. Baxendel* из 1854. године. Наиме, тужиоци у овом случају су били млиначи. Када је у њиховом млину дошло до лома вратила, они су исто послали произвођачу као модел за израду новог. Тужени, превозилац, се обавезао да вратило преда произвођачу у року од једног дана. Међутим, тужени је одложио испоруку за неколико дана, због чега млин није радио дуже него што би то био случај да је уговор о превозу уредно испуњен. Тужиоци су зато тражили да им тужени надокнади штету укључујући измаклу корист, односно профит који су изгубили због застоја у раду млина. У време закључења уговора тужиоци су туженом рекли да су млиначи, али не и да је због лома вратила њихов млин у застоју.³¹ Одлуком другостепеног суда предмет је враћен првостепеном суду, уз обавезу да приликом одмеравања накнаде штете не буде узета у обзир измакла корист. Другостепени суд је у својој одлуци изнео схватање да је измаклу корист могуће надокнадити уколико су испуњена два услова. Прво, уколико је по редовном току ствари млин стајао јер не може да ради без вратила, што није редован ток догађаја, јер су тужиоци могли имати резервно вратило. Друго, уколико су у време закључења уговора тужиоци саопштили туженом посебне околности због којих би њему било јасно да у случају закашњења са испоруком као неизбежна настаје штета у виду измакле користи. Ни други услов није био испуњен, с обзиром да тужиоци нису саопштили туженом да немају резервно вратило.³²

Правило установљено у претходном случају потврђено је у случају *Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newsmen Industries Ltd.* из 1949. године. Наиме, тужиоци су се бавили чишћењем одела и бојењем тканина. Желећи да прошире своје пословање, а нарочито имајући у виду да је требало да закључе један велики посао, наручили су од произвођача велики котао. Произвођач се обавезао да ће наручени котао испоручити почетком јуна, али то није учинио, већ је котао испоручио тек у новембру месецу. Тужиоци су због тога тражили да им тужени, произвођач, надокнади штету укључујући изгубљену зараду за период од јуна до новембра месеца. У току редовног пословања зарађивали су 16 фунти недељно, а велики посао који је требало да закључе доносио би им 262 фунти недељно. Међутим, суд је одлучио да тужиоци имају право на нак-

³⁰ R. Burnett, *The Consequences of Breach of Contract-Damages and Other Remedies*, London, 2011, 23-24.

³¹ S. Salzedo, P. Brunner, *Briefcase of Contract Law*, London, 1999, 243.

³² Д. Мартиновић, *Принципи европског уговорног права и уговорна одговорност*, Правни живот, бр. 10/2003, 607.

наду за уобичајену измаклу корист односно ону коју остварују у току редовног пословања. Тужени није знао у време закључења уговора да тужиоци намеравају да закључе један велики посао и због тога није ни у обавези да надокнади изгубљену зараду која се односи на тај посао.³³

6. Кратак осврт на однос измакле користи и евентуалне штете

Као што је већ и поменуто, дужник је у обавези да надокнади како стварну штету, тако и измаклу корист. При томе, код оцене измакле користи не може се захтевати апсолутна сигурност добитка. Довољно је да се са одређеном вероватноћом корист могла очекивати, што значи да ни поверилац, ни дужник не морају знати висину штете у моменту закључења уговора. Уосталом, ни у једном послу не постоји апсолутна извесност добитка.³⁴

Од измакле користи треба разликовати евентуалну штету. Измакла корист је увек извесна, с тим што се јавља каснија, тј. као будућа штета. Код евентуалне штете, у тренутку када се врши одмеравање њене висине, није извесно да ли ће она заиста и наступити. Имајући у виду одредбу ЗОО-а којом се предвиђа да се при одређивању висине измакле користи узима у обзир добитак који се основано могао очекивати по редовном току ствари или према посебним околностима,³⁵ могао би се извући закључак да се нашим позитивним правом не признаје право на накнаду евентуалне штете. Неки наши аутори сматрају да се накнада евентуалне штете може тражити тек када се утврди да је она заиста и наступила, али од тог тренутка она престаје бити евентуална и постаје стварна штета. За разлику од нашег, поједина страна права признају право на накнаду евентуалне штете и то у облику изгубљене шансе.³⁶

У том смислу, водећим случајем у енглеском праву сматра се случај *Chaplin v. Hicks* из 1911. године. У овом случају тужени је објавио да ће запослити 12 глумица од 50 које уђу у завршну фазу конкурса. Једна од 6000 пријављених била је и тужила која је ушла у првих 50, али противно уговору тужени јој није дао шансу да се даље такмичи. Одлука суда била је таква да је тужилци досуђена накнада, а истакнуто је да немогућност тачне процене настале штете није препрека за њену накнаду.³⁷ Енглески аутори наводе и одређене чиниоце од којих зависи висина накнаде евентуалне штете. Они истичу да треба узети у обзир већи број могућих исхода у конкретној ситуацији, при чему већи број исхода значи мању шансу за успех и такође треба узети у обзир ве-

³³ S. Salzedo, P. Brunner, *Briefcase of Contract Law*, London, 1999, 243.

³⁴ Одлука Врховног суда Србије, Рев. 2899/2007.

³⁵ Чл. 189. ст. 3. ЗОО.

³⁶ И. Јанковец, *Уговорна одговорност*, Београд, 1987, 29.

³⁷ S. Salzedo, P. Brunner, *Briefcase of Contract Law*, London, 1999, 245.

роватноћу да ће исход бити повољан за страну верну уговору при чему већа вероватноћа значи и већу шансу.³⁸

7. Закључна разматрања

Упркос чињеници да је нашим позитивним правом усвојен принцип потпуне накнаде штете, област уговорне одговорности представља изузетак, с обзиром да страна која није верна уговору дугује накнаду предвидљиве штете. Пре доношења ЗОО-а, предвидљивост штете у време закључења уговора била је услов само за накнаду штете у виду измакле користи. Очигледно је да се законско решење којим се предвидљивост штете узима као услов и за накнаду стварне штете, јавља као значајна промена којом се одговорност дужника ублажава. Но, иако може деловати контрадикторно, принцип потпуне накнаде штете и овде налази своју примену, истина у ограниченом обиму. Несумњиво је да је одговорност дужника за штету насталу повредом односно неизвршењем уговора, условљена предвидљивошћу штете, чиме се ограничава дејство поменутог принципа. Али, тако настала штета коју је просечни дужник у време закључења уговора морао, односно могао предвидети, биће надокнађена сагласно принципу потпуне накнаде штете, тј. дужник ће морати да накнади како стварну штету, тако и измаклу корист.

Дужник ће бити у обавези да надокнади штету у потпуности, без обзира да ли је могао насталу штету да предвиди у време закључења уговора, уколико није испунио своју обавезу намерно или због крајње непажње. Упркос различитим ставовима појединих аутора можемо рећи да се оцена тога да ли је дужник у време закључења уговора могао да предвиди насталу штету, врши сагласно апстрактном критеријум, односно с обзиром на пажњу која се од просечног дужника захтева у правном промету. Но, законска решења о којима говоримо имају суплеторни карактер, јер ће бити примењена само уколико уговорне стране нису унеле у уговор одредбу о ограничењу одговорности дужника, без обзира да ли се њоме одговорност ублажава или проширује.

Сличност решења која су садржана у позитивном праву Републике Србије и оних која су предвиђена у енглеском праву је несумњива. Анализа појединих случајева показује да се и у енглеском праву уговорна одговорност дужника ограничава на предвидљиву штету, као и да се његова пажња цени сходно апстрактном критеријуму. Разлике постоје у погледу права на накнаду евентуалне штете, с обзиром да нашим ЗОО-ом ово право није предвиђено.

³⁸ И. Јанковец, *Уговорна одговорност*, Београд, 1987, 29.

Voštinić Mirko, BA³⁹

ANTICIPATION OF DAMAGE AS CONDITION CONTRACTUAL RESPONSABILITY OF DEBITOR

Summary

In this article author deals with the question of limitation of the contractual responsibility of the debtor for the damage that he could anticipate in the time the contract was made. First of all, the author underlines the justification of the limitations of the contractual responsibility of the debtor for the damage that could have been anticipated, moreover, in what way the above mentioned problem was regulated in the legal system of the Republic of Serbia. Although the problem of anticipation of the contractual damage is a some kind of exception of the governing principle of the full fulfillment of the compensation of damage, it is not of the unlimited nature, because of which in this paper is emphasized the existence of the intention of the debtor or his negligence as reasons because of which his contractual responsibility is not confined only to the damage that could have been anticipated. It should not be forgotten that the above mentioned problem is thoroughly regulated in the English law. The most famous cases in this field are Hadley v. Baxendale u Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newsman Industries, Ltd.

Key words: *anticipation of the damage, contractual responsibility, compensation of damage, debtor*

³⁹ Student of juries doctor studies, Faculty of law in Kragujevac, R. of Serbia and prosecution intern in the Basic Public Prosecutor's Office in Kraljevo

KUPOPRODAJA NA OSNOVU „UGOVORA NA DALJINU“ sa aspekta elektronskog poslovanja

Miralem Porobić*

UVOD

Kada se govori o kupoprodaji, uvijek se misli na postojanje osnovnih elemenata kupoprodaje koji su propisani u članu 454. Zakona o obligacionim odnosima,¹ kao što su postojanje prodavca i kupca, obaveza predaje stvari kupcu u cilju sticanja prava raspolaganja, te obaveza kupca da prodavcu plati ugovorenu cijenu za predmetnu stvar.

Sve su bili češći slučajevi sačinjavanja kupoprodajnih dogovora bez direktnog kontakta kupca i prodavca, bez direktnog uvida u stvar koja je predmet kupoprodaje, a globalizacijom trgovine, vrlo često se dolazilo u situaciju da se ne zna ni odakle roba dolazi do kupca.

Do međusobnih dogovora za kupovinu na daljinu, dolazilo se putem štampanih materijala, pisama, štampanih reklamnih poruka s narudžbenicom, kataloga, telefona, video telefona s ekranom, telefaksa, radija, TV, kablovske televizije, elektronske pošte i dr. Redovno smo zatrpali takvim pisanim materijalima, reklamne poruke se na TV pojavljuju kada nam je najinteresantnija emisija u toku, a nemamo nikakvog instrumenta da isključimo to pojavljivanje reklama, nego naprotiv, prihvatamo te reklame, na razne načine naručujemo reklamirane proizvode, a da faktički ne znamo ni kako taj proizvod u stvarnosti izgleda.

Naše iznenađenje bude još veće kada dobijemo, uz naručeni proizvod, dodatne troškove pakovanja, otpreme, čekanja na preuzimanje naručenog proizvoda, a kada se radi o proizvodima koji dolaze iz inostranstva, onda je tu i dodatna carina, troškovi carinskog smještaja i dr.

* Аутор, Миралем Поробић, адвокат из Тузле.

¹ Zakon o obligacionim odnosima, objavljen u "Službenom listu SFRJ", broj 29/78, sa izmjenama i dopunama 39/85, 45/89 i 57/89 i takav preuzet kao republički zakon i noveliran ("Službeni list RBiH, br. 2/92, 13/93 i 13/94).

Svoj vrtoglav razvoj, ovaj vid trgovine je doživio omogućavanjem trgovine putem interneta.

Sve je ovo dovelo do pojave „ugovora na daljinu“, koji svoje specifičnost posebno pokazuje u elektronskom poslovanju.

PRAVNI OSNOVI

Sama pretpostavka za rad putem interneta je da takvo poslovanje ne poznaje granice, jer jednostavnim kretanjem pomoću pretraživača, možete izvršiti naručivanje robe od prodavca koji se nalazi u, npr. Njemačkoj, preko uslužnog servera koji se nalazi u Americi, a roba vam se isporučuje iz Kine. I sve je u redu, ako ste uredno platili i dobili naručenu robu u količini i kvalitetu kojeg ste očekivali. Međutim, šta se dešava kada ne dobijete robu, ili dobijete robu koja je ispod očekivanog kvaliteta?

Sigurno je da svaka zemlja pokušava da što više zaštiti svoje građane od prevara koje dolaze sa strane, često protežirajući svoje građane, što opet dovodi do problema nejednačenosti primjene prava.

Zbog toga se počelo sve više zagovarati postojanje ujednačenih kriterija koji bi bili osnova za donošenje lokalnih zakona. Posebna pažnja je posvećena osnovnim elementima elektronskog poslovanja, kao što su elektronski potpis, zaštita podataka, intelektualna svojina, elektronsko bankarstvo i sl., a kako se to sve odražava na krajnjeg potrošača, to se moralo pristupiti i zaštiti potrošača.

Iako postoji više organizacija koje su se u proteklom vremenu bavile utvrđivanjem pravnih osnova i regulisanja elektronskog poslovanja, sigurno je da su najznačajniju ulogu odigrale Komisija UN za međunarodno trgovinsko pravo (UNCITRAL), te Evropska ekonomska zajednica - Evropska unija.

Tako je UNCITRAL sačinio 1996. g. model Zakona o elektronskoj trgovini, kao i model Zakona o elektronskim potpisima, koji je usvojen 2001. g., dok je Evropska unija utvrdila brojne direktive o određenim pravnim aspektima elektronske trgovine, pa i kodekse ponašanja u oblasti elektronskih plaćanja. Sigurno je da svaka donesena direktiva ima veliku važnost, ali, ovom prilikom bi bilo potrebno istaći nekoliko, kao npr. Direktiva br. 97/7 od 20.05.1997. g. kojom su postavljeni osnovi odnosa kupca prema ugovoru zaključenom na daljinu, Direktiva o određenim pravnim aspektima elektronske trgovine na unutrašnjem tržištu iz 1998. g., Direktiva br. 93. od 13.12.1999. kojom su regulisani minimalni nivoi sigurnosti za slobodno kretanje po internetu, Direktiva br. 31. od 08.06.2000. o elektronskom komercu, Direktiva br. 78 od 13.09.2001. kojom su utvrđeni standardi forme ugovora, te posebno Direktiva iz oktobra 2001, poznatija kao “Zeleni papir o zaštiti potrošača”.

Правни водич о електронском преносу средстава²

Правни водич је објављен као посебна публикација UNCITRAL-а 1987. године. Садржи пет поглавља која се односе на општа питања електронског преноса средстава; споразум о преносу средстава и упутство о преносу; превару, грешке, неправилно руковање и поступање по упутствима о преносу као и одговорност с тим у вези; коначност преноса средстава и правна питања која се јављају у вези са преносом.

Модел закон UNCITRAL-а о електронској трговини

Модел закон о електронској трговини је Комисија усвојила 1996. године и он би требало да послужи националним закондавцима приликом израде прописа којима би се регулисала материја: закључивања уговора коришћењем електронске технологије, односно шифраних, структурираних кодова (UN/EDIFACT стандарда). У члану 1. овог Модел закона је истакнуто да се овај закон примјењује на све информације у облику поруке која се користи у контексту трговачких активности.

У члану 2. истог налазе се дефиниције појмова својствених електронској трговини, и то у смислу овог модел закона:

- a) “Порука“ означава информацију која је генерисана, послата, примљена или сачувана електронским, оптичким или сличним начином и обухвата, али се не ограничава на електронску размјену података (EDI), електронску пошту, telegram, телекс или факс;
- b) “Електронска размјена података“ (EDI) означава електронски пренос информације од рачунара до рачунара коришћењем уговорног стандарда којим је информација структурирана;
- c) “Налогодавач” поруке је лице чија је, или у чије име се сматра да је, порука генерисана prije nego što је eventualno сачувана, али не обухвата лице које је djelovalo као посредник у односу на ту поруку;
- d) “Адресат” поруке је лице за које налогодавач сматра да је primalac поруке, али не обухвата лице које је djelovalo као посредник у односу на ту поруку;
- e) “Посредник” у односу на конкретну поруку је лице које за рачун другог лица шаље, prima i чува ту поруку или обезбјеђује друге услуге у односу на ту поруку;
- f) “Информациони систем” је систем за генерисање, слање, примање, чување или другу обраду порука.

Правно признање порука уређено је чланом 5. овог акта. Предвиђено је да се информацији неће одузети правно дејство, валјаност или извршност који се заснивају

² UNDP ICT forum – legislativa i Strategija razvoja

samo na tome što je data u obliku poruke. Pored toga, član 9. zabranjuje da se u bilo kojim pravnim postupcima predvide rješenja koja bi značila negiranje dopuštenosti poruke kao dokaza (isključivo na osnovu toga što je poruka), te da će se informaciji u obliku poruke dati odgovarajuća dokazna snaga. Pismeni oblik informacije, potpisa i originala informacije, Model zakon je riješio u članovima 6, 7. i 8. Kada se Zakonom zahtijeva da informacija bude data u pismenom obliku, poruka ispunjava taj uslov ako je informacija koja je u njoj sadržana pristupačna i iskoristiva u kasnijim referencama. U slučaju da zakon zahtijeva potpis jednog lica, on se smatra pravovrijednim ukoliko je korišten metod kojim se identifikuje to lice i njegova saglasnost sa informacijom koju poruka sadrži. Taj metod mora biti pouzdan u mjeri koja se smatra odgovarajućom za svrhu za koju je poruka generisana ili komunicirana u svjetlu svih okolnosti, uključujući svaki relevantni sporazum. Ostala pitanja vezana za: slanje poruke, zaključenje i valjnost ugovora, vrijeme i mjesto slanja i prijema poruke, Model zakon je riješio u svojim članovima 11-15. istog.

Ako se poruka koristi prilikom zaključenja ugovora, takvom ugovoru se neće oduzeti valjanost ili izvršnost isključivo na osnovu činjenice što je za tu svrhu korištena poruka (član 11). Poruka se smatra da pripada nalogodavcu:

- a) ako je on tu poruku lično poslao, ili
- b) ako je poslata od strane lica koje je imalo ovlaštenje da postupa u ime nalogodavca u odnosu na tu poruku, ili
- c) ako je poslata preko informacionog sistema koji je programirao nalogodavac ili neko drugi u njegovo ime da djeluje automatski. Adresat je ovlašten da smatra poruku kao da pripada nalogodavcu i da postupa u tom uvjerenju, ukoliko je pravilno primijenio postupak koji je u tom cilju prethodno ugovoren sa nalogodavcem ili je poruka koju je primio adresat rezultat djelovanja lica čiji odnosi sa nalogodavcem ili sa bilo kojim zastupnikom nalogodavca omogućavaju takvom licu da ima pristup metodu koji koristi nalogodavac da bi identifikovao poruku kao njegovu, osim u slučajevima kada u vrijeme ili prije slanja poruke, ili putem takve poruke, nalogodavac zahtijeva ili se složio sa adresatom da se prijem poruke potvrdi.

Vrijeme i mjesto slanja i prijema poruke Model zakon je riješio članom 15. Ukoliko nije drugačije dogovoreno između nalogodavca i adresata, smatra se da je poruka poslata u trenutku kada je ušla u informacioni sistem koji je van kontrole nalogodavca ili lica koje poruku šalje u ime nalogodavca. Trenutak prijema poruke se utvrđuje na sljedeći način:

- a) ukoliko je adresat odredio informacioni sistem u cilju prijema poruka - prijem nastupa u trenutku kad poruka uđe u određeni informacioni sistem, a ako poruka nije poslata preko određenog informacionog sistema, u trenutku kada je adresat poruku primio;
- b) ako adresat nije odredio neki informacioni sistem, prijem je ostvaren u trenutku kada poruka uđe u informacioni sistem adresata.

Režim prevoznih isprava je regulisan članovima 16. i 17. Model zakona. Ukoliko se Zakonom zahtijeva pismena forma bilo koje radnje ili korištenjem papirne isprave, taj zahtjev je ispunjen bude li radnja obavljena korištenjem jedne ili više poruka.

Potrebno je napomenuti postojanje Opštih uzansi o bezbjednoj digitalnoj trgovini, Pravila za elektronske konosmane, UN / EDIFACT standarda za elektronsku trgovinu, Evropski model EDI sporazum o elektronskoj razmjeni podataka, Direktiva o određenim pravnim aspektima elektronske trgovine na unutrašnjem tržištu, Direktiva Evropskog parlamenta i savjeta o okviru Zajednice o elektronskim potpisima

Prodaja na udaljenost

Cjelokupno elektronsko poslovanje je bazirano na dva osnovna vida poslovanja, i to: B2B (business to business) i B2C (business to consumer). Tu se pojavljuju i drugi vidovi, kao odnos prema vladi i vlade prema građanima, odnos biznisa prema vladi, kupca prema biznisu, ali sigurno je da najveći dio elektronskog poslovanja podržava baš odnos biznisa prema biznisu i biznisa prema kupcu. U EU su utvrđena pravila ponašanja u slučaju da se ne zaključuje ugovor, te se i u zavisnosti od primijenjenog prava određuje nadležnost suda, s tim što se cijeni da li se radi o e-commerce u odnosu kao B2B (ugovori između dvije firme) i kao B2C (ugovori između firme i krajnjeg potrošača-kupca).

Ako se radi o odnosu B2C Direktiva o kupovini na distanci je predvidjela da isporučilac mora predvidjeti neke od elemenata u svojoj ponudi, kao npr.:

- postojanje identiteta i adrese isporučioaca;
- karakteristike robe ili servisa uz naznaku cijene;
- koliko košta isporuka;
- koje je vrijeme isporuke;
- mogućnosti vraćanja robe;
- generalni uslovi za posao;
- načini plaćanja;
- primjena prava;
- vrijeme za koje važi ponuđena cijena.

U svakom slučaju, ovdje veliku ulogu imaju servis provajderi, koji moraju obezbijediti korektnu identifikaciju naručioca robe, pa sve do arhiviranja prihvaćenih ponuda-ugovora.

Elektronski potpisi

Kod e-commerca, s obzirom na mogućnost pristupa internetu, neograničenom broju ljudi, sa različitih mjesta i bez identifikacije, kao osnovni problem se postavilo pitanje na koji način će neko biti siguran da je osoba sa kojom se komunicira baš prava osoba (osoba kako se predstavila), da je sigurno da je izvršila narudžbu robe ili usluga na način kako je to učinila, te da će ta međusobna korespondencija biti sigurna od upada u istu i eventualnih promjena podataka od trećih lica. Dakle, svrha digitalnog potpisa je da potvrdi autentičnost sadržaja poruke i dokaže da poruka nije promijenjena na putu od pošiljaoca do primaoca, kao i da obezbijedi garantovanje identiteta pošiljaoca poruke.

Direktivom za elektronsko potpisivanje br. 93/99 od 13.12.1999. godine (sa početkom primjene od 19. jula 2001. god.) utvrđeno je da autorizacija elektronskog potpisa može biti i od domaćeg društva, ne postavljajući prioritete između državnih i privatnih servisa. Ipak, kada su u pitanju verifikacije elektronskih potpisa u javnom sektoru, onda u većini zemalja EU ovu vrstu servisa obavljaaju javne institucije.

E-ugovori

Osnovna karakteristika elektronskog poslovanja je odsustvo fizičke prisutnosti strana koje zaključuju poslovnu transakciju. Za ugovarača mora biti jasno da narudžba nije prekinuta niti izmijenjena, da su sigurni da su rekli ono što jesu, te da prodaja mora biti legalna i sigurna.

Direktiva EU broj 97/7 od 20.05.1997. god. postavila je osnove odnosa kupca prema ugovoru zaključenom na daljinu, ali tek Direktivom br.78 od 13. 09. 2001. god., koja je prihvaćena od 01.05.2002. utvrđeni su standardi forme ugovora. Predmet ovih direktiva je opće ugovorno pravo, i one ne reguliraju nijedan ugovor. Namijenjene su, načelno, svim ugovorima uključujući potrošačke, te međunarodnim i domaćim ugovorima.

U cilju pojašnjenja data je i smjernica 93/13/EEC Vijeća o nepravičnim klauzulama, kojom se želi ujednačiti pravo država članica koje se odnosi na nepravične uvjete ugovora zaključenih između proizvođača ili dostavljača i potrošača, a u cilju:

- a. Olakšavanja trgovine, tj. uspostavljanja jedinstvenog evropskog tržišta;
- b. Stvaranja infrastrukture za buduće smjernice (direktive);
- c. Moraju biti smjernice za tumačenje nacionalnih zakonodavstava;
- d. Povezivanje kontinentalnog prava sa Common Law sistemom;
- e. Da olakšaju rad državnih sudova i arbitraža.

Izloženome je potrebno dodati da je radi zaštite potrošača u oktobru 2001. godine usvojen od strane Evropske unije “zeleni papir o zaštiti potrošača”.

Zaštita potrošača u e-commerce

Direktiva (smjernica) 84/450/EEC Evropskog parlamenta i Vijeća od 10.09.1984. godine reguliše pitanje prijevarne reklame, a u cilju da se zaštite potrošači, proizvođači i trgovci, da se zaštite njihovi interesi i interesi javnosti uopšte, od prijevarnog reklamiranja i njegovih nepoštenih posljedica.

Osim ovoga, donesena je i smjernica (direktiva) 97/7/EC Evropskog parlamenta i Vijeća, od 20.05.1997, o zaštiti potrošača kod zaključenja ugovora na daljinu, te ranije spomenuta “zeleni knjiga potrošača”.

Zaštita privatnosti

O ovome se govori još od samih početaka elektronskog poslovanja, tako da je jedna od prvih direktiva EU bila baš iz ove oblasti. To je Direktiva br. 95 od 24.10.1995. godine. Velike su razlike u pristupima ovom problemu. Do kojeg nivoa podataka se može i smije doći, ili sa kojim nivoom podataka se smije manipulirati, a da se ne naruši privatnost, još uvijek je ostalo otvoreno, u zavisnosti od zakona u pojedinim zemljama.

Ključni dokumenti koje su donijeli organi EU, a koji se odnose na zaštitu podataka su:

- a) Smjernica 95/46/EC od 24.10.1995. o zaštiti pojedinaca sa obzirom na procesiranje ličnih podataka i slobodu kretanja takvih podataka;
- b) Smjernica 97/66/EC od 15.12.1997. o procesiranju ličnih podataka i zaštiti privatnosti u sektoru telekomunikacija.

Ciljevi ovih smjernica su da omoguće sigurno kretanje podataka unutar EU i da osiguraju osnovna prava i fundamentalne slobode pojedinaca. Smjernice garantiraju tajnost elektronskih poruka i zabranjuju bilo kakvu vrstu presretanja ili nadzora takvih poruka od bilo koje strane, osim pošiljaoca i primaoca kojemu je poruka upućena. Smjernice ne dozvoljavaju slanje podataka o potrošačima u treće zemlje, za koje se smatra da u njima ne postoji adekvatna zaštita podataka.

Podatak se može upotrijebiti samo u svrhe sa koje je prikupljen, čuvati samo onoliko dugo koliko je potrebno i mora se „osvježavati“.

Pravna regulativa u Bosni i Hercegovini

U BiH se sve više pažnje posvećuje pravnom regulisanju ove oblasti. Kako se kod zemalja članica Evropske zajednice insistira da BiH svoje lokalne propise mora harmonizirati sa propisima EU, te da propisi EU imaju jaču pravnu snagu od lokalnih propisa, svi novi propisi se sačinjavaju tako da su usaglašavani sa propisima EU, ali i pored postojanja propisa, često se postavlja pitanje njihove adekvatne primjene. To se posebno vidi kod ISP-a, koji su registrirani za obavljanje poslova usluga i posredovanja u internet prometu, a njihov položaj, zbog monopolskog postupanja dominantnih telekoma, nije adekvatan u odnosu na Direktivu 48/98.

U Bosni i Hercegovini su donesena još dva veoma značajna propisa koji regulišu ovu materiju. To su Zakon o elektronskom potpisu³, i Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu.⁴

S obzirom na značaj pitanja, ovom prilikom bi se dao poseban presjek odredaba Zakona o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini, u dijelu kojem tretira prodaju na osnovu ugovora na daljinu, ali sa aspekta odnosa biznisa prema potrošaču, dok odnosi koji proizilaze iz poslovanja biznis prema biznisu, nisu regulisani ovim Zakonom.

Definicija potrošača je: „(3) Potrošač je svako fizičko lice koje kupuje, stiče ili koristi proizvode ili usluge za svoje lične potrebe i za potrebe svog domaćinstva“ (kako je to naznačeno u članu 1. Zakona o zaštiti potrošača u BiH).

Još jedan zakon je dao definiciju potrošača: „**Potrošač:** svako fizičko lice koje djeluje u svrhu koja ne spada u njegovu ili njenu trgovinsku, poslovnu ili profesionalnu aktivnost“ (kako je to definisano u članu 3. Zakona o elektronskom i poslovnom prometu).

Zakon o zaštiti potrošača u BiH je odredio, u članu 42, da je ugovor o prodaji na daljinu svaki ugovor koji se odnosi na prodaju proizvoda ili usluga, organiziranu od trgovca putem nekog sredstva za prodaju na daljinu, a zaključuje se između trgovca i potrošača.

Sa ovom odredbom je isključena primjena ovog Zakona, i u dijelu „ugovora o prodaji na daljinu“, na odnose „B2B“, jer su i ove odredbe usmjerene isključivo na zaštitu potrošača, a ne na regulisanje međusobnih odnosa poslovnih partnera – proizvođača i trgovca, odnosno pružaoca i korisnika usluga.

Da bi se ugovor o prodaji na daljinu, u smislu ovog Zakona, zaključio, koriste se sredstva za daljinsku komunikaciju, pod kojima se podrazumijevaju sva sredstva koja bez stvarnog prisustva trgovca i potrošača mogu biti korištena za zaključivanje ugovora između dvije strane.

³ Zakon o elektronskom potpisu, objavljen u „Sl. glasniku BiH“, br. 91/06.

⁴ Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu, objavljen u „Sl. glasniku BiH“, br. 88/07.

Zakon je, primjera radi, nabrojao šta smatra sredstvima za daljinsku komunikaciju, pa je navedeno da su to štampani materijal, pisma, štampana reklamna poruka s narudžbenicom, katalog, telefon, video telefon s ekranom, telefaks, radio, TV, kablovska televizija, elektronska pošta i dr. Dajući ovakve formulacije sredstava za daljinsku komunikaciju, zakonodavac je dao slobodu dopunjavanja tih sredstava novim tehnološkim unapređenjima, što je veoma važno, jer npr. u vrijeme usvajanja tzv. Bečke konvencije⁵, nisu postojali ugovori ni promet ostvarivan putem interneta, pa je u odredbi člana 13. utvrđeno da izraz „pismeno“ obuhvata telegram i teleks. Zbog toga, promet roba koji se ostvaruje putem interneta, kao „B2B“, ne podliježe primjeni Bečke konvencije, bez obzira što je ratifikovana i kao takva objavljena u „Sl. list SFRJ - Međunarodni ugovori“, br. 10-1/84.

Ugovor se zaključuje uz korištenje jednog ili više sredstava za daljinsku komunikaciju.

Zakon o zaštiti potrošača iz 2006. pokušao je pružiti pravnu zaštitu domaćem potrošaču, u odnosu na strano pravno ili fizičko lice, na taj način što je u članu 97. naveo da se obavezno, kao pravna zaštita potrošača, ugovara nadležnost Suda BiH, sa naznakom da je svaka odredba koja je suprotna ovoj, ništava. Ovdje se nije vodilo računa da je Zakonom o parničnom postupku pred Sudom BiH⁶, utvrđena nadležnost tog Suda, pa iz konteksta te nadležnosti, osnovano se postavlja i pitanje da li se na ove slučajeve mogu primijeniti odredbe iz člana 1. st. 3.

U odnosu na ugovore između domaćeg potrošača i stranog pravnog ili fizičkog lica, zakonodavac je otišao i korak dalje, pa je naznačio da se svaki ugovor o prodaji na daljinu, bez obzira na sjedište trgovca, smatra ugovorom zaključenim u Bosni i Hercegovini.

Ali i ovaj Zakon ima određena ograničenja, jer je utvrdio da se odredbe Zakona ne odnose na ugovore zaključene putem prodajnih automata ili na automatiziranim prodajnim mjestima, ugovore koji se odnose na nekretnine, osim ugovora o najmu, i ugovore zaključene na licitacijama.

Na ove odnose se primjenjuju drugi propisi, pretpostavljajući obaveznost prisustva (kao kod prodajnih automata) ili obaveznost forme (kao kod ugovora koji se odnose na nekretnine). Ostaje nejasno zbog čega se zakonodavac opredijelio da isključi primjenu ovog Zakona kod ugovora zaključenih na licitacijama, jer je evidentno da je sve veći broj licitacija gdje nije potrebno neposredno prisustvo, odnosno sve veći broj je licitacija koje se obavljaju putem interneta.

Zakon o zaštiti potrošača u BiH je predvidio mnoge obaveze za trgovca koji želi poslovati zaključivanjem ugovora na daljinu. Kako je kvalitetna informacija osnov svakog poslovanja, pa i ovog, zakonodavac je obavezao trgovca da mora, prije zaključivanja ugovora na daljinu, potrošaču dati o sebi i proizvodu koji nudi na prodaju. Ovo je posebno važno, jer kod direktnog kontakta između trgovca i potro-

⁵ Konvencije Ujedinjenih nacija o međunarodnoj prodaji roba, koja je potpisana 11. aprila 1980. g. u Beču.

⁶ Zakon o parničnom postupku pred Sudom BiH, objavljen u „Sl. glasniku BiH“, br. 36/04 i 84/07.

šača, potrošač može neposredno saznati sve podatke o trgovcu, a pregledom robe i direktno saznati sve karakteristike te robe koje će ga i opredijeliti na kupovinu, dok kod kupovine na daljinu, potrošač ovo mora da sazna samo iz opisa koje mu daje trgovac, radi čega potrošač mora biti siguran da je opis tog proizvoda tačan i odgovara stvarnom stanju.

Zakon je dao određene obavezne forme prilikom zaključivanja ugovora na daljinu.

Tako je u članu 44. obavezao trgovca da, prije zaključenja ugovora na daljinu, preko sredstava za daljinsku komunikaciju obavijestiti potrošača o sljedećem:

a) imenu, matičnom broju i punoj adresi trgovca i dobavljača, poreskom broju, brojevima telefona i faksa te e-mail adresi, ako postoji;

b) imenu proizvoda ili usluge, imenu pod kojim se proizvod prodaje;

c) glavnim svojstvima i upotrebним vrijednostima proizvoda, odnosno usluge;

d) cijeni i svim dodatnim troškovima za potrošača, uključujući sve poreze;

e) bilo koje ostale troškove uključujući i troškove isporuke;

f) načinu plaćanja, te načinu i predviđenom roku isporuke proizvoda ili pružanja usluge;

g) uvjetima za ispunjenje i raskid ugovora;

h) podatke o garancijama i uslugama poslije prodaje (servisiranje i prodaja rezervnih dijelova za vrijeme i poslije garantnog roka i dr.);

i) pravu i roku za odustajanje od ugovora, osim u slučajevima iz člana 48. ovog Zakona;

j) periodu (opciji) za koji vrijedi ponuda ili cijena;

k) najkraćem roku trajanja ugovora, ako se radi o neprekinutoj ili redovnoj ponavljajućoj zaštiti;

l) sudskoj nadležnosti i primjeni određenog materijalnog prava u slučaju spora.

Svi ovi podaci se moraju dostaviti potrošaču u pisanoj formi. Ili na drugi način koji je trajan, prije zaključivanja ugovora, odnosno najkasnije prije isporuke robe, odnosno pružanja usluge. Posebna obaveza trgovca je da potrošača obavijesti o vremenu i načinu otpreme proizvoda.

Svi ostali neophodni podaci, prilikom obavještavanja kupca, trebaju biti jednoznačni, jasni, lako razumljivi, prilagođeni sredstvu za daljinsku komunikaciju, uz poštivanje dobre vjere u trgovini, dobrih poslovnih običaja i principa koji uređuju zaštitu maloljetnika i drugih lica koja nisu ovlaštena za davanje pristanka na kupovinu.

Poznati su brojni slučajevi kada maloljetnici, koristeći internet, na teret roditelja, a bez njihovog znanja, vrše naručivanja skupih proizvoda, što stvara razna konfliktna stanja, a na ovaj način se žele spriječiti bespotrebna sukobljavanja interesa.

Isto tako, poznati su slučajevi obavještavanja kupca, u pisanoj formi, ali sa tako sitnim slovima, da kupac, najčešće, odustane od čitanja takvih obavještenja,

smatrajući da trgovac postupa u dobroj vjeri u trgovini. Nažalost, ovo nije slučaj samo kod zaključivanja ugovora na daljinu, nego je vrlo česta pojava i kod osiguranja ili drugih ugovora

U cilju zaštite prava potrošača, Zakon je omogućio potrošaču da ima pravo bez troškova i obrazloženja odustati od ugovora na daljinu, pa čak i u slučaju kada je primio proizvod. Osnovni preduslov za odustajane je da to potrošač uradi u roku od 15 dana od dana prijema proizvoda, a u slučaju usluga, u istom roku od dana zaključenja ugovora. U tom slučaju potrošač je dužan da nadoknadi samo trošak vraćanja proizvoda.

Poseban tretman prava na odustajanje od ugovora na daljinu, postoji u slučaju kada trgovac nije dostavio potrošaču obavještenje o karakteru proizvoda i podatke o trgovcu. U tom slučaju rok za odustajanje je tri mjeseca od dana kada je potrošač primio proizvod, odnosno kada je zaključio ugovor o usluzi. Specifičnost u ovom dijelu prava je što je trgovcu omogućeno da, u roku od tri mjeseca, dostavi propisana obavještenja potrošaču, i tada je rok za vraćanje proizvoda 15 dana i počinje teći od dana prijema pisanog obavještenja.

Nakon što potrošač obavijesti trgovca o odustajanju od ugovora na daljinu, trgovac je dužan da vrati primljeni novac. Zakon u članu 47. koristi termin „bez odgađanja“, ali isto tako to pojašnjava, „a u svakom slučaju u roku od 15 dana od dana kada je primio pisano obavještenje od potrošača“.

Kako su u praksi česti slučajevi nepoštovanja ovakvih odredbi, to je Zakon uveo i kaznenu odredbu, prema kojoj, ako trgovac ne vrati plaćeni iznos, dužan je, osim cijene, zajedno sa zakonskim zateznom kamatom, platiti i dodatnih 10 % iznosa za svakih 30 dana kašnjenja.

Vrhovni sud FBiH je zauzeo stanovište da se prigovor postojanja skrivenih nedostataka može valjano izjaviti i putem telefona⁷, ali kao što je naprijed navedeno, ovaj Zakon je propisao pismeno obavještenje trgovca, te pisano obavještenje od potrošača o odustajanju od ugovora.

Formulacija iz člana 48. Zakona „...ako se strane nisu drugačije dogovorile..“ govori o opredjeljenju Zakona da strankama da punu dispoziciju svojim pravima, iako postoje određena ograničenja. Međutim, formulacije koje su date u ovom članu otvaraju određene nedoumice, Tako, ako nije drugačije dogovoreno, potrošač ne može odustati od prava na raskid ugovora u slučajevima propisanim u tom članu. U daljem tekstu se nabrajaju slučajevi u kojima se ne može faktički odustati od ugovora, a ne odustati od prava na raskid ugovora. Tako, ako je po osnovu ugovora o pružanju usluga započeto pružanje usluga, uz saglasnost strana, prije nego što je istekao rok od 15 dana za odustajanje, ne može se odustati od ugovora. Ili, kod ugovora o uslugama igara na sreću, prodaji robe ili usluga usluga ako cijena proizvoda ili usluga zavisi od promjena na finansijskom tržištu na koje potrošač ne može uticati; kod ugovora o prodaji robe kada je potrošač dao ličnu pisanu narudžbu ili specifikaciju

⁷ Rješenje Vrhovnog suda Federacije BiH, broj Pž.118/99 od 5.8.1999.g., objavljeno u Biltenu Vrhovnog suda FBiH, br. 2/99.

za proizvod; kod ugovora o prodaji robe kada se proizvod zbog njegove prirode ne može vratiti; kod ugovora kod isporuka audio i videosnimaka ili računarskog uputstva koje je potrošač upotrijebio; i kod isporuke štampe, periodike i časopisa. Ovakva ograničenja su i razumljiva, jer bi bilo potpuno neosnovano za očekivati da se može odustajati od ugovora kojim je kupljen videosnimak i taj videosnimak potrošač pregleda (uz realnu mogućnost kopiranja), te tako korišten da vrati prodavcu. Još bi teža situacija bila kada bi se omogućavalo odustajanje od ugovora o pružanju usluge igara na sreću, kada bi se ostavila mogućnost da se u roku od 15 dana od dana potpisivanja ugovora, odustane od određene igre na sreću, koja je bila u roku od sedam dana od dana potpisivanja ugovora.

Posebna je situacija kod zaključivanja ugovora o prodaji na daljinu sa mogućnošću kreditiranja takve prodaje, a u praksi su sve češći takvi slučajevi. Tu je trgovac u dosta nepovoljnom položaju. Naime, ako je trgovac kroz ugovor na daljinu osigurao potrošaču kredit, bez obzira na izvor kredita, koji može biti iz vlastitih sredstava trgovca ili preko trećih lica, te ako potrošač iskoristi svoje pravo za odustajanje od ugovora, trgovac ne može zahtijevati zatezne kamate ili druge troškove raskida ugovora o kreditu.

Zakon je u članu 50. na vrlo interesantan način pružio zaštitu potrošača od trgovaca. Osim što se zabranjuje isporuka potrošaču proizvoda ili usluga koje nije naručio, ako takva isporuka zahtjeva plaćanje, ako potrošač ipak dobije proizvod koji nije naručio, a trgovac mu ga je poslao sa namjerom zaključenja ugovora o prodaji, potrošač ima pravo smatrati takvu pošiljku zadržati bez obaveze plaćanja, odnosno može je smatrati reklamnim poklonom trgovca. Potrošač ne mora ni obavještavati trgovca da takav proizvod ili uslugu zadržava bez plaćanja, a njegova šutnja se ne može smatrati pristankom na ugovor. Na ovaj način se želi zaštititi potrošač od neželjenih isporuka proizvoda.

Iako je Zakonom utvrđeno da trgovac ne smije prema potrošaču upotrijebiti pojedinačna sredstva za daljinsku komunikaciju, dakle ni elektronsku poštu, bez prethodnog pristanka potrošača, veoma česti su slučajevi takvog postupanja trgovca, odnosno pružaoca usluga.

Nakon dobijanja potvrđene narudžbe, trgovac je dužan da isporuči proizvod, odnosno pruži uslugu u roku od 15 dana od dana kada mu je potrošač poslao narudžbu. Ako trgovac ne izvrši svoju obavezu isporuke naručene robe ili usluge, potrošač mora biti informiran o ovoj situaciji i mora mu se izvršiti vraćanje novca kojeg je uplatio, što je prije moguće. I ovdje je Zakon ostavio kao krajnji rok 15 dana od dana kada je primio informaciju o nemogućnosti isporuke.

I ovim Zakonom se, na određen način, posvećuje pažnja zaštiti privatnosti. Naime, odredbom člana 46. je predviđeno, da trgovac, prilikom objavljivanja obavještenja o proizvodu ili usluzi koju prodaje putem zaključivanja ugovora na daljinu, treba naznačiti svoju obavezu da podatke o potrošaču neće saopćiti trećoj strani, niti strani koja kao pravno ili fizičko lice djeluje unutar iste grupe preduzeća kojoj pripada trgovac. S obzirom da se ipak radi o dobrovoljnosti zaključivanja ugovora na

daljinu, trgovac i potrošač se mogu dogovoriti da se ti podaci mogu koristiti, ali taj dogovor mora biti postignut u pismenoj formi.

Kako bi potrošač bio blagovremeno obavješten o dolasku naručenog proizvoda ili usluge, Zakon je obavezao trgovca da na prikladan način obavijesti potrošača o vremenu i načinu otpreme i to neposredno nakon otpreme proizvoda.

Zakon je i u drugim odredbama regulisao načine i sadržaje ugovora, pa i ugovora na daljinu. Tako je u članu 93. utvrdio da će, u slučaju nedoumice u vezi sa značenjem pojedinih odredbi u ugovoru, važiti značenje koje je povoljnije za potrošače.

Važeći Zakon o obligacionim odnosima ne poznaje termin ugovora na daljinu, ali je u Nacrtu Zakona o obligacionim odnosima ovom pitanju posvećena glava 4, odredbe od člana 668. do 672.

U Republici Srpska je usvojen Zakon o elektronskom poslovanju i elektronskom potpisu (Objavljeno u „Službenom glasniku RS“ br. 36/02 od 21. juna 2002). Ovaj propis ima veliki značaj i za pravosuđe, jer je, između ostalog i utvrdio da „kvalifikovani elektronski potpis je elektronski potpis kojim se pouzdano garantuje: identitet potpisnika, integritet elektronskih poruka ili dokumenata i nemogućnost naknadnog poricanja odgovornosti za njihov sadržaj“.

U pravnom prometu je veoma važno što je članom 8. Zakona utvrđena ravnopravnost pismene forme i elektronskog oblika komuniciranja. Ipak, ovdje je dato određeno ograničenje, jer ne postoji ravnopravnost kod pravnih poslova koji se odnose na:

1. prenose prava svojine na nepokretnostima ili kojima se ustanovljava drugo stvarno pravo na nepokretnosti;
2. ostavinske poslove;
3. ugovore o uređivanju imovinskih odnosa između bračnih drugova;
4. ugovore o raspolaganju imovinom lica kojima je oduzeta poslovna sposobnost;
5. ugovore o ustupanju i raspodjeli imovine za života;
6. ugovore o doživotnom izdržavanju i sporazume o odricanju od navedenog nasljeđa;
7. obećanje poklona i ugovore o poklonu u slučaju smrti;
8. ugovore o kupovini sa zadržavanjem prava svojine.

U Bosni i Hercegovini su donesena dva Zakona koja regulišu elektronsko poslovanje, Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu i Zakon o elektronskom potpisu.

Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu je značajan zbog toga što definiše elektronske poruke i podatke, a što je osnovu elektronskog poslovanja. Tako, već u članu 3. elektronska poruka je definisana kao niz podataka koji su poslani ili primljeni na elektronski način, što uključuje prije svega elektronsku razmjenu podataka i elektronsku poštu;

U istom članu je definisana i „na daljinu“, što znači da se usluga pruža bez istovremenog prisustva strana. Iz ove definicije proizilazi da nije bitna udaljenost strana, nego je dovoljno da se usluga pruža bez istovremenog prisustva obje strane, da se takav posao smatra poslom urađenim na daljinu.

Posebno je značajno što je utvrđeno da pravno dejstvo podataka u elektronskoj formi i njihova upotreba kao dokaznog sredstva ne može se isključiti zbog činjenice da su u elektronskoj formi. Na ovaj način izjednačen je značaj podataka u elektronskoj formi sa klasičnim pisanim dokumentima. Kako je pitanje pravne zaštite, nadležnosti suda i primjene propisa uslovljeno mjestom slanja odnosno mjestom prijema poruke, vremenom slanja ili vremenom prijema poruke, to je ovaj Zakon definisao i te pojmove.

Iako je već u osnovnim odredbama utvrđeno pravo da lica koja koriste elektronske poruke uređuju svoje odnose pri stvaranju, slanju, prijemu, čuvanju ili drugoj obradi elektronskih poruka, Zakon je utvrdio da se smatra da je elektronska poruka poslana u momentu kada uđe u informacioni sistem koji je van kontrole pošiljaoca ili lica koje je elektronsku poruku poslalo u njegovo ime. Momenat kada elektronska poruka uđe u informacioni sistem primaoca, smatra se momentom prijema elektronske poruke.

Mjesto sjedišta ili prebivališta primaoca u momentu slanja elektronske poruke, smatra se mjestom iz kojeg je elektronska poruka poslana. Mjestom prijema elektronske poruke smatra se mjesto sjedišta ili prebivalište primaoca u momentu prijema elektronske poruke. Ako pošiljalac, odnosno primalac, nema prebivalište, onda se mjestom prijema odnosno mjestom slanja elektronske poruke smatra mjesto boravišta pošiljaoca u momentu slanja elektronske poruke, odnosno mjesto boravišta primaoca u momentu prijema elektronske poruke.

Ovaj Zakon je posebno obradio oblast elektronske trgovine, iako je naslov Glave VII, pravno neuobičajen: „Određeni pravni aspekti elektronskog pravnog i poslovnog prometa (elektronska trgovina)“. Kako iz naslova proizilazi, samo su razmatrani „određeni pravni aspekti“ ovog poslovanja, pa se postavlja pitanje u kojem to propisu će biti obrađeni ostali pravni aspekti. Nejasno je zbog čega je u naslovu ove glave napravljena razlika između „pravnog i poslovnog prometa“, a da se u daljem tekstu nigdje pobliže ne pojašnjava šta se smatra pravnim, a šta poslovnim prometom. Kako se radi o Zakonu koji je u primjeni jedan kraći vremenski period, to ne postoje ni iskustvena pojašnjenja koja bi trebala da omoguće pravilnije razumijevanje, a samim tim i primjenjivanje tog propisa.

Prema ovom Zakonu, komercijalna komunikacija mora jasno i nedvosmisleno da bude prepoznatljiva kao takva, da naznači fizičko ili pravno lice na čiji zahtjev je sačinjena komercijalna komunikacija, odnosno da sadrži podatke koji su, u ovom dijelu, naznačeni i u Zakonu o zaštiti potrošača.

Kada su u pitanju promotivne ponude, kao što su sniženje cijena, premije i nagrade, kao i promotivna takmičenja ili igre, potrebno je da se naznače kao takve, kao i opis uslova koji se moraju ispunjavati za njihovo korištenje.

Zaključivanje ugovora je poseban odjeljak Zakona o elektronskom pravnom i poslovnom prometu. U skladu sa ovim odredbama, davalac usluga je dužan da kupca – korisnika prije zaključenja ugovora informiše o različitim tehničkim koracima koji slijede u postupku zaključenja ugovora, o tome da li se tekst ugovora memoriše i da li je dostupan korisniku, o mogućnostima korekcije teksta, o pravilima ponašanja kojima podliježe poduzetnik, sa mogućnostima pristupa tim pravilima. I u Zakonu o elektronskom pravnom i poslovnom prometu i u Zakonu o obligacionim odnosima stoje odredbe da ne postoji obaveza davanja naprijed navedenih informacija za ugovore koji se zaključuju isključivo putem elektronske pošte ili njoj jednake individualne komunikacije, kako je to naznačeno u Zakonu o elektronskom pravnom i poslovnom prometu, odnosno ako je ugovor zaključen isključivo putem razmjene e-maila ili slične individualne komunikacije, kako je to naznačeno u Nacrtu Zakona o obligacionim odnosima.

Kako se sa razvojem elektronske trgovine pojavljuju i sve veće zloupotrebe, to je Zakon o pravnom i poslovnom prometu, utvrdio u kojim slučajevima davalac usluga prenosa poruka odgovara za prenesenu poruku ili izvršenu pretragu. On je odgovoran ako inicira prenos, ako izabere naslovnika prenesenih informacija i ako izabere i promijeni prenesene informacije. U svim drugim slučajevima davalac usluga prenosa poruka ne odgovara za prenesenu poruku, odnosno za izvršenu pretragu, bez obzira što se koriste njegovim sredstvima.

Zakon je posebno obradio isključivanje odgovornosti davalaca usluga kod linkova, odnosno elektronskog povezivanja koje omogućava pristup informacijama trećih lica.

Tako, davalac ovih usluga nije odgovoran ako nema pouzdano saznanje o protivpravnoj aktivnosti ili informaciji i iz zahtjeva za naknadu štete, takođe, nije upoznat sa činjenicama ili okolnostima iz kojih je očigledna protivpravna aktivnost ili informacija, ili čim je dobio ova saznanja ili je upoznat, bez odgađanja pristupi uklanjanju elektronske veze.

Ovakve odredbe pružaju izuzetnu zaštitu davaocima usluga, pogotovo kada se stave u kontekst sa odredbama člana 28. tog Zakona, prema kojoj odredbi oni nisu obavezni da generalno nadgledaju informacije koje su pohranili, prenijeli, ili ih učinili dostupnim, ili da samoinicijativno traže oklonosti koje ukazuju na protivpravne radnje.

U cilju kontrole rada, da se spriječi, istraži, rasvijetli ili procesuiru sudski kažnjivo djelo, propisane su obaveze dostavljanja svih informacija na traženje suda, a na traženje organa uprave, obavezni su da dostave imena i adrese korisnika svojih usluga sa kojima su zaključili sporazume o pohranjivanju informacija, ako znanje ovih informacija čini značajnu pretpostavku za izvršenje obaveza tog organa.

I treća lica imaju pravo dobijanja određenih podataka, kao što su ime i adresa bilo kojeg korisnika usluga, pod uslovom da treća lica imaju preovlađujući pravni interes za utvrđivanje identiteta korisnika i određenog protivzakonitog činjeničnog stanja, te učine vjerovatnim da znanje ovih informacija čini značajnu pretpostavku

za pravno procesuiranje. Nažalost, Zakon nije propisao ko će to i kako utvrđivati preovlađujući pravni interes trećih lica, jer se zbog ovakve formulacije uvijek može postaviti pitanje zaštite privatnosti podataka.

Zakon o zaštiti potrošača u BiH je obavezao trgovca da se već u prvoj informaciji koju dostavlja potrošaču, treba sadržavati obaveza trgovca da podatke o potrošaču neće saopćiti trećoj strani, niti strani koja kao pravno ili fizičko lice djeluje unutar iste grupe preduzeća (koncern) kojoj pripada trgovac, osim ako to potrošač odobri trgovcu u pisanoj formi.

I Zakon o slobodi pristupa informisanju je dao velika ograničenja u pogledu dostavljanja podataka koji se tiču privatnosti, ali, kao što je već naprijed navedeno, kroz Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu, utvrđene su obaveze davanja podataka u određenim slučajevima. Ovdje se posebno naglašava i činjenica da je zaštita privatnosti podataka predviđena u našem krivičnom zakonodavstvu, o čemu moraju voditi računa korisnici tih podataka.

Valjanost svakog pravnog posla zaključenog elektronskim putem, zavisi i od same valjanosti elektronskog potpisa. Zakon o elektronskom potpisu⁸ je dao sve osnovne postavke ovakvog načina poslovanja. Kako je elektronski potpis tema koja zaslužuje posebnu obradu, to se, ovom prilikom daju samo definicije u vezi elektronskog potpisa i sigurnog elektronskog potpisa, kako su i navedene u tom Zakonu:

- a) **elektronski potpis** su podaci u elektronskom obliku koji prate druge podatke u elektronskom obliku ili su s njima logički povezani i omogućavaju utvrđivanje identiteta potpisnika;
- b) **potpisnik** je fizičko lice kojem su dodijeljeni podaci za formiranje potpisa i odgovarajući podaci za provjeru potpisa i kojem je, u njegovo ili u ime trećeg lica, formiran elektronski potpis, ili ovjerilac koji koristi potvrdu za pružanje usluga u vezi s elektronskim potpisom ili ovjeravanjem;
- c) **siguran elektronski potpis** je elektronski potpis koji je:
 - 1) dodijeljen isključivo potpisniku,
 - 2) omogućava identifikiranje potpisnika,
 - 3) formiran upotrebom sredstava koja su u potpunosti pod kontrolom potpisnika,
 - 4) povezan s podacima na koje se odnosi tako da se može utvrditi svaka naknadna promjena tih podataka,
 - 5) zasnovan na kvalificiranoj potvrdi i formiran upotrebom tehničkih sredstava i postupaka koji su u skladu sa sigurnosnim zahtjevima ovog Zakona i na osnovu njega donesenih podzakonskih propisa;
- d) **podaci za formiranje potpisa** su jedinstveni podaci kao što su šifre ili posebni šifrirani ključevi koje potpisnik koristi za formiranje elektronskog potpisa;
- e) **sredstva za formiranje potpisa** su software ili hardware koji se koristi za obradu podataka za formiranje potpisa;

⁸ Zakon o elektronskom potpisu, objavljeno u „Sl. glasniku BiH“, br. 91/06.

- f) **podaci za provjeru potpisa** su jedinstveni podaci, kao što su šifre ili posebni šifrirani ključevi koji se koriste za provjeru elektronskog potpisa;
- g) **sredstva za provjeru potpisa** su software ili hardware koji se koristi za provjeru elektronskog potpisa;
- h) **potvrda** je elektronska potvrda, s podacima za provjeru potpisa koji su dodijeljeni određenom licu čiji je identitet utvrđen;
- i) **kvalificirana potvrda** je potvrda koja sadrži podatke iz člana 6. ovog Zakona i koju je izdao ovjerilac koji zadovoljava odredbe člana 8. ovog Zakona;
- j) **ovjerilac** je fizičko ili pravno lice koje izdaje potvrde ili vremenski pečat ili obavlja druge usluge u vezi s elektronskim potpisom i ovjeravanjem;
- k) **usluge u vezi s elektronskim potpisom i ovjeravanjem** su stavljanje na raspolaganje proizvoda i postupaka povezanih s elektronskim potpisom, izdavanje, obnavljanje i upravljanje potvdama, registar potvrda, pružanje usluga opoziva, vremenskog pečata, kao i računarske i savjetodavne usluge u vezi s elektronskim potpisom;
- l) **vremenski pečat** je elektronski potpisana potvrda ovjerioca koja potvrđuje da su određeni podaci bili prisutni u elektronskom dokumentu, u određenom momentu;
- m) **proizvod** je software ili hardware čije se specifične komponente koriste za formiranje ili provjeru elektronskog potpisa ili koje ovjerilac koristi za pružanje usluga u vezi s elektronskim potpisom i potvdama;
- n) **kompromitiranje** je narušavanje sigurnosnih mjera ili sigurnosne tehnike, pri kojem ovjerilac ne može zadržati osnovni zahtijevani nivo sigurnosti.

Zakon je elektronskom potpisu je izuzetno značajan i kroz odredbe da pravno djelovanje elektronskog potpisa i njegova upotreba kao dokaznog sredstva se ne može isključiti zbog činjenice da je elektronski potpis dostupan jedino u elektronskoj formi ili zbog toga što nije zasnovan na kvalificiranoj potvrdi, ili kvalificiranoj potvrdi akreditiranog ovjerioca, ili zbog toga što nije formiran upotrebom propisanih tehničkih sredstava Elektronsko poslovanje je zasnovano na elektronskim instrumentima plaćanja, koji su detaljnije regulisani u Zakonu o zaštiti potrošača

Zaključivanje ugovora putem elektronskog poslovanja ima i svoju krivično pravnu zaštitu, predviđenu u svim krivičnim zakonima, kao npr. u članu 257. Krivičnog zakona FBiH, predviđeno je krivično djelo Krivotvorenje kreditnih i ostalih kartica bezgotovinskog plaćanja, a u Glavi trideset drugoj, obrađena su krivična djela protiv sustava elektronske obrade podataka. Istovjetna je situacija i u RS i Brčko Distriktu BiH, ali kako su ovo nove oblasti, još uvijek nema velikih iskustava u primjeni ovih propisa.

ZAKLJUČAK

Analizirajući propise koji obrađuju ugovore na daljinu, može se sa sigurnošću reći da su isti dobrim dijelom usaglašeni sa evropskim konvencijama i direktivama, ali nije izvršena međusobna harmonizacija propisa u BiH.

Ugovori na daljinu se spominju i u drugim propisima, kao npr. u članu 7. Zakona o trgovini, ali, kao potpuno nova pravna kategorija u BiH, do sada nisu ostvarivala pravnu zaštitu. Tu će se posebno postavljati pitanje nadležnosti suda, te primjene propisa.

Očekivano pridruživanje Evropskoj uniji će obavezati zakonodavce da donesu još brojne propise koji regulišu i ovu materiju, pa bi te aktivnosti trebalo iskoristiti i za međusobno usklađivanje postojećih propisa.

CONCLUSION

Analyzing regulations covering distance contracts, it can be said with certainty that they are largely harmonized with European conventions and directives, but has not been executed mutual harmonization of regulations in BiH.

Distance contracts referred to in other regulations, such as in Article 7 Trade Act, but, as a new legal category in BiH, have not exercised legal protection. There will be a question of the court jurisdiction, and the application of the regulations.

The expected accession to the European Union will oblige legislators to bring even more numerous and regulations governing this matter, so that these activities should be used for the harmonization of the existing regulations.

Summary

Distance contract means any contract concerning goods or services concluded between a supplier and a consumer under an organized distance sales or service-provision scheme run by supplier.

B&H government recognized these problems, and adopted Directive 97/7 into national law.

Key words: *distance contract, consumer, supplier, e-commerce.*

СТЕПЕНИ СРОДСТВА КАО ГАРАНЦИЈА ТРАЈНОСТИ БРАКА

Проф. др Станка Стјепановић*

Апстракт: Сродство је сметња за закључење брака. Ауторка у овом раду даје преглед степена сродства у којима је брак био забрањен, како у крвном сродству, тако и двородном и трородном сродству. Истиче велики утицај Законоправила Св. Саве на развијање друштвене свијести о забрањеним браковима, која се на просторима данашње Републике Српске и Босне и Херцеговине задржала и послије времена заборавила на постојање овог важног средњовековног правног кодекса, значајног и за цркву и за државу. Анализирајући степене сродства у Законоправилу долази до закључка да проширење круга људи који долазе браком њихових сродника у међусобну везу може допринети помоћи тих истих сродника за очување тога брака. Ауторка предлаже да се измени породични закон Републике Српске на тај начин да се прошири круг брачних сметњи у погледу сродства по тазбини и крвног сродства у побочној линији. Сматра да браку треба дати значај основне јединице части и морала у друштву, јер без тога нема раста државног бића.

Кључне ријечи: сродство, брак, сметња, закон, Законоправило, двородно сродство.

1. Увод

Данас, када је у Републици Српској брак у огромној кризи, када бројка разведених бракова премашује број склопљених бракова, треба помоћ за спас брака тражити у свим сегментима друштва, како садашњим, тако и прошлим. Да би се дошло до поштовања брачних супружника међусобно, треба се изградити поштовање према ширем кругу сродника једног и другог брачног супружника. То се може постићи подизањем из основе пољуљаног поштовања међу члановима породице. На постављено питање да ли се међу широм породицом може подићи свијест о поштовању оних сродника који не припадају групи крвних сродника, покушаћемо дати одговор у овом раду. Да ли се то може постићи одређивањем забране склапања брака између ширег круга тазбинских

* Проф. др Станка Стјепановић, Правни факултет Универзитета Источно Сарајево Пале

сродника или не? У овом раду покушаћемо кроз анализу Законоправила св. Саве, као дјела које је на ове наше просторе донијело одредбе грчко-римског права, да докажемо да је то могуће. То је нарочито важно за подизање друштвене свијести и већег степена толеранције међу свим људима уопште.

2. Захтјеви за издавање Законоправила

Данас још немамо фототипских издања свих сачуваних преписа Законоправила Св. Саве. Правилно је да вратимо назив кодексу, како га је звао сам његов преводилац Св. Сава -Законоправило.

Наш најпознатији канониста, епископ Никодин Милаш, је 1906. године изражавао жељу да се одштапа „ старо–српска Крмчија, па било у препису Морачке Крмчије. Властарева синтагма има свој значај као канонски зборник, али далеко она заостаје од Крмчије по богатству свог садржаја и по оним многим чланцима, који би, уверен сам, много расветлили средњовековну Србију и утицаје римског права на њу“. Прије тога, у свом раду „Крмчија савинска“ (Задар 1884.), критикујући садржину штампане Крмчије која је дошла из Русије, епископ Милаш наводи: „Мени се чини, да би више смисла имало када би православни Срби за своју употребу обратили се к првобитној Крмчији каква је она била за вријеме Светог Саве, то јест к оној, коју нам наш овај (Савински) рукопис представља“. Архимандрит Никифор Дучић 1890. године у свом раду „Крмчија Морачка“ истиче да: „Ваљало би издати текст једне од најстаријих крмчија, најпотпуније и најправилније упоредо с разликама осталијех.“ Потребу за издавањем Светосавског Номоканона, те „чврсте, вековне, златне копче која веже у нераскидиво духовно јединство све православне словенске цркве“ (др Викентије Вујић, гласник СПП 1930, 455) изражавали су многи словенски научници, а руски научник Павлов водио је интензивну преписку са Ватрославом Јагићем са молбом да се изда Иловичка Крмчија. Од Јагића је то тражио и Фрањо Рачки. Међутим, Јагић је сматрао да је то исувише тежак посао за њега и препоручивао је да то обави један вриједни, млади канониста Бенешевић из Петрограда (Бенешевића је Јагић предложио у писму Илариону Руварцу 1905. године). Као што се види, и Јагићу је било тешко да се прихвати једног таквог посла критичког издања Иловичке Крмчије, али је олако дао изјаву да је њу са грчког на словенски језик превео неко други, а не Свети Сава. Он је и у овом поменутом писму рекао: „Држим за доказану истину, да је Сава српску главну столицу Жичу снабдио Крмчијом, коју је са собом донео из Солуна и да је његов егземплар послужио као матицом за све остале преписе, што их је требало за сваког епископа бар по један егземплар. Зато је и онај запис оправдан, који присвоји његовој заслуги тај посао. Али мени никако не иде у главу, да би он био аутор, састављач, камоли преводилац ове законе књиге.“ Многи се у науци позивају на Јагићево мишљење и не желе властитим напором доћи до

закључка да је у то вријеме такво дјело могао превести само Свети Сава и да се због његовог ауторитета преписивању тих књига приступало као преписивању Светог писма.

И Свети Архиепископски сабор је покренуо питање издавања Крмчије, тако да је на свом мајском засједању 1937. године донио одлуку: „Да се питање о издању Крмчије врати Светом Синоду, с тим да Свети Синод у својој надлежности ријешити то питање.“

Како се може видјети, и српски научници и не само српски, тражили су да се изда Номоканон Светог Саве, а исто тако кренуо је и Свети Синод, али до комплетног издања критичког преписа Законоправила Светог Саве није дошло ни данас. Када је декан Правног факултета и ректор Београдског Универзитета, професор Црквеног права на Правном факултету и Богословији у Београду, доктор Чедомиљ Митровић, умро 1934. године, упућен је позив с Богословског факултета Универзитета у Београду у Петроград Бенешевевићу да дође у Југославију и да помогне у издавању Крмчије с тумачењима. Међутим, власти СССР-а му нису дозволиле да дође у Југославију. Већ сљедећих година Стаљинова власт га је ухапсила и прогнала на сјевер, тако да је он тамо умро.

2.1. Комисија за припрему издања Законоправила

Чинило се, кад је Српска академија наука донијела 04.06.1951. године Одлуку о оснивању Комисије за припрему издања Крмчије, да је коначно крај путу на коме је и црквеноправна и државноправна наука била без могућности да на цјеловит начин сагледа важност овог правног споменика – Законоправила Светог Саве. У Комисији је предсједник био академик др Тома Живановић и чланови академик др Никола Радојчић, дописни члан САНУ др Радослав Грујић, др Сергије Троицки и др Петар Ђорђевић. Том приликом др Сергије Троицки изложио је реферат под називом „*Како треба издати Крмчију Светог Саве (Номоканон са тумачењима)*“. Ту је он изложио значај Светосавског Номоканона за Србију, за Бугарску и за Русију, историјат питања о критичком издању Светосавске Крмчије, последице непостојања критичког издања и планирање припремног рада за издавање. Прилоге је разврстао на 3 дијела. Прилог први обухвата изворе дијелова Светосавског Номоканона и литературу о њима. Други прилог садржава опис рукописа Светосавског Номоканона са тумачењима и њених грчких оригинала, и то рукописа српске рецензије, рукописа бугарско–руске рецензије, генеалогичку рукописа Номоканона, њихов протограф и извор основног рукописа. У прилогу о рукописима српске рецензије види се да је Троицки имао увид у Иловички препис, Рашки, Дечански, Пчињски, Сарајевски, Београдски, Савински, Пећки препис, док је Милешевски и Хиландарски само описао по оном што је записао Јацимирски, почетком 20. вијека, а Морачку је описао према описима архимандрита Нићифора Дучића, јер како

се види из овог рада С. Троицког, у то вријеме се није знало гдје је Морачка Крмчија. У издању Законоправила Светог Саве (манастир Жича, 2004. године) види се да је Морачка Крмчија била тада у музеју СПЦ.¹ Стотину година након изражене жеље архимандрита Нићифора Дучића да се издају преписи Законоправила и четрдесет година након оснивања првог Одбора, појавило се фототипско издање Номоканона Светог Саве и то Иловичког преписа 1991. године.²

Али потпуно, критичко издање Светосавског Номоканона у његовом комплетном садржају немамо ни до данас. У току 2004. године манастир Жича и М. Петровић су издали издање у српском преводу до закључно 47. главе Законоправила Светог Саве и то по Иловичком препису укључујући у она мјеста која су изгубљена у Иловичком препису одговарајуће дијелове из Рашког преписа. Годину дана послје тога у издању САНУ изишао је у нешто смањеном обиму превод, укључујући 47. главу Законоправила. Нажалост, ове књиге могу се наћи у понекој библиотеци и нема их у продаји, тако да су наука и студенти правних, богословских и филолошких факултета ускраћени у томе да проучавају овај величанствени кодекс Светог Саве. У новије вријеме Народна библиотека Србије у свом електронском каталогу има дечански препис Законоправила Светог Саве, али том препису недостаје цијели уводни дио и велик дио прве главе, почиње од 37 апостолског правила, а недостају јој и главе 57-64.

Због таквог односа према најзначајнијем дјелу из Канонског и Грађанског права нашег светитеља Саве и просветитеља, имамо на хиљаде факултетски образованих људи који не знају ништа о овом дјелу или што је још горе, читали су неке расправе у свијету науке о томе да Свети Сава није уопште био преводилац тога дјела, да није уопште бирао текстове за Номоканон, да је доношењем Душановог законика Номоканон Светог Саве престао постојати, да га је замијенила скраћена синтагма Матије Властара и слично. Штета због неиздавања Законоправила Светог Саве је непроцењива. Нажалост, заборавља се да је најстарији словенски уџбеник православног црквеног права који је написао Ефтимije Јовановић, носио наслов „Начатки црквеног права древнија источнија цркви по книзи кормчеј“, издан 1841. у Новом Саду, и да је он сматрао Законоправило Светог Саве као једини извор не само црквеног права, већ и брачног и насљедног.

3. Први уџбеник брачног права по Законоправилу

Када је 1798. године завршио правне науке у Унгарском краљевству, Јефтимije Јовановић је у звању нотара епископске Консисторије започео рад и

¹ С. Троицки: *Како треба издати светосавску крмчију са тумачењима*, Споменик САНУ, Београд, 1952.

² М. Петровић, САНУ, Иловички препис Законоправила Св. Саве, фототипија, Горњи Милановац, 1991.

суочио се са тешкоћама, са којима су се сусретали сви правници који су завршили студије права у Европи, јер нису проучавали устав, предање и законски поредак источне хришћанске Цркве. Схватио је да је да Законоправило св. Саве, тзв. књига Кормчаја, у ствари садржи цјелокупно право Православне Источне Цркве. Како би преобимну књигу, која је у штампаној верзији дошла из Русије, прилагодио за употребу правницима, он је у свом раду, кроз четири деценије, успио приказати овај огромни зборник као законик коме је дао трипартитну подјелу, како што је то учињено у Гајевим Институцијама и Аустријском грађанском законнику. Тако је у Новом Саду, 21. јуна 1838. године, завршио први уџбеник Црквеног права у православном свијету. Прва књига је била о лицима, која је била одштампана 1841. године, носила је назив *Начатки црквеног права источне цркве* и књига је била написана ћиричним писмом уз превод на латински сваке стране. Друга књига је носила назив *О стварима*, гдје је било описано у глави трећој све о браку. Ова књига је изишла 1944. г. Он је дао дефиницију брака, полазећи од одредаба Прохирона (Градског закона, грана 4, глава прва). Он дефинише брак као савез мужа и жене закључен за цијели живот, ради божјег и људског истинитог дружења. Сматра да брак није само спавање мужа са женом, него и њиховим брачним освећењем. Сматра да је законити брак тајна установљена по самом Христу, ради умножења рода људског и васпитања дјеце у слави божијој у неразрјешиви савез љубави и пријатељства и узајамне помоћи. Посебну пажњу он даје чињеници сродства као брачној сметњи. Он истиче да је брак између сродника незаконит и да у Законоправилоу о томе опширно излаже свитак о незаконитим браковима Сисинија, архиепископа Константинопољског. Ту се предвиђа казна за све оне који су у таквом браку, или дају своју дјецу у такав брак и наређује се извргнуће од цркве за све дане њиховог живота, чак им се не узима у обзир ни покајање, све док не развргне такав брак, па макар у њему била рођена и дјеца. У истој другој књизи, у глави деветој, говори се о сродству, откуда потиче сродство и како се дијели. Сродство дијели на пет, и то: сродство по крви, двојеродно, тројеродно, по крштењу и по усиновљењу. Сродство раздјељује на линије: усходна, нисходна и побочна, коју зове линија са стране. Занимљива је његова дефиниција која се утемељује на грани седам, глави првој Прохирона, да су побочни они сродници који нису ни нас родили, нити су рођени од нас, али су од рода и коријена нашега, као што су: брат, сестра, стриц, тетка, сестричић, сестрична, братучеди и сви они који потичу од њих. Сватство зове сродство настало на основу брака једног лица са сродницима његовог брачног супружника.

4. Примјена Законоправила у ГЗ Краљевине Србије

У параграфу 93 Грађанског законика за Краљевину Србију из 1844. године, каже се: „Брак законим начином закључени, осим смрти једног супруга, којом сам по себи престаје, само се из особито важних црквом прописаних

узрока уништити, или развести може. Ови су узроци у књизи Кормчији, која духовним властима за управљање служи изложени од којих се овде наводе...“ У ставу 9 истог параграфа каже се да је сродство брачна сметња у оном степеноу како то одређује црква. Законоправило Светог Саве служило је као узор и поштовало се кроз вијекове, а и сам прота Матеја Ненадовић оставио нам је у својим мемоарима слједећу забиљешку: „Сад требало је народу суд оставити. Ја сам имао Кормчију и читао законе Јустинијанове и Мојсејеву строгост над Јеврејима и испишем неколико параграфа из Кормчије, од којих побројају неке: 1. Ко би убио човека, да се убије и на коло метне, 2. Ко отме девојку силом (као што је где где бивало, а особито у каквим бунама кад се судови побркају) тај женик, кум и стари сват шибу да трче, а други штаповима да се каштигују, 3. Ко украде јагње, прасе, коња или вола, тај да плати двоје и да се каштигује штаповима...Сад ја пред народом прочитам оне пунктове које сам из Кормчије преписао како су стари цареви судили, бегенишу ли они и хоћемо ли овако. Они сваки пункт један по један саслушају и повичу: Тако да нам се суди, да нема глобе ни хатара.“³

5. Сарајевски препис Законоправила

Кад је Троицки предлагао како треба издати Номоканон Светог Саве, предлагао је да се најприје изда Иловички препис као најстарији из 1262. године, и предлагао је да се он допуњава Сарајевским преписом на мјестима гдје је изгубљен лист Иловичког преписа. Он је полазио од описа тог преписа који су дали Мита Живковић у свом чланку *Србуље у Сарајеву* (Глас српског ученог друштва бр. 63 1885. године) и М. Вукићевић „*Из старих србуља*“ (ГЗМБХ 13, 1901.) и закључио да од описа Живковића и Вукићевића, па до разгледања и проучавања које је извршио Троицки, недостаје четврти и пети лист у 26. кватерниону (обично кватернион садржи 8 листова).

Највећи проблем у науци представља цитирање других научника, јер се претпоставља да су они добро видјели или добро прочитали неку одредницу у Номоканону Светог Саве. Ако је онај први који је имао прилику да разгледа Законоправило то погрешно учинио, грешка иде даље у сваком новом цитирању и вуче науку у погрешном смјеру. Да је издано фототипско издање Сарајевског преписа Законоправила Светог Саве, у неком издању које би било доступно за све научне установе и факултете, не би могло доћи до спора шта има или што је било у њему.

Сарајевски препис Законоправила Светог Саве први је поменуо Косановић Сава, најприје архимандрит, а затим митрополит сарајевски у свом чланку *Белешке о богумилима*, 1873. године у издању Гласа српског ученог друштва у

³ М. Ненадовић „*Мемоари*“, Бранковина 2003, 74.

броју 37 и у том чланку је навео да се глосе о богумилима налазе у самом тексту Крмчије, а то није тачно, јер се глосе налазе на маргинама, али је ту његову погрешку даље настављао Ватрослав Јагић који није никад видио Сарајевску Крмчију. После је Мита Живковић описивао Сарајевску Крмчију и закључио да је овај препис писан за удовицу цара Душана. Да је препис писан за жену цара Душана, сматра и М. Вукићевић. Лазар Мирковић је написао рад *Номоканон или Правила Закона* који је објавио у својој књизи „Старине Старе цркве у Сарајеву“ у издању споменик САН 83, 1936. године, бр. 55 и у томе је приложио фотографију првог листа и листа о забрањеним браковима. Л. Мирковић је сматрао да је погрешан став оних који сматрају да је Сарајевски препис писан за Јелену, удовицу цара Душана. Неки научници, као што је Радојчић, сматрали су да је то можда препис за прву српску књижевницу и славну везиљу, жену деспота Угљеше која је као монахиња добила име Јефимија. Да ли је писан за било коју Јелену или није, тешко је доказати, али тај тајни запис свједочи да је 1371. овај препис постојао. Када описује овај сарајевски препис 1951. године, Троицки каже да је писан на лијепом бијелом пергаменту, а данас, шездесет година послје, то је пожутио пергамент, доказ да није адекватно смјештен и да нису услови одговарајући.

Записи казују да је сигурно у Старој сарајевској цркви препис најмање од 1740. године када је забиљежена смрт Мелетија Миленковића, сарајевског митрополита. Троицки сматра да је та књига од 1759. године у цркви у Сарајеву, али управо овај запис говори о томе да је најкасније 1740. године била у цркви. Осим тога, на унутрашњој страни дрвених корица пише „Књиги цркве сарајевске“ 1729. године, што значи да је сигурно већ тада била својина цркве сарајевске.

Сарајевски препис Законоправила, поред глоса које су својеврсна енциклопедија и објашњавају неке, српском народу непознате појмове, а у вези текста књиге Законоправила, има и записе, који су понекад писани и тајном буквицом. Они су служили науци да покуша одговорити на питање о времену настанка Сарајевског преписа Законоправила Светог Саве. На посљедњем листу Сарајевског преписа 1862. године је рачуноводитељ школски, цркве у Сарајеву Сима Соколовић, записао да ова тајна слова значе овако: „Сија божественаја пјесан написа се благочестивој и превисокој госпи деспотици кира Елене в љето шести тисуча осам стотина седамдесет и девет.“ То значи 1371. година. Међутим, како је то запис на крају, може значити да је нешто записано за деспотицу Јелену 1371. године, а да је препис настао знатно раније. Можда је разрешење спора у науци о томе за коју је Јелену написана ова књига управо у поговору Милешевског преписа Законоправила Св. Саве (прилог Б) које указује да је препис остварен 1295. године залагањем госпође Јелене, мајке краљева Драгутина и Милутина, што указује да је сарајевски препис настао знатно раније, у другој половини 13. вијека, а не 14 вијека, од када датира овај

запис.⁴ Тај запис је писан и дешифрован по збиру слова која су се стављала умјесто правих.⁵

6. Породично право у Законоправилу Св. Саве

Из великог броја византијских зборника који су садржавали гране црквеног и грађанског права, Св. Сава се одлучио да уради један зборник који би истовремено садржавао све гране црквеног и свјетовног права. Св. Сава је врло пажљиво изабрао из византијских зборника шта се може најефикасније уплести у будућу бисерну ниску цркве и државе, а што би ојачало постојеће обичаје о браку, разводу и поштовању међу породицом. За подручје грађанског права изабрао је Прохирон - приручни зборник. Осим тога, унио је Новеле о браку цара Алексија I Комнина. То све указује да је био циљ заштита брака као основне ћелије друштва. Показало се да је управљање према овом Законоправилу брода српске цркве и државе било најбоље. Касније у примјени овог Законоправила, када су црквени судови почели судити, осим бракоразводних поступака и приватне спорове, нарочито међу становницима градова, видјело се колико је одлично састављен овај правни трансплант. Како је Законоправилом, зборником правила и закона, почела да се руководи српска црква под управом свог првог архиепископа Саве, а од 1220. и држава, управо кроз цркву је то грчко-римско право било уливено у народ. Сам циљ Законоправила изражен је у његовом завршном дијелу, када каже да су сваки епископ, презвитер и учитељ дужни да познају Законоправило, а који не зна Законоправило и не пренесе га другом, тај ни сам себе не зна. Тако су сви свештеници и монаси, проповиједајући идеал хришћанског брака уносили у народ и одредбе из Законоправила, тако да се римско право почело мијешати са постојећим обичајним правом. Какав је резултат био, у практичној примјени, то можемо видјети из повеља којима су владари појединим физичким или правним лицима давали одређена права, тако да су оне имале снагу локалног закона. У повељама је често било стапање прописа црквеног, свјетовног и обичајног права. За брачно право интересантна је одредба из Жичке повеље Стефана Првовјенчаног о кажњавању лица која су нарушила брачна правила. На јужном натпису у манастиру Жича сачуван је дио те повеље о брачном законодавству, питање развода брака и брачних сметњи. Један члан је посвећен питању брачних сметњи. Тај члан гласи: „Ако неко противзаконито узме свастику, а буде ли то властелин или војник, да га онај који влада казни одузимањем два вола, ако је од убогих

⁴ Овај препис се чува у Библиотеци Академије наука Румуније у Букурешту под бројем 285, а текст говора о ауторству Св. Саве на листу 317 преписа дао је П.П. Панатиеску у својој књизи *Manuskripte slave din biblioteca Akademii RPR, vol I, Bucurest 1959, 385.*

⁵ Драгутин Костић, *Тајно писање у јужнословенским ћириловским споменицима*, Глас СКА, Београд 1913, 41.

то да узима епископ половину“ . Понавља се изворно црквено учење да је забрана да се раздваја муж од жене и жена од мужа и за оног ко преступи такву забрану предвиђа се имовинска казна, а не тјелесна како је то предвиђено у византијским зборницима који су уграђени у Законоправило св. Саве. Тако, ако би муж преступио забрану, ако је од властеле, од њега се одузимало шест коња за краља, ако ли је неко од других војника онда су му се узимала два коња, а ако је неко од убогих то учинио, онда су му се одузимала два вола. Код жена је исто предвиђена глоба за преступ наредбе да се не смије самовласно напуштати муж. Уколико жена није имала имовину, онда је долазила у обзир тјелесна казна по вољи њеног супруга. Након кажњавања муж је могао одвести жену назад, уколико то жели, а ако не жели да је одведе могао ју је продати коме хоће. Исто тако кажњава се муж који отпусти своју жену и он је дужан вратити своју жену назад. Ако не буде хтио, онда је био кажњаван и од стране цркве. Ако би се усудио да узме другу жену, онда је морао платити глобу. Жене исто нису смјеле узети другог мужа уколико су оставиле свога. Епископима је било строго забрањено одступати од ових одредаба, а изузетак је једино случај прељубе. Из Жичке повеље види се да брак може бити растављен само путем судског поступка из законом предвиђених разлога.

У глави 55. Законоправила у градском закону у четрдесет грана-Прохи-рону у грани седам под насловом о забрањеним браковима, који наслов се налази на 260 листу у Сарајевском препису Законоправила, а завршава на листу 262, наводе се да је сродство име родноје и да се дијели на двоје. (Прилог В)

У глави 48. Законоправила је избор из закона Богом датог Мојсију, који говори о старозавјетним брачним сметњама и садржи сљедеће забране: а) О крвомјешатељству са својом мајком, б) О онима који чине гријех са маћехом, в) О онима који чине блуд са својом кћерком или са унуком, г) О онима који чине гријех са својом сестром, д) О онима који чине гријех са тетком, е) О онима који чине гријех са снахом, ж) О онима који узимају жену брата свога, з) О онима који узимају кћерку своје жене, и) О онима који чине гријех са кћерком своје маћехе

У Законоправилу је у до сада нађеним преписима обавезно додат чланак посебан о забрањеним браковима, као што је то у Сарајевском препису Законоправила Св. Саве (прилог А) и Милешевском препису (прилог Б) Законоправила Св. Саве, чиме се у цијелости даје још већи значај сродству, иако су те одредбе већ раније у Законоправилу објашњене. Сродство по крви забрањивало се закључно до седмог степена, а дозвољавало се у осмом. Наравно, ради се о степенима сродства у побочној линији, јер је у правој линији, усходној и нисходној, брак забрањен у сваком степену. Каже се да нико не може узети своју сестру за жену, јер су сродници другог степена, као ни кћер свога рођеног брата, јер су трећи степен сродства, ни прву стринују сестру своју (под тим се подразумевају дјеца од два рођена брата који се не могу међусобно

узети, јер су четврти степен сродства), нити ћерку прве стринија сестре (под тим се подразумејува братова унука) јер су пети степен сродства, затим не може узети другу стринују сестру, јер су шести степен сродства, а не може ни кћер њезину, јер се налазе у седмом степену сродства. Да би објаснио како су забрањени степени сродства Св. Сава је давао примјер наводећи имена почевши од родоначелника, па иде и даље наводећи његовог сина, па унука, па праунука, стављајући у паралелни стуб кћерку, унуку и праунуку родоначелника и доводећи у међусобну везу и објашњавајући ко са ким не може склопити брак. Блискост између лица које настаје склапањем брака њихових сродника, потенцирало се тако што се правно стварала друштвена свијест о забрани склапања брака, чиме би се долазило до веома широког круга људи који су се поштовали као сродници, пријатељи, својта и чиме се развијало њихово међусобно пријатељство и поштовање. Због тога је Св. Сава из грчко-римског права узео одредбе о двородном и трородном сродству.

Тако су у двородном сродству у неким случајевима бракови били забрањени до седмог, а у некима до шестог степена. Била је забрана да се узме себи за жену матер и њезину кћер иако су у разним временима оне биле жене, јер је једна умрла прије. У другом степену двородног сродства се налази унука жене са њезиним мужем, а у трећем степену женина праунука. Дјед и унук нису могли узети себи за жену матер и њезину кћерку, јер се налазе у трећем степену двородног сродства. Уколико је долазило до сливања имена, брак није био допуштен. Тројеродно сродство се забрањује у првом степену по закону, а по обичају проширује се и на остале степене. У тројеродно сродство долазе три рода и то тако да крвни сродници једног брачног супружника долазе у трородно сродство са двородним сродницима другог брачног супружника.

7. Сродство као брачна сметња у православној цркви

Како се хришћанска црква појавила на територији римске империје, она је у почетку прихватила форму брака која је важила у римској држави. Црква је одређивала степене крвног сродства који чине брачну сметњу под утицајем Старог завјета и дјелимично под утицајем свјетовног римско-византијског законодавства. У старом Риму, кад је било јако племенско устројство, сметња за брак код крвног сродства била је до седмог степена. Касније, пред сам крај републике, дозвољен је брак и у четвртог степену побочне линије. Кад је цар Клаудије одлучио да се ожени кћерком свога брата, био је дозвољен брак и у трећем степену, али није могао да се склопи брак са ћерком своје сестре. Али крајем четвртог вијека, под моралним утицајем хришћанске цркве, поново се уводе брачне сметње, и то најприје 342. године, цар Констанције забрањује брак у трећем степену. У то вријеме, у Римском царству, важило је правило *respectus parentele* - поштивање старијег, то је у побочној линији био забрањен

брак у коме је једна страна старија и стајала је више од друге за један степен нпр. тетка и сестрић. До 741. године у Византији бракови су били забрањени до трећег степена побочне линије. Лав Иконоспаљивач унео је у Еклогу забрану таквог брака до шестог степена и касније је то ушло у Прохирон, а из Прохирона у Законоправило св. Саве. Нормално је да је у вријеме док је била гоњена прихватала сродство као брачну сметњу у оном степену у ком је то одређивала Римска држава. Наравно да је Црква опрезно проширивала степене сродства у којима се забрањује брак. Тако је Трулски сабор забранио да се склопи брак са првобратучедама. Цариградски пратријарх Сисиније својим Томосом из 997. године увео је у Цркву забрану склапања брака између дјеце другобратучеда, као и брак два брата и две првобратучеде. У једанаестом вијеку Црква прелази државу у проширивању граница брачних забрана, јер је у надлежност црквених судова, поред брачног, дошло и наследно право, а по грађанском закону Византије наследно право у крвном сродству протезало се до седмог степена. Тако је одлуком Цариградског сабора од 1043. године забрањен брак у седмом степену. На цариградском помјесном сабору 1168. године одређено је да се безусловно раскидају бракови у седмом степену крвног сродства у побочној линији, а свештеник који је закључио такав брак био би свргнут, лишен свештеничког чина. Иако је цар Манојло Комнин 1170. године потврдио ту одлуку, сами цареви су врло често кршили ту забрану и приморавали патријарха да такав брак склопи. Када је цар Алексије II Комнин желио да склопи брак са својом сестром по мајци, Ирином, а забранио је такав брак цариградски патријарх Теодосије, онда је цар довео охридског архиепископа у Цариград да благослови такав протузаконити брак, што је тадашњи охридски архиепископ Константин и учинио. Српска црква, након стицања аутокефалности, била је искључива у забрани склапања брака у побочној линији до седмог степена. Најприје је руска црква, и то 1810. године, смањила брачне сметње до четвртог степена, а затим је 1933. године у брачним правилима Српска православна црква увела као неуклоњиву брачну сметњу крвно сродство у побочној линији до четвртог степена, а од петог до седмог степена то сматра као уклоњиву брачну сметњу. Једна занимљивост је што сродство из ванбрачног рођења чини неуклоњиву брачну сметњу само до трећег степена. Осим крвног сродства, као неуклоњиву брачну сметњу уводи и двородно сродство до трећег степена, с тим да двородно сродство разликује као сродство између једног брачног друга и крвних сродника другог (тазбина), са једне стране и између крвних сродника једнога и крвних сродника другог (пријатељство). Трородно сродство је уклоњива брачна сметња до трећег закључно. Трородно сродство постоји између једног брачног сродника и двородних сродника другог, као и између крвних сродника једног брачног друга и двородних сродника другог.

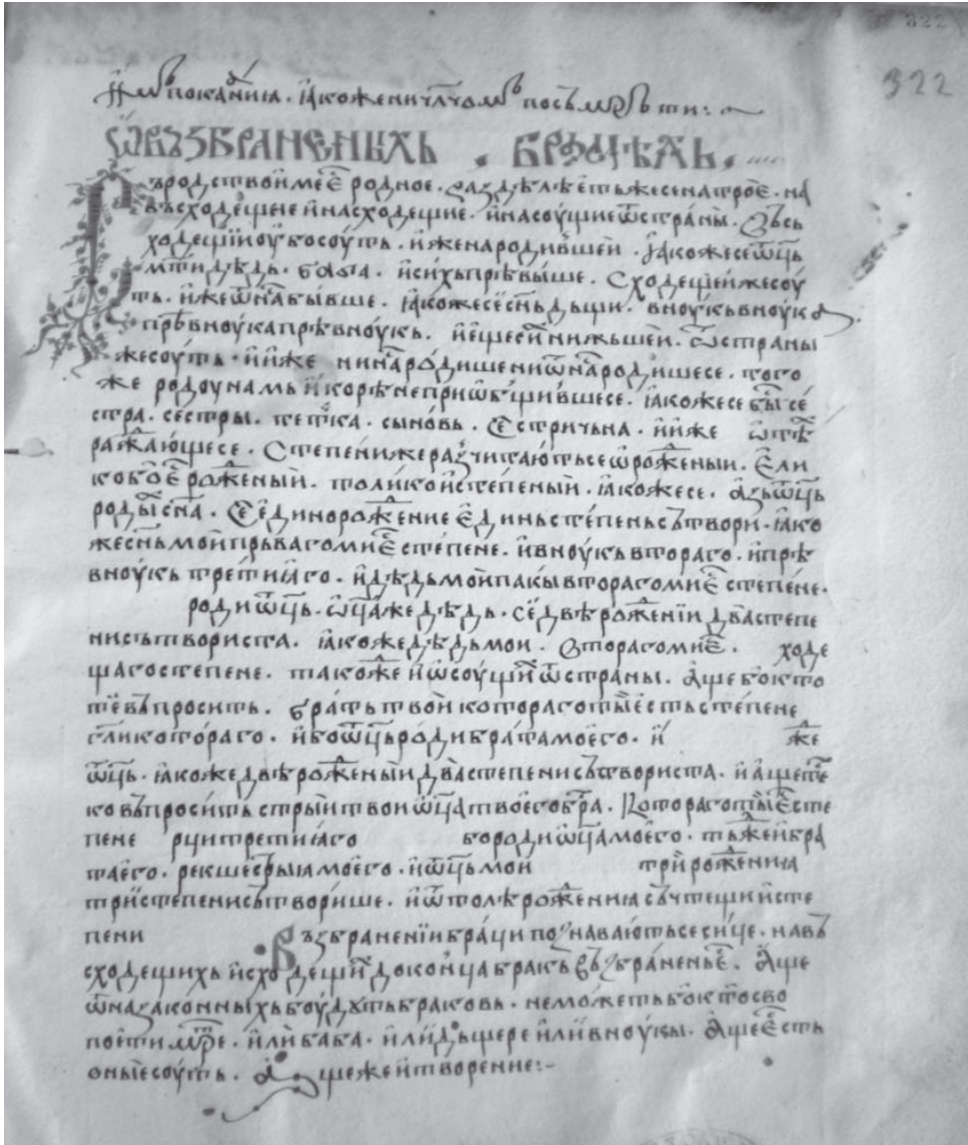
8. Закључак

Сматрамо да је неопходно да се учини све како би се уздигао степен моралне вриједности породице. То је могуће ако се прошири круг лица која су у сродничким односима међусобно у поводу брака неких лица. Да се ојача положај дјетета у породици потребно је да оно прихвати и да буде прихваћено од шире породице. Цар Август није успио Кадукарним законима да спаси пропадање римске породице, а самим тим и римске државе, али су каснији византијски цареви успјели да проширивањем забране склапања брака до седмог степена побочне линије и у двородном и у трородном сродству спасе брак и породицу, а самим тим и државу. Та историјска поука може послужити као основ за измјену ПЗ Републике Српске и проширења брачне сметње крвног сродста у побочној линији до закључно шестог степена и тазбинског сродства до четвртог степена. Када је у питању опстанак породице и заштита права дјетета у породици које је несумњиво у великој кризи у Републици Српској, онда се мора тражити рјешење у свим сегментима, па и у историјским, са моралном, а не само физиолошком теоријом о сродству.

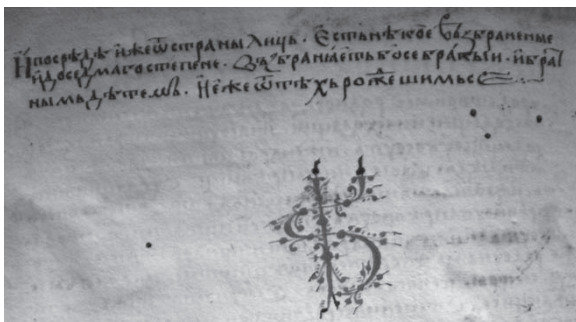
Conclusion

We believe that it is necessary to do everything in order to elevate the level of the moral values of the family. This is possible if we expand the circle of people who are in mutual relations between relatives on the occasion of the marriage of some persons. To strengthen the position of the child in the family it needs to accept it and to be accepted by the extended family. The emperor August failed to save the family with the Roman family Caducar laws, and therefore the Roman state, but later Byzantine emperors succeeded in extending the prohibition of marriage to the seventh degree of lateral line and the two-fold and the related to save marriage and the family, and therefore and state. This historical lesson can serve as a basis for changing PZ and expansion of Republic of Srpska interference double consanguinity in the collateral line up to the sixth degree inclusive and father in law to the fourth degree of consanguinity. When it comes to the survival of the family and the protection of the rights of children in the family that is undoubtedly a major crisis in the Republic of Serbian, then the solution must be sought in all areas including the historical approach to moral, not just the physiological theory of kinship.

Прилог - А

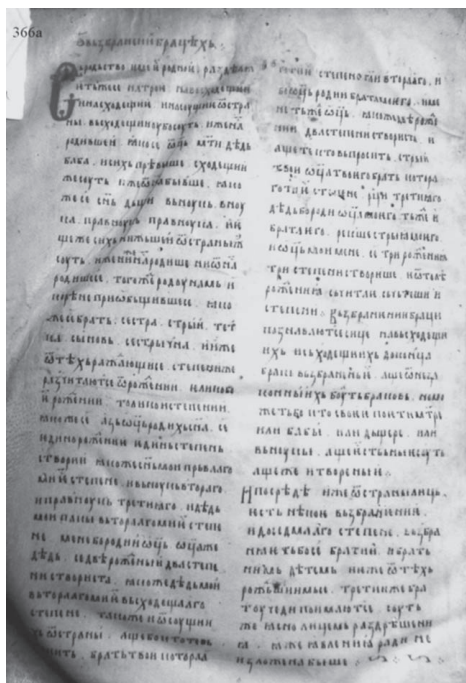
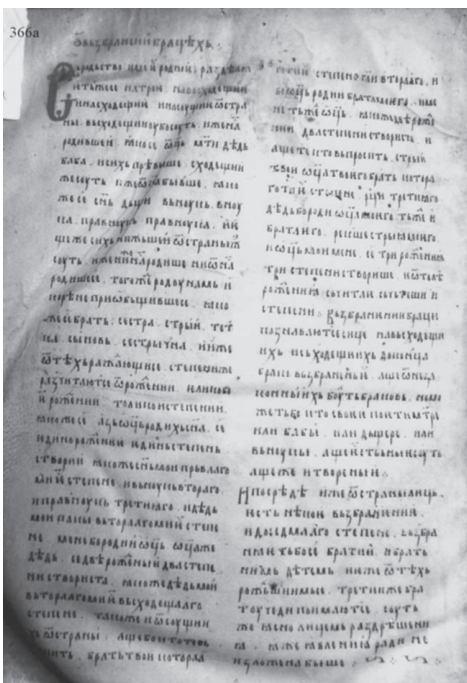


Прилог Б



сна кини, шкоче и в брацки и в сродни... емоу быти и другнє познаѣти и наоучити. Инде же на сѣѣт нашего языка божественное се писание потыцаннемъ и любовию многою и желаниемъ из млада векацкиаго и богочестываго и прѣвексациаго и прѣваго архіепископа къ се Српске землє и поморекне кира Саки, сына прѣподобнаго шца Симеоуна прѣваго наставника къ сеи Српсѣцки землє сѣ же благочестивкын архіепископъ и колаб... 1) тко шноки и шекати къ Српсѣцки землє, писани же... 1) снє къ

Прилог В



ПРИВАТИЗАЦИЈА СУДСКЕ ФУНКЦИЈЕ У ПОСТУПКУ ИЗВРШЕЊА

Др Гордана Станковић*

Апстракт: Закон о извршењу и обезбеђењу Републике Србије (2011) донео је низ нових законских решења да би се ефикасно остваривало право на намирење потраживања и убрзао поступак извршења. Једно од нових законских решења је и посебан поступак извршења за намирење потраживања по основу комуналних услуга у коме, уместо суда, приватни извршитељ врши судску функцију и одређује извршење. У раду се критички анализирају нова законска решења којима се врши приватизација судске функције и указује да она нису ускладу са Уставом Републике Србије и са ратификованом Европском конвенцијом о заштити људских права.

Кључне речи: извршно процесно право, приватни извршитељи, приватизација извршења.

1. Талас правне транзиције који је запљуснуо Републику Србију захватио је и подручје грађанског судског поступка и донео ревизију многих правних схватања о природи, циљевима и задацима грађанског судског поступка, основних начела на којима се заснивају гране грађанског судског поступка и многих процесних института.¹ Таласу правне реформе није одолео ни концепт грађанског извршног поступка, ни концепт и структура процесноправног односа, ни основна процесна начела на којима се овај поступак заснива, ни њихова класична операционализација.

Промена концепта у домену извршне процедуре у Закону о извршењу и обезбеђењу Републике Србије² видљива је на први поглед и из самог назива закона. У називу закона није употребљена реч „поступак“, као што је то био случај са ранијим законима који су регулисали поступак извршења и поступак обезбеђења, осим са првим југословенским законом из 1937. год.

* Др Гордана Станковић, редовни професор, Правни факултет Универзитета у Нишу

¹ У домену парничне процедуре дошло је не само до ревизије процесних начела и њихове операционализације, као и до продора појединих института карактеристичних за англосаксонски метод пружања правне заштите у виду правних трансплантата.

² Службени гласник РС, бр. 31/2011, у даљем тексту: ЗИО.

2. Основни правнополитички циљеви које је законодавац имао у виду приликом законодавне реформе извршне процедуре били су имплементација европских правних стандарда у домену процедуре,³ хитност у поступању, ефикасност, економичност и функционалност поступка извршења, али и обезбеђивање транспарентности података о имовини извршног дужника да би се предупредио неуспех у извршењу.⁴ Законодавац је пошао од тога да је за функционисање правне државе један од најважнијих услова ефикасан поступак извршења и да неефикасан поступак извршења представља проблем за остваривање права грађана. Спорим спровођењем поступка извршења нарушавају се фундаментална права странака, без обзира да ли су у питању физичка или правна лица, што доводи до великог броја не само уставних жалби, већ и до великог броја обраћања Европском суду за људска права у Стразбуру. У току рада на припреми новог законског текста оцењено је, исто тако, да решења из Закона о извршном поступку (2004)⁵ представљају и даље препреку за привлачење страних инвестиција,⁶ иако је о томе вођено рачуна и приликом рада на претходном законском тексту.⁷

³ Препорука (2003) 17 Комитета министара Савета Европе државама чланицама о извршењу судских пресуда од 9. септембра 2003. год.

⁴ Законодавац је у складу са решењима у комунитарном праву, које допушта регистровање података о имовини у поступку извршења, као судском поступку, без пристанка извршног дужника, предвидео нови процесни принцип – принцип транспарентности података о имовини извршног дужника и упис података који се на њу односе у посебне јавне регистре. Истовремено, законодавац је дозволио свим трећим лицима да могу да имају увид у те податке које могу прегледати, фотокопирати и преписивати под условом да учине вероватним постојање оправданог интереса за то и дужност суда да о праву трећих лица одлучи у року од пет радних дана од пријема њиховог захтева. Пошто је препуштено сваком суду да цени постојање оправданог интереса, законодавцу се може упутити примедба да није, у складу са принципом пропорционалности, водио довољно рачуна о заштити приватности извршног дужника јер није предвидео, као услов да се тражени и добијени подаци могу користити само у неком судском поступку и да добијене информације неће неовлашћено бити пренете или учињене доступним неком трећем лицу.

⁵ Сл. гласник РС бр. 125/2004 од 22.11. 2004. године.

⁶ Представници страних инвеститора у својим јавним наступима често су истицали да дуго трајање поступка извршења код страних инвеститора ствара лошу перцепцију о сигурности правног система Србије и да дуго трајање поступка извршења представља баријеру за страна улагања. Финасијска криза која је захватила свет утицала је да стандард сигурности за страна улагања постаје знатно виши и страни инвеститори и стране банке су инсистирале на убрзању и краћем трајању поступка извршења. Сматрало се да је Србији потребна хитна реформа поступка извршења и да је то један од предуслова да се у време глобалне економске кризе привуку стране инвестиције без којих српска економија нема шансу на светком тржишту. У том смислу били су и закључци панела „Ефикасан извршни поступак – Неопходан фактор конкурентности у условима глобалне кризе“, у организацији Економист магазина и USAID Програма за реформу стечајног и извршног поступка (www.emg.rs/data/File/Prilozi/447_dodatak_low.pdf - приступ 12.6.2011).

⁷ Извршно процесно право одувек је имало посебан друштвено-економски значај. Извршни поступак је увек био важан фактор који утиче на економске односе и привредну структуру друштва. Из тог разлога је и извршење као појава увек било у фокусу друштвене заједнице јер последице спровођења поступка извршења изазивају имовинске промене које су од утицаја на однос снага у друштву. О томе детаљно: Б. Благојевић – *Систем извршног поступка*, Београд, 1938, стр. 3.

Законодавац је настојао да се новим нормативним решењима,⁸ којима је уредио овај метод грађанскоправне заштите, поступак што више убрза и скрати његово трајање да би се постигло извршење у разумном року, да би се елиминисали сви они институти и она законска решења из претходног модела поступања која, по оцени редактора, могу да успоре поступак,⁹ да се појача процесна дисциплина и суда и странака у погледу временског тока поступка увођењем строгих законских рокова, принципа евентуалности и преклузује и предвиде процесне санкције због пропуштања или непоштовања налога суда.

Низ процесних института претрпео је измене у настојању да се поступак извршења убрза без обзира што дотадашњи нормативни оквир није увек био сметња да се поступак извршења ефикасно одвија. То се уочава и из образложења појединих одлука Европског суда у којима је констатовано да је неефикасност у поступку била последица околности што управо извршни суд у поступку није користио законска овлашћења која је имао на располагању или да је био неспреман или индолентан у спровођењу поступка извршења. Спор поступак извршења у пракси најчешће је био последица неких ванпроцесних чинилаца, као што су већ пословична уговорна недисциплина, неликвидност, стечај, покретање поступка приватизације или њен неуспешан исход, нестручно руковођење пословањем привредних субјеката. На неефикасност су утицали и други чиниоци на које процесни закон не може да утиче, нити су последица самог нормативног оквира као што су: преоптерећеност суда великим бројем предмета, ограничен судски буџет и мали или недовољан број судских извршитеља према систематизацији радних места у односу на подручје суда и број извршних предмета итд.

3. Најзначајнија концепцијска новина у ЗИО (2011), поред комплетне ревизије система правних лекова,¹⁰ несумњиво представља комплетно нова организација службе одлучивања и спровођења извршења и увођење приватних извршитеља,¹¹ као нове правосудне професије.

⁸ Нека од нових законских решења односе се на надлежност судова у извршном поступку, систем правних лекова, законске рокове за поступање, санкције за непоштовање судских одлука, поступак приликом спровођења извршења, вођење јединственог регистра извршних дужника и регистра судских забрана.

⁹ Из тог разлога у законском тексту не постоји више институт одлагања извршења.

¹⁰ Редукција броја правних лекова и принципи ремонстративности и несуспензивности имали су за циљ сужавање могућности за супростављање извршењу и настојање да поступак извршења буде што функционалнији. Законодавац је изричито искључио ревизију (и редовну и посебну или ванредну) и понављање поступка. Треба приметити да је Европски суд у својим одлукама заузео став да је у националном праву циљ правних лекова да спрече или исправе наводне повреде људских права пре но што оне доспеју до Европског суда за људска права (Предмет: Предузеће ЕВТ против Србије, бр. 3102/05, од 21. јуна 2007. год.).

¹¹ ЗИО је, поред термина „судски извршитељ“, којим је означен државни (судски) извршитељ, увео и појам „извршитеља“ којим означава приватног (професионалног, недржавног) извршитеља, тако да постоје две врсте извршитеља. На тај начин ЗИО је унео одређену терминологију.

Законодавац је, с једне стране, закључио да је интенција Стратегије реформе правосуђа да се „судови растерете надлежности које се не односе на суђење“ и да предузимање извршних радњи, које предузимају административни радници суда, судски извршитељи или судијски помоћници, не представља суђење и да се спровођење извршења може поверити приватним извршитељима, а да сам извршни судија треба да спроводи извршење искључиво кад се ради о извршним стварима из породичних односа због њихове деликатности и потребе да се води рачуна о најбољем интересу детета. С друге стране, законодавац је пошао од тога да држава има већи утицај на систем извршења у коме учествују приватни извршитељи у односу на систем у коме извршење спроводе судски извршитељи јер има много више могућности да контролише њихов рад.

Суштина радикалне реформе извршне процедуре састоји се у увођењу паралелног система спровођења извршења по коме, у највећем броју извршних ствари, извршни поверилац може да бира да ли ће извршење, које је дозволио и одредио извршни суд, поверити суду или приватном извршитељу.¹² На тај начин трасиран је пут да се у перспективи потпуно реорганизује систем извршења и евентуално, попут у појединим државама у региону, као што је то случај у Македонији,¹³ за суд резервише, кад је у питању намирење потраживања, само контролна функција,¹⁴ али и да, уколико приватни извршитељи не донесу знатно убрзање поступка извршења и овај „експеримент“ не донесе очекиване резултате, примена принуде остане и даље у рукама државе и њених правосудних органа.¹⁵

4. Нова законска решења модификовала су структуру процесног односа у поступку извршења. Процесни однос који се заснива између субјеката у поступку извршења више није једнообразан. Законодавац је омогућио да настану различите варијанте процесног односа између странака и главног ор-

ку забуну, без обзира на терминолошко објашњење у законском тексту, с обзиром да и један и други извршитељ учествују у спровођењу извршења. Из тог разлога у овом раду користи се термин „приватни извршитељ“ да би се нагласила разлика између њега и судског (државног) извршитеља.

¹² Извршни поверилац предлогом за спровођење извршења покреће поступак за спровођење извршења на основу решења о извршењу које је донео извршни суд.

¹³ Видети: Законот за извршување, *Сл. весник на РМ*, бр. 35/05, 50/06, 129/06, 8/08, 83/09, 50/10, 171/10, пречишћен текст *Сл. весник на РМ*, бр. 59/11.

¹⁴ А. Јаневски - Нови Закон о извршењу Македоније и улога извршиоца, *Правни живот* 12/2005, стр. 243; А. Јаневски – Т. Зороска – Камировска – *Граѓанско процесно право, книга трета, Извршно право*, Скопје, 2011.

¹⁵ Такав коперникански обрт управо се догодио у Републици Хрватској у којој је стављен ван снаге Закон о јавним овршитељима (2011), којим су уведени приватни извршитељи, и то посредно пред почетак његове примене у пракси и поред тога што су појединци који су се определили за ову професију положили заклетву, напустили дотадашња радна места и уложили знатна материјална средства у опремање својих канцеларија. Влада Републике Хрватске је средином јуна 2012. год. по други пут одложила примену Закона о јавним овршитељима јер је закључила да је поступак извршења једна од основних функција државе.

гана у поступку. Поред стандардног процесног односа у поступку извршења који се заснива између суда, као главног органа, и странака, постоји могућност да се успоставе, у одређеним извршним стварима, зависно од воље извршног повериоца и уколико законом није предвиђена искључива надлежност суда, и два посебна сукцесивна процесна односа у коме је у једном главни орган суд, који одређује извршење, а у другом приватни извршитељ, који самостално спроводи извршење и у том поступку самостално одлучује.¹⁶ Исто тако, могућно је да се успостави и процесни однос у коме уопште не суделује извршни суд, као орган који одлучује о примени принуде, уколико се ради о посебном поступку извршења у коме је главни орган приватни извршитељ који утврђује самостално, на основу веродостојне исправе, да ли постоји доспело потраживање извршног повериоца, доноси одлуку која супституише платни налог и тако сам креира извршну исправу, и потом одређује извршење својим закључком о извршењу. У том процесном односу који се заснива између приватног извршитеља и странака, евентуално, може накнадно да се јави и суд али само уколико буде изјављен правни лек.

У погледу процесног односа који се заснива између суда и извршног дужника кад сам суд по службеној дужности покреће поступак извршења, нема нових решења.¹⁷

5. Идеја о увођењу приватних извршитеља у поступак извршења, била је мотивисана различитим правно-политичким разлозима.

Мотивисан разлозима економичности, законодавац је настојао да новом организацијом службе спровођења извршења растерети не само судство већ и државни буџет,¹⁸ тако што је спровођење извршења или комплетан поступак извршења у одређеним извршним стварима пренео на друге органе, што је посебно било од значаја у периоду енормног бујања парламентарних институција (агенција, фондова, завода итд.) у сфери извршне власти.¹⁹ Увођење приватних извршитеља била је шанса за смањење радног оптерећења судова у ситуацији енормног повећања броја предмета. С друге стране, буџетска средства намењена судству²⁰ нису била довољна да би се побољшали неодговарајући смештајни и

¹⁶ Први процесни однос се заснива на иницијативу извршног повериоца који подноси надлежном извршном суду предлог за извршење, а други процесни однос се заснива предлогом за спровођење извршења који извршни поверилац подноси приватном извршитељу који своју делатност обавља на подручју суда који је одредио извршење доношењем решења о извршењу.

¹⁷ Тај поступак је једностраначки, а сама држава је притајена странка.

¹⁸ О томе и: С. Спасић, Н. Шаркић, Ђ. Сибиновић – *Правосудне професије*, Београд, 2011, стр. 230.

¹⁹ Правилником о мерилима за одређивање судског особља у судовима (*Сл. гласник РС* бр. 116/08, 72/ 2009, 79/2009) који је донео министар правде предвиђено је нпр. да на пословима извршења на сваких 1300 предмета годишње у основном суду долази по један судски извршитељ.

²⁰ У току рада на реформи система извршења процењено је да би побољшање кадровског састава у извршним судовима државу коштало око 35 милиона долара, што је оцењено као прескупо.

радни услови у многим судовима, надоместио недостатак неопходне опреме и одговарајућих смештајних капацитета за чување и ускладиштење заплењених покретних ствари, кад није било услова за одређивање секвестра, и излаз је пронађен у томе да се ти инвестициони и материјални издаци превале на приватне извршитеље.²¹

Идеја о увођењу приватних извршитеља, била је мотивисана и настојањем да се изврши приватизација и у правосудној сфери, те да се и у овој области, поред привредних друштава, развија и предузетништво у сфери принудног извршења јер је одредбама ЗИО предвиђено да приватни извршитељ може да обавља делатност као предузетник²² или као члан ортачког друштва чији чланови могу бити искључиво приватни извршитељи.²³

Осим тога, у условима енормне и све веће незапослености, законодавац је настојао да у одређеној мери, реши и проблем незапослености у друштву и омогући запошљавање не само припадника правничке професије. Приватни извршитељ ће морати да ангажује, посебно у већим градовима, дипломиране правнике као своје заменике,²⁴ привремене заменике²⁵ или помоћнике,²⁶ али и административно особље и неквалификовану радну снагу.²⁷ На овај начин стварају се услови да се додатно растерети државни буџет и смањи обим накнада незапосленим лицима која су у условима транзиције, економске кризе, приватизације и смањења државне администрације остала без посла.²⁸

(Овај податак изнео је судија Ј. Кордић на саветовању у организацији USAID „Ефикасан извршни поступак, Неопходан фактор конкурентности у условима глобалне кризе“, www.emg.rs/data/File/Prilozi/447_dodatak_low.pdf).

²¹ У том смислу и: С. Спасић, Н. Шаркић, Ђ. Сибиновић, *op. cit.*, стр. 230.

²² Видети одредбу чл. 312. ЗИО.

²³ Околност да приватни извршитељи као привредни субјекти вршењем своје делатности треба да стичу зараду утицала је на законодавца да елиминира могућност да приватни извршитељи буду ангажовани на плану вансудског намирења извршног потраживања пре покретања поступка извршења без обзира што је предвиђена могућност да у току поступка спровођења извршења могу да посредују ради добровољног намирења потраживања које је одређено решењем о извршењу.

²⁴ Према одредби чл. 333. ЗИО, приватни извршитељ може имати једног или више заменика.

²⁵ Видети одредбу чл. 335. ЗИО.

²⁶ Извршитељ може, према одредби чл. 336. ЗИО, да запосли или ангажује трећа лица која у његово име и за његов рачун, као његови пуномоћници одн. пуномоћници по запослењу, спроводе поједине радње извршења и обезбеђења.

²⁷ У Републици Хрватској, у дискусији која је вођена поводом увођења приватних извршитеља, према писању „Јутарњег листа“, познати правни стручњак и некадашњи председник Врховног суда Хрватске, Ивица Црнић, указивао је на недостатак законских решења која су предвиђала стручност и високе моралне квалитете само за приватне извршитеље, али не и за њихове службенике и запослене раднике. То је, по његовом мишљењу, могло да отвори пут криминалном подземљу.

²⁸ О томе и: С. Спасић, Н. Шаркић, Ђ. Сибиновић, *op. cit.*, стр. 230.

Законодавац је рачунао и на мотивацију приватних извршитеља приликом вршења њихове професионалне делатности без обзира што наплату својих услуга треба да врше по тарифи коју одређује министар правде.²⁹ Обезбеђење неопходних средстава за егзистенцију, али и право на посебну награду,³⁰ несумњиво може да мотивише приватног извршитеља и да буде додатни стимуланс приликом његовог ангажовања у вршењу његове професионалне делатности,³¹ за разлику од судског извршитеља који ради за плату и који није посебно мотивисан да се поступак ефикасно одвија.

6. Законодавац се, међутим, није задржао само на томе што је омогућио да приватни извршитељи, за разлику од судских извршитеља, самостално воде поступак спровођења извршења³² и да сами бирају средства и предмете извршења ради намирења потраживања извршног повериоца, већ је омогућио да они одлучују и у једном посебном извршном поступку – поступку за намирење потраживања по основу комуналних и сличних услуга.³³ На тај начин законодавац је приватним извршитељима поверио судску функцију која је Уставом резервисана за судије.

²⁹ Ова правосудна професија третира се као посебна врста бизниса у коме може добро да се заради. Приватни извршитељи ће имати право на награду и на накнаду издатака које су имали у поступку. Извршитеље ће, како се то види из напомена уз Предлог правилника о накнади издатака и награди извршитеља (www.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakon-o-izvršenju-i-obezbedjenju.html), као и из усвојеног Правилника о Тарифи о наградама и накнадама трошкова за рад извршитеља („Сл. гласник РС“, бр. 50/2012), нарочито мотивисати посебна награда за успешност извршења, која треба да буде пропорционална и варијабилна и да зависи како од вредности главног потраживања које је предмет извршења, тако и од износа који је ефективно наплаћен у поступку. Награда за успешност извршења моћи ће да се уговори у проценту од вредности потраживања које треба намирити. Предлог тарифе за извршитеље, кад је у питању посебан поступак извршења ради намирења потраживања по основу комуналних услуга предвиђа да накнада извршитељу за рад „не треба да превазилази трошкове поступка пред судом“.

³⁰ Постоји оправдана бојазан да ће увођење приватних извршитеља поспешити неравноправност и неједнакост грађана, јер ће приватне извршитеље моћи да ангажују они који имају довољно материјалних средстава, а да ће сиромашни и осиромашени грађани бити и даље упућени на суд јер пред судом могу да буду ослобођени од претходног сношења трошкова поступка и да добију бесплатну правну помоћ. Приватни извршитељи, као привредна друштва и као предузетници, не могу да раде *pro bono*. С друге стране, поједина правна лица, пре свега јавна предузећа, као економски јаче стране у односима са грађанима, моћи ће да ангажују приватне извршитеље који се могу претворити у њихове „утериваче дугова“ и на тај начин знатно повећати износ трошкова извршења.

³¹ Један од разлога што су у Републици Хрватској два пута одложили примену Закона о јавним овршитељима током 2012. год. била је и околност која се односила на трошкове извршења.

³² Многи процесуалисти залагали су се за приватизацију извршне службе а не и за приватизацију судске функције. Видети: Н. Шаркић – Судски извршитељ – *beiliff*: „да или не“, Правни живот, 12/2006, Н. Шаркић – Како до ефикасног и правичног извршења, Правни живот, 13/2009, Н. Шаркић – М. Николић – Критичка анализа појединих одредаба новог Закона о извршењу и обезбеђењу, *Правни живот*, 11/2011.

³³ Детаљно о томе: Г. Станковић – Посебан извршни поступак за намирење потраживања по основу комуналних услуга, Зборник „Право и услуге“, уредник Миодраг Мићовић, Правни факултет, Крагујевац, 2012, стр. 789.

Поверавањем поступка одређивања извршења, у коме приватни извршитељи својим закључком супституишу платни налог и решење о извршењу, законодавац је извршио приватизацију судске (парничне и извршне) функције у домену одлучивања, с једне стране. С друге стране, прописивањем овог поступка поново је афирмисана идеја о одумирању државе и идеја о преношењу судске функције на недржавне органе која је била владајућа у време самоуправног социјализма с том разликом што се судска власт и примена принуде поверава приватним лицима, а не друштвеним органима.³⁴

7. Прописивањем надлежности приватних извршитеља, као недржавних органа, да одлучују уместо судова о примени принуде у извршним стварима у једном посебном извршном поступку, нарушен је и дестабилизован је правни систем који је предвиђен Уставом, повређен принцип поделе власти по коме судску власт врше судови, угрожено је Уставом загарантовано право на судску правну заштиту, право на приступ суду и право на правично суђење, повређени су принципи једнакости, равноправности и праведности у пружању правне заштите.

8. Према одредби чл. 32. Устава, као о према одредби чл. 6. Европске конвенције за заштиту људских права и слобода,³⁵ свако има право да му суди законом већ установљен суд који треба да одлучује о његовим правима и обавезама. Право на суђење пред независним, непристрасним и компетентним судом, заснованим на закону представља суштину права на правично суђење, и као апсолутно право не трпи никакве изузетке.

Поступак извршења, с једне стране, нема технички карактер. Европски суд за људска права давно је заузео став да извршни поступак представља интегрални део суђења,³⁶ с тим што је заснован на принципима који се разликују од принципа на којима су засноване друге гране цивилне процедуре.

У овом поступку одлучује се о субјективном праву на принудно извршење одлуке у којој је на ауторитативан и несумњив начин утврђено постојање једног потраживања и, уколико су испуњене претпоставке за извршење, одређује се примена непосредне и посредне принуде. У посебном поступку извршења који је поверен приватним извршитељима, приватни извршитељ својом одлуком утврђује постојање доспелог потраживања на основу веродостојне исправе и налаже извршном дужнику да испуни своју обавезу. Приватни извршитељ

³⁴ У периоду самоуправног социјализма у развоју некадашњег југословенског друштва одлуке самоуправних судова извршавали су државни судови јер држава није допуштала да друштвени судови примењују принуду. Исти став у односу на друштвене правосудне органе задржао је законодавац и данас. У одредби чл. 14. ЗИО изричито је предвидео да се одлуке арбитражних судова и Суда части Привредне коморе, као и судско поравнање закључено пред арбитражним судом или Судом части Привредне коморе, као извршне исправе, извршавају у поступку извршења.

³⁵ Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, измењене у складу са Протоколом бр. 11, "Сл. лист СЦГ", Међународни уговори, 9/2003, стр. 16. У даљем тексту: ЕК.

³⁶ Хорнсби против Грчке (Hornsby v. Greece), представка бр. 18357/91, одлука од 19. марта 1997.

у оквиру овог поступка, одлучује уместо парничног суда и врши функцију суђења јер његов закључак супституише платни налог, а потом уместо извршног суда одлучује о праву на принудно извршење и својим закључком одређује извршење.

С друге стране, приватни извршитељ, иако је представник једне нове правосудне професије коме је, као предузетнику или члану ортачког друштва, поверено вршење судске власти у извршним стварима, није суд који је већ установљен законом.

Уставним одредбама није предвиђено поверавање судске власти ни појединцима ни привредним субјектима (ортачким друштвима или предузетницима), нити је предвиђено да још неко, поред професионалних судија и судија поротника учествује у суђењу, а посебно да има репресивна овлашћења.

Поверавањем функције одлучивања у поступку извршења приватним извршитељима који су привредни субјекти, извршни суд је почео да губи карактер јавне службе.³⁷

9. Приватном извршитељу додељена су процесна овлашћења која нису у складу са правима која гарантује Устав и која сужавају ниво процесних гаранција предвиђених одредбама ЕК. Повреда принципа једнакости и равноправности правних субјеката у извршним стварима манифестује се и у томе што од врсте потраживања (потраживање по основу комуналне и сличне услуге или потраживање по другом основу) зависи да ли ће извршење одредити суд или приватни извршитељ, иако је Уставом, одредбом чл. 36. зајемчено право на једнаку заштиту права пред судовима.

10. Људско право на једнаку правну заштиту, а тиме и правичност у пружању правне заштите, може да буде нарушено због тога што је у поступку који спроводи приватни извршитељ искључено право на правну помоћ и право на ослобођење од сношења трошкова поступка. Трошкови у поступку извршења, накнаде, хонорари и награде који су предвиђени Правилником о тарифи о наградама и накнадама трошкова за рад извршитеља,³⁸ који је донео министар правде, знатно ће утицати на право странака на приступ правди, а посебно ће тиме бити погођени сиромашни слојеви становништва, тако да постоји могућност да у пракси дође до дискриминације.

11. Овлашћења која приватни извршитељ има у овом посебном поступку извршења нису у складу са правом на правично суђење. У поступку контро-

³⁷ Да би успоставила равнотежу између интереса титулара права и интереса друштва као целине, држава преко својих судских органа, у облику јавне службе или јавне функције, обезбеђује остварење права сваког правног субјекта, извесност, сигурност и потпуни ред у правним односима. Правосудни органи, као вршиоци јавне функције која постоји у интересу целог друштва и појединаца, поступају по правилима процедуре, и пружањем правне заштите врше јавну службу. О томе: Б. Благојевић – *Систем извршног поступка*, Београд, 1938, стр. 1.

³⁸ Правилник о Тарифи о наградама и накнадама трошкова за рад извршитеља („Сл. гласник РС“, бр. 50/2012), примењује се од 26. маја 2012. год.

ле законитости одлуке која се побија у поступку по правном леку, приватни извршитељ има овлашћења која су у одређеној мери идентична али и знатно шира од овлашћења која има судија извршног суда који је донео решење о извршењу без обзира да ли се ради о решењу које је донето на основу извршне или веродостојне исправе.

Судија који је донео решење о извршењу, овлашћен је да врши контролу законитости у поступку по приговору који су изјавили и извршни поверилац и извршни дужник. Он је овлашћен да одбаци приговор уколико је он неблаговремен, непотпун или недопуштен. Када оцени да је приговор извршног повериоца основан, судија га може усвојити, укинути решење и поново одлучити о предлогу за извршење или о трошковима поступка о којима је одлучио приликом доношења решења о извршењу. Ако оцени да је приговор извршног дужника основан, судија га може усвојити, укинути решење о извршењу, обуставити извршење у целини или делимично и укинути спроведене радње. Међутим, уколико судија оцени да приговор странке није основан, доставиће списе већу истог суда, као другостепеном органу који одлучује по правном леку.

Пошто је законодавац изједначио приватног извршитеља са судијом извршног суда у домену одлучивања у посебном поступку извршења ради намирења потраживања по основу комуналних и других сличних услуга, законодавац је, с једне стране, овластио приватног извршитеља да одлучује и у поступку контроле законитости сопствене одлуке – закључка којим је он утврдио да постоји доспело потраживање извршног повериоца, наложио извршном дужнику да у законом одређеним измири свој дуг и одредио извршење ради намирења тог потраживања.

Приватни извршитељ је дужан да испита да ли је изјављени приговор благовремен, допуштен и основан и да написмено сачини нацрт одлуке о приговору у року од пет радних дана од дана пријема приговора. Нацрт одлуке мора да садржи образложење кад се предлог за извршење одбија као неоснован.³⁹ Приватни извршитељ је дужан да нацрт одлуке о приговору и списе извршног предмета о коме је одлучио пошаље суду на чијем се подручју налази седиште извршног повериоца.⁴⁰

Овлашћење приватног извршитеља да испита допуштеност и основаност изјављеног приговора и да сачини нацрт одлуке о приговору представља егзотично решење јер је законодавац пренео на приватног извршитеља још једну

³⁹ Арг. из чл. 37. ЗИО.

⁴⁰ Ово законско решење ће изазвати одређене проблеме у судовима са малим бројем судија јер ће бити потребно да се формира трочлано веће, посебно кад постоје разлози за искључење судије, пошто је судија дужан да се уздржи од одлучивања кад постоје законски разлози. Таква ситуација ће у сваком случају успорити поступак одлучивања. Уколико би се догодило да евентуално постоји, поред разлога за искључење и разлог за изузеће неког од поступајућег судије, проблем би могао додатно да је искомпликује јер је у поступку извршења искључена делегација надлежности.

судску функцију – функцију одлучивања и по правном леку, с тим што је суду доделио само контролну функцију и техничку улогу.⁴¹ Веће надлежног суда у поступку контроле законитости закључка по приговору странке овлашћено је само да провери да ли је „*нацрт одлуке тако састављен да потпуно одговара решењу које би се имало донети*“, и, уколико се суд слаже са текстом нацрта одлуке, суд ће на нацрт одлуке о приговору ставити отисак штамбиља⁴² којим се предложени нацрт одлуке усваја. Начин одлучивања код суда, као другог степеног органа, који контролише да ли је приватни извршитељ, правилно извршио контролу законитости у поступку по правном леку и правилно одлучио кад је дозволио извршење, и уместо судског већа израдио одлуку по правном леку, представља пуку симулацију суђења.⁴³ Приватни извршитељ фактички одлучује у оба степена, јер преиспитује сопствену одлуку и саставља одлуку поводом изјављеног правног лека тако да и практично врши судску функцију и у поступку по приговору који представља други степен одлучивања. На тај начин, законодавац је, очигледно мотивисан настојањем да се поступак максимално убрза и да судско веће као на текућој траци потврђује одлуке приватног извршитеља стављањем отиска штамбиља,⁴⁴ поступио у складу са сопственим схватањем принципа пропорционалности: у име брзине у поступању жртвовани су принцип законитости и стандарди правичног суђења који треба да буду поштовани и у поступку извршења.

Одредба по којој приватни извршитељ пише нацрт одлуке а да судско веће само контролише и одобрава „нацрт одлуке“ представља, у суштини, пребацивање судских послова у домену контроле законитости и одлучивања са судских органа на несудске органе што очигледно није у складу са Уставом, те треба очекивати да се о томе изјасни и Уставни суд.

12. Поверавање судске функције приватном извршитељу који уместо суда креира платни налог на основу веродостојне исправе и који потом одређује извршење на основу сопствене одлуке представља зааконско решење које је супротно не само Уставу, као највишем правном акту и Европској конвенцији, већ и најбољој пракси и у региону и у европском простору, без обзира на чињеницу да сличних решења има и у појединим државама које се налазе у транзицији.

⁴¹ Детаљно о томе: Г. Станковић, *op. cit.* стр. 802.

⁴² Према одредби чл. 138. Судског пословника (пречишћени текст из марта 2012. год. публикован је на сајту Министарства правде) штамбиљем се сматра и текст штамбиља одштампан као формулар, сачињен у електронском облику или откуцан на писмену.

⁴³ Бодироба (Н. Бодироба, *op. cit.*) оправдано изражава сумњу у коректност поступања судског већа које врши контролу законитости изјављеног правног лека, посебно ако се има у виду да је у току 2011. год. пред извршним одељењем Првог основног суда у Београду било у раду 2,5 милиона предмета извршења ради наплате потраживања.

⁴⁴ Очигледно је да је законодавац оваквим законским решењем настојао да смањи и материјалне издатке суда и доведе до уштеда у буџету јер је водио рачуна и о утрошку папира за писање и о уштеди трошкова јавне набавке кад је папир у питању.

Такво законско решење није добро ни са социјалног аспекта. Уколико се, по приговору извршног дужника, испостави да потраживање не постоји, отвара се парнични поступак – поступак за издавање платног налога. У том случају поступак губи на очекиваној ефикасности, а трошкови за странке, посебно за извршног дужника, постају знатно већи.

13. И док су средином маја 2012. год. у Србији започели са радом први лиценцирани приватни извршитељи, у Републици Хрватској је, пре но што је почео да се примењује, стављен ван снаге Закон о јавним овршитељима, иако је био окончан поступак лиценцирања приватних извршитеља. Накнадно је процењено да би се увођењем приватних извршитеља поступак извршења продужио, да би се делотворност извршног поступка смањила, као што се то својевремено догодило у Републици Словенији, а да би трошкови извршења знатно порасли, што није у интересу ни грађана, ни привредних субјеката. Влада Републике Хрватске је закључила да се извршење може и даље спроводити у оквиру правосудног система и да Републици Хрватској „поред државе није потребна још и парадржава“.

С друге стране, у Републици Црној Гори, у којој су приватни извршитељи уведени Законом о јавним извршитељима (2011), Адвокатска комора Црне Горе марта ове године покренула је иницијативу пред Уставним судом за оцену уставности Закона о извршењу и обезбјеђењу и Закона о јавним извршитељима.

GORDANA STANKOVIĆ, a Full Professor

The Faculty of Law, University of Niš

PRIVATIZATION OF ENFORCEMENT

Summary

The Law on Enforcement and Security (2011) has brought a series of legal decisions in order to effectively realize the right to settlement of claims and hasten the enforcement proceedings. One of the new legal decisions is a special kind of enforcement proceedings for settlement of claims for utilities in which, instead of the court, a private executor (enforcement agent) performs judicial functions and defines and carries out the enforcement.

In the paper the author critically analyzes the new legal decisions.

Key words: *enforcement proceedings, enforcement agent, privatization of enforcement.*

IZVRŠILAC PO UGOVORU

Dr Ranka Račić*

***Apstrakt:** Primjena Zakona o izvršnom postupku iz 2003. godine pokazala je niz slabosti u postupku sprovođenja izvršenja i konačnog namirenja tražioca izvršenja. Ovaj zakon sadrži određene sistemske greške, koje imaju za posljedicu sporo i dugotrajno namirenje tražioca izvršenja, a u velikom broju slučajeva izvršenje nije uopšte moguće sprovesti što se na kraju pripisuje državi, pošto je još uvijek sud u Bosni i Hercegovini, jedini organ pod čijom se suverenom kontrolom sprovodi izvršenje.*

Izvršenje po osnovu izvršenih komunalnih usluga vrlo teško se sprovodi, ne samo u Republici Srpskoj, već i u čitavoj Bosni i Hercegovini.

U Republici Srpskoj ovaj problem se pokušao riješiti prenošenjem jednog dijela javnih ovlašćenja sa suda na izvršioca po ugovoru. Izmjenama i dopunama Zakona o izvršnom postupku, u izvršnu proceduru Republik Srpske, „uveden“ je izvršilac po ugovoru.

U ovom radu autor je pokušao da da odgovore na pojedina pitanja koja se tiču izvršioca po ugovoru i da kritički analizira nova zakonska rješenja.

***Ključne riječi:** izvršilac po ugovoru, sudski izvršilac, komunalne usluge.*

I. Uvod

1. Zakon o izvršnom postupkom iz 2003. godine¹ u Republici Srpskoj donešen je sa namjerom da se izvršni postupak ubrza i da se tražilac izvršenje namiri u relativno kratkom vremenskom periodu. Potreba za reformom izvršne procedure bila je nužna. Zakon o izvršnom postupku bivše SFRJ, koji se na području Republike Srpske primjenjivao do 2003. godine, češće je dužniku služio kao garant neizvršenja njegove obaveze, nego zaštititi interesa povjerioca u tom postupku.² Izvršenjem sud-

* **Dr Ranka Račić, redovni profesor, Pravni fakultet u Istočnom Sarajevu, Pravni fakultet u Banjaluci**

¹ Vidjeti, Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 59/03, 85/03, 64/05, 118/07, 29/10, 57/12. (u daljem tekstu ZIP iz 2003.).

² O tome vidjeti, A. Daupović, R. Obradović, M. Povelakić, F. Zećiragić, M. Živanović, Komentari Zakona o izvršnom postupku u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj, Sarajevo, 2005.

skih odluka i drugih izvršnih i vjerodostojnih isprava štite se na samo subjektivna građanska prava, nego se istovremeno potvrđuje i pravni poredak u cjelini. ZIP iz 2003. godine u sebi sadrži niz radikalnih izmjena, u odnosu na ZIP iz 1978. godine, ali proklamovani cilj, brza i efikasna realizacija subjektivnog prava, je izostao. Skoro desetogodišnja primjena ovog zakona u praksi pokazala je niz slabosti. I ovaj „reformski“ zakon, sadrži određene sistemske greške, koje dovode do sporog i dugotrajnog izvršenja a u nizu slučajeva izvršenje nije uopšte moguće sprovesti, što se na kraju pripisuje državi, jer je i dalje sud u BiH jedini organ pod čijom se suverenom kontrolom sprovodi postupak izvršenja. U BiH izvršni postupak je još uvijek sudski postupak.

2. Da li je Bosna i Hercegovina uspjela da se odupre izazovima reforme izvršne procedure i trendu koji je zahvatio sve zemlje u regionu koje su nastale raspadom bivše SFRJ a i mnogo šire?³ Da li se ZIP iz 2003. godine u praktičnoj primjeni pokazao kao dobar zakon kome su potrebna samo neke manje izmjene i dopune?

Odgovor na prvo pitanje nije pozitivan. Prije svega, razlog što BiH nije izvršila sistemsku reformu izvršne procedure, nije brižljivo i pažljivo ispitivanje i analiza da li treba postupak izvršenja radikalno izmjeniti na način što bi se izvršenje povjerilo privatnim izvršiteljima ili postupak izvršenja treba reformisati tako da se izvršenje sudskih i drugih izvršnih i vjerodostojnih isprava zadrži u dosadašnjim okvirima. Razlog za kašnjenje je jednostavne prirode. Izmjene i dopune zakona o izvršnom postupku još uvijek nisu došle na „dnevni“ red.⁴ Na ovaj zaključak upućuje i činjenica da je BiH posljednjih godina bila vrlo često primjer zemlje koja je lutala, pribjegavala ekstremnim rješenjima i na taj način dovodila u pitanje nesporne postulate građanskog sudskog postupka. Takođe, Bosna i Hercegovina je dobar primjer zemlje kako ne treba mjenjati postojeća zakonska rješenja. U ovoj zemlji su, po pravilu, uvođeni određeni procesni instituti, koji su bili potpuno nepoznati za naš sistem civilne procesne procedure. Domaći stručnjaci prilikom izrade pojedinih zakonskih rješenja, koji su radili pod jakim uticajem i pritiskom međunarodnih eksperata, su olako mjenjali neka dobra rješenja i preuzimali potpuno nejasne i njima nepoznate procesne institute, tako da je veliki broj zakonskih rješenja „preuziman“ iz onih zemalja iz kojih su dolazili eksperti, a da se nije uopšte vodilo računa o pravnoj tradiciji, niti harmonizaciji novih zakonskih rješenja sa postojećim.⁵ Tako su vrlo

str. XXVII.

³ O tome detaljno vidjeti, A. Uzelac, Privatization of enforcement servis –a step forward for countries in transition? bib.irb.hr/prikazi-rad?lang=EN.&rad=536866

⁴ Naime, Bosna i Hercegovina primjer zemlje koja je pravno prenormirana, ali bez obzira na ovu činjenicu, građani u Bosni i Hercegovini su pravno nesigurni. Primera radi, u Bosni i Hercegovini samo iz oblasti izvršne procedure postoje četiri zakona o izvršnom postupku i to: Zakon o izvršnom postupku Republike Srpske (2003.), Zakon o izvršnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (2003.), Zakon o izvršnom postupku Brčko distrikta (2000.) i Zakon o izvršnom postupku pred Sudom Bosne i Hercegovine(2003.).

⁵ Naime, kako u parničnoj tako i u izvršnoj proceduri našla se određena zakonska rješenja koja su potpuna nepoznanica za našu pravnu tradiciju.

često napušтана dugogodišnja provjerena rješenja i uvedeni potpuno novi procesni instituti nepoznati za naš procesni sistem.

I na drugo pitanje, da li je ZIP iz 2003. godine dobar zakon i da li su potrebne samo manje izmjene i dopune, odgovor je negativan. Izvršenje još uvijek dugo traje, u velikom broju slučajeva izvršenje nije moguće uopšte sprovesti, a izvršenik ima mnogo mogućnosti da opstruiše izvršenje. Naravno, za dugotrajan postupak izvršenja nisu samo „kriva“ pojedina zakonska rješenja. Svakako ne može se zanemariti ni činjenice, kao što su kriza, siromaštvo dužnika, ali i izgrađena svijest dužnika da je dobro što je izbjegao da plati dug. Pri tome se često zaboravlja da je sudski postupak dugotrajan i skup, da „sudski mlinovi melju sporo, ali teško“ i da je preuzete obaveze potrebno prije ili kasnije ispuniti.⁶

3. Sudsko izvršenje, na ovim prostorima, započelo je donošenjem Zakona o izvršenju i obezbjeđenju iz davne 1930. godine. U vrijeme kada je prvi put bila izvršena kodifikacija izvršne procedure to je bio veliki napredak, jer je izvršenje do tada sprovođila policija. Zakon o izvršenju i obezbjeđenju iz 1930. godine bio je recepcija austrijskog izvršnog postupka, Exekutionsordnung iz 1895. godine.

U socijalističkoj Jugoslaviji postupak sprovođenja izvršenja i namirenja izvršnog povjerioca pokazao je niz slabosti. U teoriji je ukazano da loše izvršenje ili izostanak izvršenja nije bilo slučajno već da je to posljedica ideološkog stava zvanične socijalističke države prema samom postupku izvršenja. U popularnoj svijesti, slika efektivne primjene izvršenja izjednačena je sa nesmotrenom zapljenom i prodajom imovine siromašnih u cilju zadovoljenja apetita kapitalističke eksploatacije.⁷

4. Nakon raspada bivše SFRJ, BiH je krenula da izgrađuje svoj pravni sistem i da reformiše zakonodavstvo i iz oblasti građanske procesne procedure. Izmjene izvršne procedure posljedica su novog shvatanje o mjestu i značaju izvršenja. Bez obzira što je ZIP iz 2003. označen kao reformski zakon, nemogućnost izvršenja ili nedopustivo spor postupak namirenja tražioca izvršenja pokazuje se kao osnovni nedostatak ovog zakona. U ovom mometu izvršenje sudskih i drugih odluka i vjerodostojnih isprava je na vrhu prioriteta svih onih koji se na neposredan ili posredan način bave izvršnom procedurom. Razloga za to ima više. Subjektivno pravo koje je proklamovano u sudskoj i drugoj odluci, nije moguće ostvariti ukoliko nema djelotvornog i efikasnog izvršnog postupka. Izvršni postupak, po pravilu, predstavlja krunu građanskog sudskog postupka. Ako izvršni postupak dugo traje, nekad čak i duže od parničnog postupka, pravo na pravnu zaštitu nema smisla. Nekada pojedina loša zakonska rješenja mogu baciti „jaku sjenku“ na jedan zakon koji u pravilu i nije tako loš.

⁶ Rado Brezovar, *Pravna praksa*, godina 2006., broj 48, str. 3., cit. po V. Rijavec, T. Kerestraš, *Prikaz uređenja postupka za izdavanje platnog naloga i izvršenje na temelju vjerodostojne isprave*, referat podnesen na konferenciji „Kako unaprijediti izvršni postupak u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, 2009., www.hjpc.ba/pr/preleases/1/?cid=4288,2,1 -

⁷ O tome detaljno vidjeti, A. Uzelac, *Privatization of enforcement services – a step forward for countries in transition?* bib.irb.hr/prikazi-rad?lang=EN.&rad=536866.

II. Ima li potrebe za novom reformom izvršne procedure u Republici Srpskoj

5. Šta je najveći problem, i koja su to zakonska rješenja koja imaju za posljedicu dugotrajan izvršni postupak i neefikasno namirenje tražioca izvršenja? Može se nabrajati više zakonskih odredbi koje u praktičnoj primjeni nisu dale očekivane rezultate. Ali čini se da su svi u Republici Srpskoj a i u BiH saglasni, koji se na ovaj ili onaj način bave izvršnom procedurom, da je namirenje potraživanja po osnovu izvršenih komunalnih usluga problem broj jedan. Primjera radi, pred Osnovnim sudom u Banjaluci na dan 31.12. 2011. godine bilo je 53.430 neriješenih komunalnih predmeta⁸, ili od ukupno 829.988 neriješenih predmeta pred Općinskim sudom u Sarajevu 31.12. 2011. godine, 785.059 je neriješenih komunalnih predmeta ili 94,59 posto.⁹ Ovi podaci pokazuju da je problem oko realizacije izvršenja u ovim predmetima nedopstivo loš. Enorman broj neriješenih predmeta radi namirenja potraživanja po osnovu izvršenih komunalnih usluga su zaista ozbiljan i opravdan razlog za razmišljanje, a i za preduzimanje konkretnih radnji kako bi se problem riješio. Na koji način će se reformisati izvršna procedura velika je nepoznanica. Koji put će izabrati entiteti u BiH pitanje je na koje se ne može u ovom momentu dati precizan odgovor. Takođe, nije jasno da li će entiteti zadržati sudsko izvršenje ili pak izvršenje će povjeriti specijalizovanim službama kao što je to urađeno u drugim tranzicijskim zemljama u regionu.

Služba sudskih izvršilaca se u proteklom periodu pokazala kao neuspješna, tako da se ovi problemi u BiH pokušavaju prevazići permanentnom edukacijom sudskih izvršilaca.

6. Potreba za izmjenom pojedinih zakonskih rješenja, a prije svih, onih koji se odnose na izvršenje potraživanja po osnovu izvršenih komunalnih usluga, u Republici Srpskoj je inicirana glasnim zahtjevima od samih izvršnih sudija. Sudije redovno ističu da je postupak namirenja potraživanja, koje potiče iz „komunalnih računa,“ potpuno bezuspješan.¹⁰

U prethodnim redovima smo ukazali na nužnu potrebu za redefinisanjem i izmjenom zakonskih rješenja koja se odnose na izvršenje radi namirenja novčanih potraživanja po osnovu izvršenih komunalnih usluga. Na pitanje da li rješenje treba tražiti u sistemskoj reformi zakona o izvršnom postupku ili samo u izmjeni pravila koja se odnose na potraživanja po osnovu izvršenih komunalnih usluga, u ovom momentu nema jasnog odgovora niti jedinstvenog stava.

⁸ Podaci preuzeti iz pisarnice Osnovnog suda u Banjaluci.

⁹ Vidjeti, Bilten Općinskog suda u Sarajevu, br. 21. januar 2012.

¹⁰ Da bi se prevazišao ovaj problem formirana je Radna grupa za unapređenje izvršnog postupka i Radna grupa za rješavanje pitanja komunalnih predmeta. Ove radne grupe formirao je Visoki sudski i tužilački savjet Bosne i Hercegovine 2008. godine. Zadatak ovih radnih grupa je da pokušaju da nađu najbolja rješenja koja su tiču izvršenja iz tzv. komunalnih računa.

U Bosni i Hercegovini o privatnim izvršiocima se govori na nivou teoretskih rasprava. Pojedini teoretičari smatraju da je jedino moguće rješenje, za uspješnu reformu izvršne procedure, uvođenje privatnih izvršitelja.¹¹ Da bi se dao potpun odgovor na pitanje da li je nužno u Republici Srpskoj uvesti privatne izvršioce, i tako sistem izvršenja izmjestiti iz suda, i reformu izvršnog postupka sprovesti tako da privatni izvršioci paralelno funkcionišu sa sudskim izvršenjem ili samostalno, nužno je u ovom radu ukazati na rješenja iz nekih zemalja koje se nastale raspadom bivše SFRJ. Ni u ovim zemljama osim Republike Makedonije u kojoj privatni izvršioci rade od 2005. godine odnosno 2006. godine¹², nema praktičnih iskustava, već se mogu samo analizirati postojeća zakonska rješenja.

Potreba za kratkom analizom nužna je iz razloga što je Republika Srpska izmjenama i dopunama Zakona o izvršnom postupku¹³ „uvela“ izvršioca po ugovoru za namirenje potraživanja za izvršene komunalne usluge. Ovim zakonskim rješenjem zakonodavac je na „mala vrata“ povjerio sprovođenje izvršenja izvršiocima čiji će rad nadgledati izvršne sudije. Naime, ovim putem, zakonodavac je pokušao da jedno komplikovano pitanje - izvršenje tzv. komunalnih predmeta povjeri licu van suda. Da li će izvršioci po ugovoru ostvariti projektovane ciljeve uveliko zavisi od toga ko može biti izvršilac po ugovoru, kakav će biti postupak angažovanja i način izbora, koje će sankcije biti predviđene ako izvršilac po ugovoru ne ostvari rezultata - namirenje tražioca izvršenje. U čl. 29b Zakona o izmjenama i dopunama ZIP izričito je predviđeno da će ministar pravde u roku od 60 dana od dana stupanja na snagu Zakona o izmjenama i dopunama ZIP donijeti Pravilnik kojim će propisati način i postupak angažovanja izvršioca po ugovoru, kao i oblik i sadržaj isprave kojom izvršilac po ugovoru dokazuje svoj identitet i ovlaštenja.

Pošto ministar pravde još nije donio pomenuti Pravilnik, čini se da je pravi momenat o ovom procesnom institutu istaći određena zapažanja, a i dileme koje su sasvim opravdane i ozbiljne. Na ovom mjestu bez obzira što bi se na prvi pogled moglo reći da izmjene nisu velike, one zadiru u određena ustavna rješenja, sam sistem izvršenja, a i u niz drugih zakona.

III. Reforma izvršne procedure u nekim zemljama koje su nastale raspadom bivše SFRJ

7. Ukoliko se analiziraju rješenja iz nekih zemalja iz regiona koja su nastala raspadom bivše SFRJ može se primjetiti jedan trend, da su ove zemlje probleme oko izvršenja sudskih odluka i drugih izvršnih i vjerodostojnih isprava pokušale preva-

¹¹ O tome detaljno vidjeti, A. Huseinbegović, Uloga sudskog izvršioca, Pravna riječ, Banjaluka, 2009. str. 320-322.

¹² Zakon o izvršenju je stupio na snagu 2005. godine, ali je njegova primjena odložena za godinu dana.

¹³ Vidjeti, Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o izvršnom postupku Republike Srpske, Sl. gl. br. 57/12. (U daljem tekstu Zakon o izmjenama i dopunama ZIP).

zići uvođenjem jedne nove službe, a to su privatni izvršitelji i istovremenim sužavanjem nadležnosti izvršnog suda. Za sada, u ovim zemljama, u nadležnosti suda su ostala samo najkompliciranija izvršenja.

8. Prva, u cjelokupnu reformu izvršne procedure, krenula je Republika Makedonija.¹⁴ Republika Makedonija je 2005. godine donijela Zakon o izvršenju. Vrlo je interesantno da se u skladu sa rješenjima koja su sadržana u makedonskom zakonu ne sprovodi postupak za dozvolu izvršenja, već se odmah ide na postupak sprovođenja izvršenja. Višedecenijsko neefikasno postupanje sudova dovelo je do toga da je bio blokiran rad sudova u ovoj državi. Zbog takvog postupanje sudova, a pod velikim pritiskom aktuelnih trendova za dejudicijalizaciju izvršnog postupka, donešen je Zakon o izvršenju iz 2005. godine¹⁵ i uspostavljen je novi okvir za postupak izvršenja.

Po ovom zakonu postupak izvršenje je izuzet iz sudske nadležnosti i povjeren izvršiocima - licima sa javnim ovlašćenjima utvrđenim zakonom, koji sprovode izvršenje bez prethodne dozvole za izvršenje.¹⁶ Izvršilac je lice koje vrši javna ovlašćenja i koji je imenovan u skladu sa Zakonom o izvršenju.¹⁷ Na zahtjev izvršnog povjerioca započinje postupak i sprovodi se izvršenje bez bilo kakve dozvole (izuzev npr. kad je u pitanju postupak za oduzimanje djeteta). Povjerilac sam bira izvršioca kome dostavlja zahtjev za izvršenje. Ipak, povjerilac može da izabere samo onog izvršioca čije je sjedište na području osnovnog suda za koje je on imenovan, pod uslovom da izvršna isprava potiče od suda ili drugog organa sa tog područja.¹⁸ Protiv nepravilnosti u radu izvršioca može se podnijeti prigovor predsjedniku suda na čijem području se sprovodi izvršenje. Izvršioca imenuje ministar pravde na osnovu konkursa za područje određenog osnovnog suda. Izvršilac ima zamjenika i pomoćnika koji djeluju u okviru povjerenih ovlašćenja.¹⁹

¹⁴ O tome detaljno vidjeti, A. Janevski, Novi Zakon o izvršenju Republike Makedonije i uloga izvršioca, Pravni život, broj 12/2005., Beograd. str. 233-246.

¹⁵ Zakon o izvršenju je objavljen u Službenom vesniku Republike Makedonije, br. 32/2005. Zakon je stupio na snagu osmog dana od dana objavljivanja a njegova primjena je odložena za jednu godinu od dana stupanja na snagu.

¹⁶ O tome detaljno vidjeti, A. Janevski, T. Zoroska, Kamilovska, Gragansko procesno pravo, knjiga treća, Izvršno pravo, Skopje, 2011. str. 27.

¹⁷ Vidjeti, čl. 31. st. 1. ZI RM

¹⁸ Vidjeti, čl. 31 st. 2 ZI RM.

¹⁹ Izvršilac mora da bude državljanin Republike Makedonije, da ima poslovnu sposobnost i opštu zdravstvenu sposobnost, što se dokazuje uvjerenjem izdatim od nadležne zdravstvene ustanove i da ima završen Pravni fakultet. Pored toga, da bi jedno lice moglo biti imenovano za izvršioca mora imati najmanje pet godina iskustva na pravničkim poslovima ili tri godine na poslovima izvršenja, potom da ima položen ispit po programu koji je propisao ministar pravde za izvršioce, da aktivno zna makedonski jezik, da nije krivično osuđivan i da se ne vodi krivični postupak protiv njega, te da ima odgovarajuću opremu i potreban prostor za obavljanje izvršnih poslova i da da izjavu pred notarom o svom imovnom stanju. Njemu se garantuje pristup svim informacijama i podacima kod poslodavaca, banke, u javnim knjigama i registrima koji se odnose na konkretnog dužnika. On ima pravo na asistenciju državnih organa kojima je zakonom naloženo da saraduju sa izvršiocom.

9. Kada je u pitanju izvršenje na osnovu vjerodostojne isprave u Republici Makedoniji nakan donošenja ZI iz 2005. godine, postavio se problem oko izvršenja na osnovu vjerodostojne isprave, pošto izvršilac nije bio nadležan za donošenje rješenja o izvršenju na osnovu vjerodostojne isprave. Sve do 2009. godine, dok nisu stupile na snagu izmjene i dopune Zakona o izvršenju, prvo se moralo ići na postupak izdavanja platnog naloga, pa potom na postupak izvršenja. Od 2009. godine, rješenje o izvršenju na osnovu vjerodostojne isprave donosi notar. Time je postupak znatno skraćen. Prigovor na rješenje o izvršenju na osnovu vjerodostojne isprave podnosi se notaru. Ukoliko je prigovor osnovan notar će spis proslijediti osnovnom sudu na čijem području je sjedište notara. Osnovni sud će, potom, postupiti kao da je u pitanju prigovor protiv platnog naloga.²⁰ Ako je prigovor nedopušten, neblagovremen i nepotpun notar će odbaciti takav prigovor.

10. U Hrvatskoj je, takođe, Ovršnim zakonom²¹ određeno da izvršenje sprovode javni ovršitelji i na taj način se izvršenje premješta iz suda na potpuno novu službu - javne ovršitelje. Institut javnog ovršitelja u hrvatski pravni sistem je uveden kako bi se unaprijedio izvršni postupak.²² U procesnoj teoriji može se primjetiti početni optimizam i uvjerenje da će javni ovršitelji opravdati postavljeni zadatak, a to je brz i djelotvoran ovršni postupak.²³ Početni optimizam kod pravnih teoretičara, posljedica je analize aktuelnih pravila koja su sadržana u Ovršnom zakonu i Zakonu o javnim ovršiteljima.²⁴ Pojedini teoretičari ističu da je izvršni postupak bitno pojednostavljen, a javni ovršitelji moraju ispuniti niz uslova da bi dobili licencu za rad. Osim toga, javni ovršitelji su izuzetno motivisani za rad. Motivacija za rad i tačno određen položaj ovršitelja, njegova precizno određena prava i dužnosti svakako su značajni preduslovi da bi zainteresovana lica, uopšte, bila spremna i motivisana da obavljaju ovako jednu tešku i komplikovanu dužnost.²⁵

²⁰ O tome detaljno vidjeti, A. Janevski, T. Zoroska, op. cit. str. 45 i 46.

²¹ Vidjeti, N. n. br. 139/10.

²² Tako se ističe da je „reforma ovršnog postupka imala za cilj da se postupak, učini djelotvornijim i to osobito pojednostavljenjem ovrhovoditeljeve tražbine, skraćivanjem trajanja ovršnog postupka, rasterećenjem sudova (u nadležnosti sudova ostaju samo ovrha radi predaje djeteta roditelju i ovrha radi ostvarivanje 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 propisuje da ovrhu sprovodi sud).“ O tome detaljno vidjeti, I. Belaj, Ž. Vajda, Halak, *Pravna riječ*, Banjaluka, br 28/11. str. 484.

²³ O tome detaljno vidjeti, I. Belaj, Ž. Vajda, Halak, op. cit. str. 484.

²⁴ Vidjeti, N. n. br. 139/10.

²⁵ Da bi jedno lice bilo imenovano za javnog ovršitelja mora biti državljanin Republike Hrvatske, mora imati poslovnu sposobnost i da je zdravstveno sposoban za obavljanje poslova javnog ovršitelja, mora imati završen studij prava u Republici Hrvatskoj ili da ima nostrifikovanu diplomu o završenom pravnom fakultetu van Republike Hrvatske, mora imati položen pravosudni i javnoovršiteljski ispit, mora biti dostojan javnog povjerenja za obavljanje javnoovršiteljskog poziva, i mora se raditi o licu koje se obavezalo da će ako bude imenovano za javnog ovršitelja napustiti drugu naplatnu službu ili kakvo drugo naplatno zaposlenje, ili članstvo u organu pravnog lica. Da bi jedno lice dobilo licencu

Međutim dometi reforme, bez obzira na dobro i precizno regulisane uslove koji se traže za javnog ovršitelja i njegovo jasno „pozicioniranje“ u izvršnoj proceduri Republike Hrvatske, u ovom mementu su potpuno nejasni i „đavo“ je u detaljima,²⁶ tako da se treba sačekati da bi se vidjelo kako će javni ovršitelji sprovođiti postupak ovrhe u Republici Hrvatskoj. I prije nego što je su javni ovršitelji počeli sa radom, iako je okončan postupak licenciranja javnih ovršitelja. Hrvatska vlada je naknadno procjenila da će se uvođenjem javnih ovršitelja postupak sprovođenja izvršenja produžiti i poskupiti tako da je Zakon o javnim ovršiteljima stavljen van snage.²⁷

11. Kada je u pitanju izvršenje na osnovu potraživanja koja potiču iz izvršenih komunalnih usluga, u Republici Hrvatskoj postupak za dozvolu izvršenja je regulisan na način da javni bilježnik odlučuje o predlogu za sprovođenje ovrhe na osnovu vjerodostojne isprave.²⁸ Ako javni bilježnik ocijeni da je prijedlog za ovrhu dopušten, uredan i osnovan donijeće rješenje o ovrsi i dostaviti ga strankama, a u protivnom će predmet proslijediti nadležnom sudu radi donošenja odluke.²⁹ Ukoliko sud nakon dostavljanja prijedloga za izvršenje na osnovu vjerodostojne isprave od strane javnog bilježnika, ocijeni da je prijedlog za ovrhu dopušten, uredan i osnovan, sud će zaključkom naložiti javnom bilježniku da donese rješenje o ovrsi. Ako sud utvrdi da prijedlog za ovrhu nije dopušten, uredan ili osnovan, sud će ga rješenjem odbaciti, odnosno odbiti. Javni bilježnik je dužan u roku od osam dana od dana podnošenja prijedloga za izvršenje na osnovu vjerodostojne isprave odnosno zaključka od strane suda donijeti rješenje o izvršenju na osnovu vjerodostojne isprave. Sud je dužan u roku od 30 dana od dana kad je zapremio spis da donese odluku. Na rješenje o ovrsi na osnovu vjerodostojne isprave³⁰ ovršenik može izjaviti žalbu u roku od osam dana, a u mjeničnim i čekovnim stvarima u roku od tri dana. O žalbi odlučuje sud, nakon što mu javni bilježnik dostavi spis radi donošenja odluke. Odluka koju sud donose u postupku po žalbi dostavlja se i javnom bilježniku koji je izdao rješenje o ovrsi. Spis proslijeđen sudu radi sprovođenja postupka po žalbi ostaje kod suda ako se postupak nastavlja kao u povodu prigovora protiv platnog naloga.³¹

za rad pored navedenih uslova mora dati izjavu, da će ako bude imenovano za javnog ovršitelja, obezbijediti opremu i prostorije, prema kriterijumu koje je utvrdilo ministarstvo, potrebne i primjerene za obavljanje javnoovršiteljske službe.

²⁶ A. Uzelac, Privatization of enforcement services – a step forward for countries in transition? bib.irb.hr/prikazi-rad?lang=EN.&rad=536866.

²⁷ Prema pisanju Jutarnjeg lista od 10. 7. 2012. „nisu tačne informacije ministra pravosuđa da će postupak izvršenja koji sprovode javni ovršitelji biti skuplji. Javni bi ovršitelji, tvrde u Hrvatskoj udruzi javnih ovršitelja, bitno pojeftinili proces ovrhe budući da su troškovi javnog ovršitelja kod ovrha na nekretninama i pokretninama od 50 do 70 posto manji od ukupnih troškova suda i odvjetnika u sustavu sudske ovrhe na pokretninama i nekretninama. U sustavu javnoovršiteljske ovrhe odvjetnički angažman više ne bi bio potreban jer bi sve ovršne radnje mogao obaviti sam javni ovršitelj.”

²⁸ Vidjeti, čl. 57 Ovršnog zakona.

²⁹ Član 58 Ovršnog zakona.

³⁰ Vidjeti, čl. 58 st. 4 Ovršnog zakona.

³¹ Čl. 60 Ovršnog zakona.

12. U Sloveniji prenošenje nadležnosti na profesionalne izvršitelje se pokazalo potpuno bezuspješnim. Naime, nova služba - profesionalnih izvršitelja bila je zasnovana na korpusu bivših radnika suda, koji uglavnom nisu imali nikakvo formalno obrazovanje i nisu bili automni prilikom preuzimanja radnji. Sud je u ovoj zemlji i dalje ostao nadležan u postupku izvršenja.³²

12. Izvršenje na osnovu vjerodostojne isprave određeno je u Zakonu o izvršenju i zaštiti u Republici Sloveniji. U izvršnu proceduru Republike Slovenije uvedeno je elektronsko poslovanje koje doprinosi efikasnom i brzom namirenju. Izvršenje na osnovu vjerodostojne isprave u ovoj zemlji je posebnost u odnosu na ostale zemlje u regionu.

Upravo iz razloga što je Republika Srpska pokušala da redefiniše odredbe o izvršenju u drugom pravcu, izvršenje na osnovu vjerodostojne isprave u Republici Sloveniji neće se u ovom radu više izlagati.³³

13. Republika Srbija je takođe izvršila reformu izvršne procedure i umjesto suda u najvećem broju slučajeva izvršenje je povjereno izvršiteljima.³⁴ Izvršitelj³⁵ mora ispunjavati brojne uslove u pogledu ličnog statusa, opreme za obavljanje poslova, osiguranja svoje djelatnosti i sl.³⁶ Samo u najkoplekovanijim slučajevima izvršenje sprovodi sud.

14. Zakon o izvršenju Republike Srbije³⁷ posebno je redigovao pravila koja se odnose na namirenje potraživanja po osnovu izvršenih komunalnih i sličnih usluga. Izvršenje na osnovu vjerodostojne isprave, a radi ostvarenja novčanih potraživa-

³² A. Uzelac, A. Uzelac, Privatization of enforcement services – a step forward for countries in transition? bib.irb.hr/prikazi-rad?lang=EN. &rad=536866.

³³ O izvršenju na osnovu vjerodostojne isprave detaljno vidjeti, V. Rijavec, T. Kerestraš, Prikaz uređenja postupka za izdavanje platnog naloga i izvršenje na temelju vjerodostojne isprave, referat podnesen na konferencija „Kako unaprijediti izvršni postupak u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, 2009., www.hjpc.ba/pr/preleases/1/?cid=4288,2,1

³⁴ O institutu izvršitelja u srpskom pravu vidjeti, N. Bodiroga, Izvršitelj, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, br. 2/2011. str. 193-219. N. Bodiroga, Privatni izvršitelj, Pravni život, br.13/2009. str. 635-650.

³⁵ Uslovi koji moraju biti ispunjeni da bi jedno lice bilo imenovano za izvršitelja izričito su predviđeni u odredbi čl. 313. Za izvršitelja može se imenovati lice koje ispunjava sledeće uslove: da je državljanin Republike Srbije, da je poslovno sposobno, da je steklo diplomu pravnog fakulteta, da ima najmanje dvije godine radnog iskustva na poslovima izvršenja, odnosno tri godine radnog iskustva na pravnim poslovima, da je dostojno da obavlja poslove izvršitelja, da je položilo ispit za izvršitelja, da se nad ortačkim društvom čiji je on ortak ne vodi stečajni postupak, i da se protiv njega ne vodi istraga za krivično djelo, odnosno da nije osuđivano za krivično djelo na bezuslovnu kaznu zatvora od najmanje šest mjeseci ili za kažnjivo djelo koje ga čini nedostojnim za obavljanje poslova izvršitelja.

³⁶ O tome detaljno vidjeti, N. Šarkić, M. Nikolić, Kritička analiza odredaba novog Zakona o izvršenju i obezbjeđenju, Pravni život, br. 11/2011. str. 840.

³⁷ Vidjeti Zakon o izvršenju i obezbjeđenju, Službeni glasnik Republike Srbije br.31/11, stupio je na snagu 17. 5. 2011., a primjenjuje se od 17.9.2011. godine. Odredbe o izvršiteljima će se primjenivati od 17.5. 2011.

nja po osnovu izvršenih komunalnih i sličnih usluga podnosi se izvršitelju na čijem području se nalazi sjedište izvršnog povjerioca. Po Zakonu o izvršenju Republike Srbije izvršitelj radi namirenja potraživanja po osnovu izvršenih komunalnih usluga, sprovodi i postupak dozvole izvršenja i postupak sprovođenja izvršenja. Po shvatanju pojedinih pravnih pisaca ovo zakonsko rješenje je vrlo sporno.³⁸ U pravilu koje je sadržano u odredbi člana 312 Zakona o izvršenju i obezbjeđenju izričito je predviđeno da izvršitelj vrši javna ovlašćena koja su mu povjerena Zakonom o izvršenju i obezbjeđenju. Izvršitelj obavlja djelatnost kao preduzetnik ili kao član ortačkog društva čiji članovi mogu biti samo izvršitelji. Stoga izvršitelj nema javno povjerenje (kao npr. javni beležnik- notar) već samo javno ovlašćenje. Ako izvršni dužnik izjavi prigovor izvršitelj je dužan da spise dostavi sudu uz nacrt odluke o prigovoru u roku od pet dana od dostavljanja prigovora.³⁹ Ukoliko je nacrt odluke tako izrađen da potpuno odgovara rješenju koje bi imao donijeti sud, on će na nacrt odluke staviti otisak štambilja kojim se predloženi nacrt odluke usvaja.⁴⁰ Očigledno je da je ovo zakonsko rješenje vrlo loše. Prema mišljenju pojedinih pravnih pisaca ekonomičnost i hitnost postupka nije uravnotežena sa načelom zakonitosti, jer izvršitelj bez ustavnog ovlašćenja dobija pojedine poslove. Sa malo zakonskih odredaba učinjeno je niz grešaka.⁴¹

15. Crna Gora je izvršila reformu izvršne procedure donošenjem Zakona o izvršenju i obezbjeđenju⁴² i Zakona o javnim izvršiteljima.⁴³

Značajna novina odnosi se na uvođenje javnih izvršitelja u sistem izvršenja. Dosta duga tradicija, po kome je izvršenje bilo u isključivoj nadležnosti suda napuštena je skoro u potpunosti. Za odlučivanje u postupku izvršenja, sprovođenja izvršenja kao i za sprovođenje obezbjeđenja nadležni su, po pravilu, javni izvršitelji. Javni izvršitelj određuje i sprovodi izvršenje na osnovu izvršne i vjerodostojne isprave. U skladu sa zakonskim naređenjem koje je sadržano u odredbi čl. 3 st. 2 Zakona o izvršenju i obezbjeđenju, javni izvršitelj određuje i sprovodi izvršenje na osnovu izvršne isprave suda ili organa čije je sjedište na području za koje je javni izvršitelj imenovan. Ukoliko se izvršenje sprovodi na osnovu vjerodostojne isprave, nadležan je javni izvršitelj na čijem se području nalazi prebivalište odnosno sjedište izvršnog dužnika.⁴⁴ Za sprovođenje obezbjeđenja nadležan je javni izvršitelj imenovan za područje suda koji je donio rješenje o obezbjeđenju.⁴⁵

³⁸ O tome detaljno vidjeti, G. Stanković, Poseban izvršni postupak za namirenje potraživanja po osnovu komunalnih usluga, Zbornik „Pravo i usluge“, urednik Miodrag Mićović, Pravni fakultet, Kragujevac, 2012., str. 789.

³⁹ Vidjeti, o tome N. Šarkić, M. Nikolić, op. cit. str. 841-843.

⁴⁰ O pravnoj prirodi ove odluke detaljno vidjeti, G. Stanković, op. cit. str. 789.

⁴¹ N. Šarkić, M. Nikolić, op. cit. str. 842.

⁴² Zakon o izvršenju i obezbjeđenju je objavljen u Službenom listu Crne Gore broj 36/11.

⁴³ Vidjeti, Sl. I. broj 61/11.

⁴⁴ Vidjeti, čl. 3 st. 3 ZIO.

⁴⁵ Čl. 3 st. 4 ZIO.

U zakonu nadležnost javnog izvršitelja se postavlja kao pravilo.⁴⁶ I samo mjesto na kome se nalaze pravila o nadležnosti javnog izvršitelja ukazuje da je zakonodavac značajno izmjenio sistem izvršenja. Zakonodavac je u čl. 3 odredio nadležnost javnog izvršitelja, pa potom u čl. 4 određuje nadležnost suda. Zakonodavac je tako formulisao nadležnost suda, da se slobodno može zaključiti da je sud samo izuzetno nadležan i to samo za odlučivanje i sprovođenje izvršenja za ona sredstva izvršenja koja, ne bi mogao sprovesti javni izvršitelj.⁴⁷

16. Kada je u pitanju izvršenje na osnovu vjerodostojne isprave u crnogorskoj izvršnoj proceduri je predviđeno da o predlogu za izvršenje sud, odnosno javni izvršitelj dužan je da odluči u roku od pet dana. Rješenjem o izvršenju javni izvršitelj usvaja u cjelini ili djelimično predlog za izvršenje. Rješenjem o izvršenju na osnovu vjerodostojne isprave javni izvršitelj će obavezati izvršnog dužnika da u roku od osam dana, a na osnovu mjenice i čeka u roku od tri dana od dostavljanja rješenja, namiri potraživanje zajedno sa utvrđenim troškovima i odredi izvršenje radi naplate tih potraživanja. To praktično znači da javni izvršitelj vrši funkciju suđenja. Ukoliko je stranka nezadovoljna rješenjem, može izjaviti prigovor. Prigovor se podnosi javnom izvršitelju koji je odlučio o predlogu za izvršenje. Javni izvršitelj je dužan da spise predmeta dostavi sudu, u roku od pet dana radi odlučivanja po prigovoru. Ovo zakonsko rješenje je za diskusije. U fazi dozvole izvršenja nije bilo potrebe da odlučuje javni izvršitelj. Naime on u ovoj fazi, naročito kad se odlučuje o izvršenju na osnovu vjerodostojne isprave, „presuđuje“ po pravilima izvršne procedure. Ukoliko je izvršni dužnik nezadovoljan rješenjem o izvršenju na osnovu vjerodostojne on će izjaviti prigovor. Pošto o prigovoru odlučuje sud čini se da nije trebalo uopšte u ovoj prvoj fazi - fazi dozvole izvršenja da odlučuje javni izvršitelj, jer se nepotrebno odugovlači izvršni postupak. U ovom slučaju javni izvršitelj se pojavljuje kao pomoćni organ suda.

Advokatska komora Crne Gore u martu ove godine pokrenula je inicijativu pred Ustavnim sudom za ocjenu ustavnosti Zakona o izvršenju i obezbjeđenju i Zakona o javnim izvršiteljima.

⁴⁶ Zakonom o javnim izvršiteljima je izričito predviđeno da za javnog izvršitelja može biti imenovano lice: koje je crnogorski državljanin, koje ima opštu zdravstvenu i poslovnu sposobnost, koje je diplomirani pravnik, koje ima najmanje pet godina radnog iskustva na pravnim poslovima, koje je položilo ispit za javnog izvršitelja ili pravosudni ispit, koje nije osuđivano za krivično djelo na bezuslovnu kaznu zatvora od najmanje šest mjeseci ili za krivično djelo koje ga čini nedostojnim za obavljanje izvršiteljske djelatnosti ili se protiv njega ne vodi krivični postupak za krivično djelo za koje se gonjenje preduzima po službenoj dužnosti, nad kojim se, kao preduzetnikom, orthačkim društvom čiji je član ili komanditnim društvom čiji je član u svojstvu komplementara, ne vodi stečajni postupak.

⁴⁷ Tako je u odredbi čl. 4 ZIO predviđeno, da je sud nadležan da odlučuje u postupku izršenja i sprovođenja izvršenja sudskih odluka koje se tiču: predaje i oduzimanja djeteta, vraćanja zaposlenog na rad, i izvršenja sudskih odluka po kojima je izvršni dužnik dužan da učini određenu radnju koju umjesto njega, po zakonu ili pravnom poslu, ne može da učini drugo lice. Zakonom je predviđeno da izvršni sud odlučuje i o predlogu za određivanje obezbjeđenja, predlogu za protivizvršenje i zahtjevu izvršnog povjerioca za plaćanje sudskih penala.

Kratka analiza zakonskih rješenja o izvršenju u nekim zemljama u regionu koje su nastale raspadom bivše SFRJ, bila je nužna iz razloga da se pokaže da je u ovim zemljama, po pravilu, „prenesena“ nadležnost izvršenja iz suda na izvršiteljsku službu. Takođe, cilj kratke uporednopravne analize pokazuje da pravni teoretičari vrlo ozbiljno ukazuju da pojedina rješenja su u suprotnosti sa najvišim pravnim aktom- ustavom u tim zemljama. Takođe, analiza aktuelnih zakona pokazuje da su izuzetno visoko postavljeni kriterijumi koje mora ispuniti jedno lice da bi se bavilo izvršiteljskom djelatnošću kao javnom službom. U ovim zemljama izvršitelji vrše izvršiteljsku djelatnost samostalno, profesionalno i kao isključivo zanimanje.

Za razliku od zakonskih pravila koja se odnose na privatne izvršitelje u regionu u Zakonu o izmjenama i dopunama ZIP, uslovi koje mora ispuniti izvršilac po ugovoru nisu tako visoko postavljeni. Naime, u pravilu koje je sadržano u odredbi čl. 29b st. 1. izričito je predviđeno da „za izvršioca po ugovoru sud može angažovati fizičko lice koje ispunjava najmanje opšte i posebne uslove propisane za sudskog izvršioca.“ Ovo zakonsko rješenje je vrlo loše. Naime, ako sudski izvršioci nisu mogli da ostvare postavljene ciljeve, nije jasno kako će to moći izvršioci po ugovoru za koje se ne traže neki posebni uslovi u pogledu stručne spreme ili posebnog znanja koje se tiče sprovođenja izvršenja.

IV. Izvršilac po ugovoru

17. Republika Srpska u nadi da će prevazići problem naplate novčanih potraživanja po osnovu izvršenih komunalnih usluga, krenula je u izmjene i dopune ZIP. U skladu sa zakonskim rješenjem koje je sadržano u odredbi čl. 29a predviđeni su uslovi pod kojima može biti angažovan izvršilac po ugovoru. U citiranoj odredbi je predviđeno da „za izvršenje novčanih potraživanja po osnovu računa ili izvoda iz poslovnih knjiga za cijenu komunalnih usluga, isporuku vode, toplotne energije, odvoza smeća i RTV pretplate, na prijedlog tražioca izvršenja, sud će angažovati izvršioca po osnovu ugovora, pod uslovom da tražilac izvršenja, na depozit suda izvrši uplatu troškova izvršnog postupka, određene od strane suda.“ Ako tražilac izvršenja ne izvrši uplatu troškova u roku od 15 dana od dana dostavljanja zaključka i u iznosu određenom od strane suda, sud će izvršni postupak obustaviti. U st. 3 istog člana je predviđeno da „izvršilac po ugovoru izvršenje može sprovesti na pokretnim stvarima izvršenika.“

Ukoliko izvršilac po ugovoru učini određene nepravilnosti tražilac izvršenja i izvršenik mogu uložiti prigovor sudu da se otklone nepravilnosti u sprovođenju izvršenja. Sud je dužan da o prigovoru odluči u roku od osam dana.

U postupku radi namirenja potraživanja po osnovu izvršenih komunalnih usluga, predviđeno je da izvršenje može sprovesti pored sudskog izvršioca i izvršilac po ugovoru. Dakle pored sudskog izvršioca kao pomoćnog organa suda, alternativno

je pružena mogućnost da tražilac izvršenja, ukoliko želi, može angažovati izvršioca po ugovoru.

Predviđena zakonska rješenja predstavljaju solidnu osnovu za analizu. Naime, nužno je odgovoriti na pitanje da li će ova zakonska rješenja, doprinijeti efikasnom i brzom namirenju tražioca izvršenja? Takođe, nužno je odgovoriti na pitanje da li će izvršilac po ugovoru uspješno izvršiti postavljeni zadatak i da li je izvršilac po ugovoru rješenje za nagomilane probleme kada je u pitanju namirenje potraživanja po osnovu izvršenih komunalnih usluga? I na kraju, ne manje značajna pitanja su, da li je predviđena adekvatna odgovornost izvršioca po ugovoru za štetu koju učini u toku sprovođenja izvršenja, da li je dobro „pozicioniran“ izvršilac po ugovoru u našoj izvršnoj proceduri i da li je adekvatno zaštićeno dostojanstvo izvršenika?

V. Da li je izvršilac po ugovoru u službi brzog i efikasnog namirenja tražioca izvršenja

18. U pravilu koje je sadržano u odredbi čl. 29a. st.1 Zakona o izmjenama i dopunama ZIP, izričito je predviđeno da za izvršenje po osnovu računa ili izvoda iz poslovnih knjiga za cijenu komunalnih usluga, isporuku vode, toplotne energije, odvoza smeća i RTV pretplate može se angažovati, na prijedlog tražioca izvršenja, izvršilac po ugovoru. Izvršilac po ugovoru može se angažovati pod uslovom da tražilac izvršenja, „na depozit suda“ izvrši uplatu troškova izvršnog postupka koje odredi sud.

Da bi sud angažovao izvršioca po ugovoru moraju biti ispunjeni određene pretpostavke. Prvo, tražilac izvršenja, ako želi da izvršenje sprovede izvršilac po ugovoru, dužan je da u prijedlogu za izvršenje to izričito zahtjeva. Drugo tražilac izvršenja je dužan da na ime sprovođenja izvršenja uplati određenu sumu novca, na ime troškova sprovođenja izvršenja. Iz ovog pravila jasno proizlazi da tražilac izvršenja bira da li će sprovođenje izvršenja sprovesti sud ili izvršilac po ugovoru. Treće, označeni iznos tražilac izvršenja mora predujmiti u roku od 15 dana. Četvrto, izvršilac po ugovoru može sprovesti izvršenje na pokretnim stvarima izvršenika.

Ako tražilac izvršenja ne uplati određenu sumu novca u roku od 15 dana, od dana dostavljanja zaključka, sud će obustaviti izvršni postupak. Obustavljanje izvršnog postupka, predstavlja sankciju, za tražioca izvršenja koji nije predujmio troškove na ime sprovođenja izvršenja.

19. Postavlja se pitanje je li je uopšte dobro rješenje da izvršilac po ugovoru sprovodi izvršenje kada je u pitanju namirenje potraživanja iz izvršenih komunalnih usluga? Istina je da je veliki broj ovih predmeta nerealizovan, i da je sud prosto „zatrpan“ neriješenim predmetima koji se tiču namirenja novčanih potraživanja po osnovu izvršenih komunalnih usluga i da bi sud bio značajno rasterećen kad bi se izvršenje izmjestilo iz suda. Šta će „dobiti“ tražilac izvršenja ako angažuje izvršioca po ugovoru?

Prvo prema Zakonu o izmjenama i dopunama ZIP izvršenje se može sprovesti samo na pokretnim stvarima, a to nije dobro zakonsko rješenje i trebalo je predvidjeti da se izvršenje može sprovesti i na drugim sredstvima izvršenja radi naplate novčanog potraživanja. Postavlja se pitanje šta će se desiti ako izvršenik nema pokretnih stvari? U ovom slučaju bilo bi jedino moguće obustaviti izvršni postupak i po pravilu tu se završava „misija“ izvršioca po ugovoru.

U Ustavu RS nije predviđeno da sudska vlast može biti povjerena pojedincima, niti je predviđeno da još neko, pored profesionalnih sudija i sudija porotnika učestvuje u postupku suđenja ili da ima posebna represivna ovlašćenja.

U čl. 2 Zakonu o izmjenama i dopunama ZIP predviđeno je sudski izvršilac ili izvršilac po ugovoru može sprovesti izvršenje u izvršenikovom stanu, samo uz izričito odobrenje suda. Ovo pravilo je korektno redigovano, jer izvršilac po ugovoru je pomoćni organ suda. Ali ovdje se postavlja jedno drugo pitanje. Ukoliko izvršilac po ugovoru postupa na osnovu odobrenja i odluke suda onda u ovom slučaju ne postoji jasna razlika između sudskog izvršioca i izvršioca po ugovoru. Naime, i za sudskog izvršioca i za izvršioca po ugovoru traže se isti uslovi da bi oni mogli da sprovede izvršenje. I možda ono najspornije izvršilac ne bi mogao nikako biti angažovan po ugovoru, a da pri tom u vidu profesije obavlja drugo zanimanje.⁴⁸ Sve zemlje u regionu koje su nastale raspadom bivše SFRJ čije smo zakone kratko analizirali, predvidjele su da lica koja sprovedu izvršenje moraju ovu djelatnost obavljati kao isključivo zanimanje.

20. Još jedno pitanje je vrlo bitno, da bi se moglo ispravno zaključiti da li će izvršilac po ugovoru biti u službi efikasnog namirenja tražioca izvršenja, a to je koliko garantija ovaj izvršilac uopšte pruža tražiocu izvršenja kad ga on angažuje, odnosno može li tražilac izvršenja biti siguran da će biti namiren? Na prvo čitanje Zakona o izmjenama i dopunama ZIP, čini mi se da nema nikakvih razloga da tražilac izvršenja više vjeruje izvršiocu po ugovoru nego sudu odnosno sudskom izvršiocu.

U odredbi člana 29b st. 1. Zakona o izmjenama i dopunama ZIP izričito je predviđeno da za izvršioca po ugovoru, sud može angažovati fizičko lice koje ispunjava najmanje opšte i posebne uslove propisane za sudskog izvršioca. Ovo rješenje je izuzetno loše. Za slabo, sporo i neefikasno izvršenje jednim dijelom su odgovorni sudski izvršioci. To su lica koja još uvijek nisu dovoljno edukovana, niti osposobljena za sprovođenje izvršenja. Za sudske izvršioce ne traže se neki posebni uslovi koje moraju ispuniti da bi obavljali ovu djelatnost. Šta se dobilo ako sada sa istim kvalifikacijama angažujemo izvršioca po ugovoru? Ništa neće dobiti tražilac izvršenja. Opet je to lice koje nije dovoljno stručno, a koje pri tome radi po ugovoru i ukoliko učini određene nepravilnosti u radu neće biti više odgovorno od sudskog izvršioca. Čak će njegova odgovornost biti manja. Ukoliko izvršilac po ugovoru ne izvrši preuzete obaveze iz ugovora, za njega po pravilu, može biti jedina štetna posljedica da ga sud neće drugi put angažovati za sprovođenje izvršenja. Ali šta to znači za

⁴⁸ Ovdje se ne misli na naučnu ili nastavnu djelatnost.

tražioca izvršenja? On je tražio da bude namiren, a njemu je na kraju svejedno šta će biti s ugovornim izvršiocom. I na kraju ne manje značajno, ugovorni izvršilac nikada nema onu vrstu odgovornosti kao sudski izvršilac jer sudski izvršilac sprovodi izvršenje u vidu profesije. Jedino sud može biti privremeno rasterećen. Naime, ako izvršenje bude bezuspješno, opet će tražilac izvršenja morati da se obrati sudu, ali sad će troškovi postupka izvršenja za njega biti veći, odnosno opet će na ime izvršenja morati predumjeti troškove. Čini mi se da zakonodavac nije trebao predvidjeti da izvršilac po ugovoru može biti lice koje najmanje ispunjava uslove koji se traže za sudskog izvršioca. Ovo rješenje me jako podsjeća na slovenački model i prevođenje njihovih sudskih izvršilaca u profesionalne izvršioce. Takođe, u analiziranim izmjenama i dopunama ZIP evidentan je jak uticaj suda, a to na kraju sigurno neće imati za posljedicu efikasno i brzo namirenje tražioca izvršenja. Evidentno je da je uloga suda neizostavna i da je sud dužan da kontroliše ugovornog izvršioca. Ali, ako sud kontroliše rad izvršioca po ugovoru onda je i njihov naziv vrlo sporan.

21. Ako izvršilac po ugovoru učini nepravilnosti u sprovođenju izvršenja tražilac izvršenja i izvršenik mogu izjaviti prigovor radi otklanjanja nepravilnosti u sprovođenju izvršenja. Sud će biti dužan da odluči o prigovoru. Dobro rješenje je da je Zakonom izmjenama i dopunama ZIP određeno da je sud dužan da o prigovoru odluči u roku od osam dana. Kao što je poznato, i ranije je su stranke mogle izjaviti ovaj prigovor, ali zakonom nije bio određen rok u kome je sud morao da odluči o ovom prigovoru.⁴⁹ Jedno vrlo interesantno zakonsko rješenje sadržano je u odredbi čl. 11 Zakona o izmjenama i dopunama ZIP. Naime u navedenoj odredbi izričito je predviđeno da „u slučaju da su stranke ili učesnik podneskom tražili od suda da se otklone nepravilnosti u sprovođenju izvršenja, sudski izvršilac ili izvršilac po ugovoru dužan je, bez odlaganja, obavijestiti sud. Nije jasno zašto bi sudski ili ugovorni izvršilac o tome obavještavao sud, kad su stranke odnosno učesnici u postupku izjavili prigovor upravo sudu. U istoj odredbi je predviđeno „ako sud nađe da je zahtjev osnovan, sud sam otklanja nepravilnosti ili nalaže otklanjanje nepravilnosti koje su nastale radnjama sudskog izvršioca ili izvršioca po ugovoru. Sud će odluku donijeti u roku od tri dana ukoliko utvrdi da je zahtjev osnovan.“ I ovo rješenje je vrlo interesantno. Naime, u čl. 29a st 5 izričito je predviđeno da će sud o prigovoru radi otklanjanja nepravilnosti u sprovođenju izvršenja odlučiti u roku od osam dana, a u čl. 11 je predviđeno da ukoliko sud utvrdi da je prigovor osnovan mora odlučiti u roku od tri dana. To praktično znači da sud mora izjavljeni prigovor uzeti u razmatranje, pa ako nije osnovan svoju odluku može donijeti u roku od osam dana, a ako je pak osnovan u roku od tri dana. Čini mi se da ovdje nije bilo potrebe da zakonodavac predviđa dva roka jer to ne doprinosi procesnoj ekonomiji i efikasnosti.

22. I na kraju u posljednjim izmjenama i dopunama ZIP ništa nije predviđeno ko donosi rješenja o izvršenju na osnovu vjerodostojne isprave i ko odlučuje o prigovoru. To znači da o rješenju o izvršenju na osnovu vjerodostojne isprave i o prigo-

⁴⁹ O tome detaljno vidjeti, R. Račić, *Izvršno procesno pravo*, Banjaluka, 2009. str. 85, 86.

voru će odlučivati sud, kao i do sada. Sklona sam da zaključim da su se ova pravila trebala redefinisati. U ovom momentu nisam sigurna da li je trebalo izvršenje na osnovu vjerodostojne isprave regulisati kao poseban izvršni postupak za namirenje potraživanja po osnovu komunalnih usluga i povjeriti donošenje rješenja o izvršenju notarima, ali sam svakako sigurna da ne bi bilo dobro rješenje koji je sadržano u aktuelnoj srpskoj izvršnoj proceduri.

Izvršilac po ugovoru na način kako je određen u Zakonu o izmjenama i dopunama ZIP neće doprinijeti brzom i efikasnom namirenju tražioca izvršenja. Loše zakonsko rješenje je da sud može angažovati fizičko lice koje ispunjava najmanje opšte i posebne uslove propisane za sudskog izvršioca. Naime, moraju biti daleko strožiji uslovi da bi jedno lice uopšte moglo izvršilac. I na kraju sklona sam da zaključim da se izvršilac nikako ne bi smio angažovati po ugovoru. Ovakvi izvršioci sigurno neće riješiti probleme koji se tiču namirenja potraživanja po osnovu izvršenih komunalnih usluga.

VI. Odgovornost ugovornog izvršioca

23. Odgovornost izvršioca po ugovoru nije u Zakonu o izmjenama i dopunama ZIP adekvatno predviđena. Šta znači da će izvršilac po ugovoru odgovarati za eventualnu štetu pričinjenu trećim licima u postupku izvršenja, po opštim pravilima o odgovornosti za naknadu štete? Da li to znači da izvršenik ili čak tražilac izvršenja nemaju pravo da traže da se utvrdi odgovornost izvršioca? Nesporno je da i stranke imaju pravo da traže naknadu za štetu koji učini izvršilac po ugovoru u toku sprovođenja izvršenja. Ali to je ponovo podizanje tužbe i to je opet dugotrajni parnični postupak za tražioca izvršenja.

U Zakonu o izmjenama i dopunama ZIP je određeno da će sud prilikom sprovođenja izvršenja paziti na dostojanstvo izvršenika. Nije jasno kako će se ovo pravilo moći primjeniti u praksi. Nužno bi bilo ovo pravilo preformulisati tako da glasi “prilikom sprovođenja izvršenja sud i izvršilac⁵⁰ dužni su da vode računa o dostojanstvu ličnosti stranke, učesnika u postupku i članova njihovih porodica.

VII. Zaključak

24. Zakon o izmjenama i dopunama ZIP sadrži niz nepreciznih formulacija koje se tiču izvršioca po ugovoru. Velika je nepoznanica da li je izvršilac po ugovoru pravo rješenje za prevazilaženje problema koji se odnose na namirenje potraživanja iz izvršenih komunalnih usluga. Zakonom o izmjenama i dopunama ZIP nije jasno regulisan položaj izvršioca po ugovoru. Stoga postojeća pravila izazivaju mnoge dileme i nedoumice. Uvođenje ugovornog izvršioca na „mala vrata“ u izvršnu proceduru Republike Srpske može da donese više štete nego koristi.

⁵⁰ Naravno da se ovdje misli i na sudskog i na izvršioca po ugovoru.

Ranka Račić, Ph.D., full professor
Faculty of Law in Eastern Sarajevo
Faculty of Law Banja Luka

PRIVATE BAILIFFS

Summary

Application of the Enforcement Procedure Law 2003 showed a range of weaknesses in the procedure of enforcement implementation and final settlement of the judgment creditor. This Law contains specific systemic errors which result in a slow and long-lasting settlement of the judgement creditor, and in a large number of cases enforcement is not possible to be carried out at all, which is at the end of the day attributed to the state, since it is the court that is the only authority in Bosnia and Herzegovina under whose sovereign control enforcement is carried out.

Enforcement in respect of provided utility services is very difficult to be carried out not only in the Republika Srpska but in the whole of Bosnia and Herzegovina.

In the Republika Srpska this problem is tried to be solved by conferring a part of public authorisations from the court to the contract bailiffs.

In this paper, the author has tried to provide answers to specific questions related to the private bailiffs and provide a critical review of the new legal solutions.

Key words: *bailiff under the contract, court enforcement officer, utility services.*

ПАРНИЧНИ ПОСТУПАК У СПОРОВИМА ЗА ЗАШТИТУ КОЛЕКТИВНИХ ПРАВА И ИНТЕРЕСА

Проф. др Душица Палачковић*

Апстракт: Специфичности колективних права и интереса условљавају потребу усвајања некласичних механизма њихове заштите. Ову потребу препознаје и законодавац у Републици Србији формулишући, као посебан парнични поступак, поступак за заштиту колективних права и интереса грађана. Ипак, недостаци регулативе могу условити проблеме у пракси примене одредаба ЗПП/2011 којима је овај поступак регулисан. У раду је, указано, пре свих на проблем примене паралелно егзистирајућих процесних одредаба посебних закона и одредаба поступка из ЗПП/2011, међу којима постоје значајне разлике. Даље, препознају се недостаци формулисања типова заштите (врсте тужби), а нарочито у односу на могућност покретања поступка од стране лица за које се тврди да обавља делатност на начин којим се угрожавају колективна права и интереси (чл. 499. ЗПП/2011), за коју је у теорији већ изречено да представља посебан парнични поступак “против” колективних права и интереса, да уводи цензуру, и с тога је предмет оцене уставности у моменту писања овог рада. Такође, анализирана је потреба уношења одредбе о проширењу субјективних граница правноснажности пресуда из ових поступака, као и начин регулисања правила о забрани двоструке (вишеструке) литиспенденције.

Кључне речи: колективна права и интереси, посебан парнични поступак, тужбени захтеви, литиспенденција, дејства пресуде.

Закон о парничном поступку Републике Србије,¹ први пут уводи два нова посебна поступка - поступак у потрошачким споровима и поступак за заштиту колективних права и интереса грађана.² Предмет нашег интересовања је начин

* Проф. др Душица Палачковић, Универзитет у Крагујевцу

¹ Закон о парничном поступку РС, Сл. гласник РС, бр. 72/2011, од 28. септембра 2011, а ступио на снагу 01.02.2012 (у даљем тексту “ЗПП/2011”).

² Видети одредбе чл. 488-494 ЗПП, за потрошачке спорове, и одредбе чл. 494-505 ЗПП, за спорове за заштиту колективних права и интереса.

регулисања другог од поменутих, којим се, према ставу теорије, даје “општи законски оквир за покретање и спровођење поступака за заштиту тзв. колективних интереса и права, али и за покретање и вођење поступака од стране субјеката за које се тврди да повређују те интересе и права.”³ Истицање, већ на самом почетку, овог својеврсног “дуализма” регулативе, отвара прво питање - да ли су и спорови које може покренути лице за које се тврди да обавља делатност на начин да угрожава колективна права и интересе такође и “колективни спорови”. Односно, да ли су они “аутентични” колективни спорови, пре свега полазећи од активне легитимације за покретање поступак коју има лице за које се тврди да угрожава колективна права и интересе. Остављајући тренутно, по страни критике увођења овог поступка већ изнесене у теорији, о којима ће бити више речи касније,⁴ довољно је рећи само да је он назван “посебним поступком *против* колективних интереса и права грађана”.⁵ Остала питања од значаја за тему су свакако активна легитимација, врсте тужби, односно садржина захтеване заштите и специфична дејства пресуде донесене у овим парницама.

Поменимо да је, као посебан парнични поступак, поступак заштите колективних права и интереса нормиран и *Zakonom o parničnom postupku Republike Hrvatske*,⁶ али је, за разлику од Републике Србије, у Хрватској одложена примена ових правила до дана пријема у Европску унију.⁷

1. Нормативни приступ - могући проблеми

Наш ЗПП/2011 не дефинише ближе појам “колективна права”, односно “колективни интереси”, што, свакако, није ни предмет регулативе једног судског поступка заштите.⁸ Ипак, већ одредбом чл. 495/2, ЗПП/2011 прихвата једну

³ *Dika, Postupak u sporovima za zaštitu kolektivnih interesa i prava, str.1*, доступно на: http://vtsrh.euroart93.net/uploads/dokuments/savjetovanje/1/%20savjetovanje/003_z%C5A1tita_kolektivnih_interesa_i_prava_-_prof._Dika.doc, претражено 04.06.2012, у даљем тексту *Dika, "Postupak..."*

⁴ Видети о овоме Ракић-Водинелић, Закон о парничном поступку Србије 2011, Правни записи, бр. 2, стр. 557-565.

⁵ Ракић-Водинелић, *op. cit.*, стр. 558.

⁶ *Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku Republike Hrvatske, čl. 4*, (у даљем тексту *ZPPRH/2011*, којим се додаје “*Glava tridesetdruga-a, Tužba za zaštitu kolektivnih interesa i prava*”, *čl. 502.a - 502.h*, доступно на: http://hidra.srce.hr/arhiva/263/1051/narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2011_05_57_1260.html, претражено 11.06.2012.

⁷ Видети чл. 54. Закона о изменама и допунама закона о парничном поступку Хрватске (Н. новине 57/11).

⁸ То је један од значајнијих савремених теоријских проблема коме се, барем када је о нашој правној теорији реч, посвећује извесна пажња тек одскора. Видети о овом појму, нпр. *Lohmann., G., "Kolektivna" ljudska prava radi zaštite manjina, Politička misao, Vol XXXVI, (1999.), br. 4, str. 38-48*; Јовановић, Постоје ли колективна права?(I део), доступно на: <http://www.ius.bg.ac.rs/Anali/A2008-1/Anali%202008-1%20str%20089-107.pdf>, претражено 11.06.2012; Јовановић, Друштво-

значајну одредницу овог појма. Наиме, активно легитимисана “лица” која су одређена ставом првим истог члана, могу да покрену поступак за заштиту колективних права и интереса “одређеног круга грађана”. Овакав приступ законодавца упућује на усвајање тзв. *Organizational action*, или организацијске тужбе⁹ Закључак следи из одредбе поменутог чл. 495/2 којом се право на покретање поступка повезује директно уз услов да је таква њихова надлежност, односно заштита колективних права и интереса, предвиђена регистрованом или прописима одређеном делатношћу, односно ако се циљ њиховог удруживања или деловања односи на “заједничке интересе и права” већег броја грађана.

Законско нормирање код нас, као и у Хрватској, упућује на још један нужан, претходни услов, да би се покретао и водио овакав поступак, односно остварио овакав вид заштите. Наиме, неопходно је да посебан закон предвиђа надлежност одређеног “удружења, савеза удружења или друге организације”,¹⁰ односно, према *ZPPRH/2011*,¹¹ “удруге, тијела, установе или друге организације”, за покретање ове врсте поступака. Поменимо да је, према одредби чл. 501.а/1 *ZPPRH/2011*, поред овога, предвиђено да се поступак покреће и уз испуњење услова из посебног закона. Изричитост као услов наш ЗПП/011 не предвиђа, али се она, свакако, подразумева. Недостатак регулативе је, свакако, то да испуњеност услова из посебног закона за подношење тужбе није поменут.

Такође, *ZPPRH/2011*¹² изричито утврђује да ће се применити правила опште парничне процедуре ако у Глави 32. нема посебних одредби о том питању, те да се одредбе ове Главе не примењују у случајевима за које посебни закони који регулишу удружну тужбу предвиђају нешто друго. Формулација ЗПП/2011, пак, “ако у одредбама ове Главе (36.) или посебним законом није другачије прописано,

у поступку за заштиту колективних права и интереса сходно се примењују остале одредбе овог закона”, решава само питање примата правила посебних у односу на он из опште парничне процедуре, али не и питање сасвим могућег узајамног несклада правила поступка из ЗПП/2011 и из посебних закона. Не улазећи тренутно у елаборирање овог проблема, па и могућих различитих

ни идентитет и правни субјективитет - колективитети као субјекти права?, доступно на: <http://www.anthroserbia.org/Content/PDF/Articles/jovanovic.pdf>; претражено 12. 06. 2012; Newman Dwight, G., *Kolektivni interesi i kolektivna prava, Filozofski godišnjak, 2003, br.16, str. 89-120.*

⁹ Израз користи Ракић-Водинелић, Еколошка тужба, Закон о облигационим односима, Књига о десетогодишњици, правни живот, Београд, 1988, стр. 437-439; Ракић-Водинелић, *op. cit.*, стр.559; Triva, Dika, *Грађанскопарнично процесно право, Zagreb, 2004, str. 823*, користе израз “удружна тужба”.

¹⁰ Видети одредбу чл. 495/1 ЗПП/2011.

¹¹ Видети одредбу чл. 502. а ZPPRH/2011.

¹² *ZPPRH/2011*, чл. 502. а. ставови 2,3.

решења, напомињемо само да таквих, посебних прописа, у правном систему РС, наравно, већ има, нпр, Закон о заштити потрошача,¹³ или Закон о забрани дискриминације.¹⁴

То да наш Закон не помиње нужност испуњења услова из посебног закона може условити проблем неусаглашености таквих и услова из ЗПП/2011. Правила ЗПП/2011 морају се схватити као супсидијарна у поступцима поводом дискриминацијских, потрошачких и других сличних спорова.

Организацијска тужба дефинише се, иначе, као она "...којом удруга, непрофитна правна особа основана ради остваривања одређених друштвено допуштених циљева... покреће поступак ради пружања (у правилу) апстрактне заштите извјесних права и интереса својих чланова, односно припадника одређене друштвене групација; она је један од инструмената судске заштите тзв. групних, класних, колективних и дифузних права и интереса".¹⁵

¹³ Закон о заштити потрошача, Сл. гласник РС, бр. 73/2010, тако, одредбама чл. 139/1 т. 2 и чл. 130 т. 2, предвиђа да удружења или њихови савези, ако су за такве послове регистровани, имају овлашћење, између осталог, да "заступају" колективне интересе потрошача у поступцима вансудског и судског решавања потрошачких спорова, што оставља отворено питање могућности покретања оваквих поступака, па и заштите колективних права и интереса у потрошачким споровима. Наиме, поставља се питање процесне улоге удружења и њихових савеза у овим поступцима, односно какви су то заступници и шта су њихова процесна овлашћења. Ако се хтело да удружења и њихови савези могу покретати овакве поступке, односно да имају активну процесну легитимацију, онда је то требало изричито рећи, као што је учињено у одредби чл. 137/2, којом се изричито нормира да "захтев" за забрану неправичних уговорних одредаба у потрошачким уговорима и непоштеног пословања могу поднети и поменута удружења и савези. Овако се мора закључити да се такво шта није ни хтело, дакле, дати удружењима и савезима поменуту легитимацију. Односно, чини се да позиција ових "заступника" нејасна што отвара могуће дилеме у пракси. У Хрватској, је, међутим, *Zakonom o zaštiti potrošača*, чл. 131, 132, доступно на: <http://www.zakon.hr/z/193/Zakon-o-za%C5%A1titi-potro%C5%94%C4%94Da>, претражено 22. 06. 2012, у оквиру посебног наслова "Заштита колективних интереса потрошача", изричито признато, веома широко, право на покретање поступка удружењима и другим овлашћеним лицима за спорове поводом бројних посебних уговора из овог и низа посебних прописа (чл. 131/1) и тиме су поменуте дилеме отклоњене.

¹⁴ Закон о забрани дискриминације, Сл. гласник РС, бр. 22/2009, одредбом чл. 46/1, овлашћује, уз Повереника за заштиту равноправности (који, свакако, нема право на тзв. организацијску тужбу, већ може поступак покренути путем тзв. *Relator action* која је, такође, пут остварења заштите колективних права и интереса, али различит од организацијске) и организације које се баве заштитом људских права, односно права одређених група лица, на покретање поступка по тужбама из чл. 43 т. 1,2,3 и 5 овог закона, односно тужбе: којима се захтева забрана извршења радње од које прети дискриминација, забрана даљег вршења дискриминације, односно забрана понављања радње дискриминације; којима се тражи утврђење да је тужени дискриминаторски поступао према тужиоцу или другоме; којима се тражи извршење радње уклањања последице дискриминаторског поступања, и, коначно којима се тражи објављивање пресуде донете поводом неке од тужби које предвиђа овај Закон, уз један број ограничења која исти члан изричито предвиђа.

¹⁵ Тако, *Triva, Dika, op. cit.*, стр. 842.

2. Процесна легитимација и правни интерес

Претходним излагањима поменут је један од проблема који се поводом заштите колективних права и интереса појављује. Реч је о тзв. процесној легитимацији, која се, принципијелно, у процесном праву, прати у односу на тзв. стварну легитимацију. Појам није законски регулисан, већ је формулисан у правној науци што условљава и значајне разлике у приступу.¹⁶ Преко овог појма, решава се, заправо, питање, да ли су у парничном поступку странке тзв. “праве” странке, односно да ли оне имају правни интерес, правнозаштитну потребу за вођење конкретне парнице, парнице која је одређена у субјективном и објективном смислу.¹⁷ У субјективном се то чини преко конкретно одређених лица у страначкој улози, а у објективном, преко конкретног тужбеног захтева.

Принципијелно, стварну и процесну легитимацију имају стварни учесници спорног материјалноправног односа. Но, у зависност од врсте заштите која се захтева од суда применом правила парничне процедуре и процесна легитимација мора бити различито схваћена. За ова излагања од значаја су, према захтевима које у заштити колективних права и интереса формулишу закони, кондемпнаторни и декларативни модел парничне тужбе.

У случају кондемпнаторног типа заштите (кондемпнаторне тужбе), процесну легитимацију имају они који “тврде” да су повериоци у односу на оне за које тврде да су дужници. Стога се у теорији и говори о “хипотетичком карактеру” процесне легитимације у оваквим случајевима, односно да се у оцени њеног постојања мора поћи од хипотезе да је истина оно што тужилац тврди у тужби, а он тврди да је поверилац, а да је тужени дужник. Ако се и када се потврди да је ова полазна хипотеза тачна, странкама се признаје процесна легитимација.¹⁸ Но, у заштити колективних права и интереса проблем је специфичан и мора се решавати у оквиру изузетака од овог општег правила. Реч је о изузетима када трећа лица на основу изричитог овлашћења закона могу покретати парнични поступак као, и још ређим изузетима, када трећи који докаже постојање правног интереса то може чинити.¹⁹

¹⁶ Видети о разликама у теоријском приступу овом појму, *Dika, Građansko parnično pravo, Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku, Knj. IV, Zagreb, 2008, str. 58- 67.*

¹⁷ *Triva, Dika, op. cit.*, стр. 314.

¹⁸ *Dika, op. cit.*, стр. 75.

¹⁹ Низ примера законског овлашћења налазимо у *Dika, op. cit.*, стр.76-79; *Triva, Dika, op. cit.*, стр. 316. и Познић, Ракић-Водинелић, *op. cit.*, стр.155, 156. као и случајеве када се и за кондемпнаторну тужбу тражи да се учини вероватним постојање правног интереса за шта се као пример у наведеној литератури узима *actio popularis*, нпр, чл. 156 Закона о облигационим односима РС, Сл. лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, Сл. лист СРЈ, бр. 31/93 и Сл. лист СЦГ, бр. 1/2003 - Уставна повеља (у даљем тексту “ЗОО”).

У случају декларативне тужбе појам процесне легитимације је неодвојиво повезан уз појам правног интереса. У ситуацијама када су лица или тела која могу поднети овакву тужбу изричито наведена законима, она не морају и доказати постојање правног интереса, али морају потврдити, барем на нивоу вероватноће, својство које их легитимише за подношење тужбе.²⁰ Ово “својство”, према одредби чл. 495/2 ЗПП/2011, подразумева да је “таква заштита предвиђена њиховом регистрованом или прописима одређеном делатношћу, ако се циљ њиховог удруживања или деловања односи на заједничке интересе и права већег броја грађана и ако су поступањем туженог они повређени или теже угрожени”. Одредба чл. 502. а *ZPPRH/2011*, међутим, много шире одређује круг субјеката овлашћених да траже заштиту. То су удружења, тела, установе и друге организације, па, дакле, задужбине, трговачка друштва, задруге, коморе, државна тела, тела регионалне или локалне самоуправе, као и “пучка правобранитељства”.²¹

Поменута одредба чл. 495/2 ЗПП/2011, међутим, може бити предмет тумачења. Језичко тумачење би водило закључку да су одређена три кумулативна услова.²² Дакле, прво, неопходно је да су или тела регистрована за заштиту колективних права и интереса одређеног круга лица или да је таква њихова делатност одређена посебним прописима. Даље, друго, ако се циљ њиховог удруживања и деловања односи на заједничке интересе и права већег броја грађана. Коначно, треће, ако су поступањем туженог поменути интереси повређени или теже угрожени. У односу на прве две одреднице чини нам се да је могуће посматрати их као алтернативе, а онда је позиција у доказивању правног интереса различита. Први, регистровани или када им је таква заштита предвиђена посебним прописима, доказивали би да је делатност управо заштита права и интереса те групе лица чију заштиту траже. Сви други, којима се циљ удруживања или деловања односи на заједничке интересе и права већег броја грађана, морају постојање такво, општег циља, доказати у односу на групу о којој се поступак води. Нпр, када је општи циљ спречавање дискриминације, да то укључује и забрану дискриминације групе о којој се поступак води.²³

За разлику од нашег ЗПП/2011, *ZPPRH/2011*, одредбом чл. 502.а, недвосмислено регулише да “удруге, тијела, установе или друге организације које су

²⁰ *Dika, op. cit.* стр. 80. Видети о овоме, за антидискриминацијску заштиту, код Водинелић, Тужба за заштиту од дискриминације, Избор судске праксе, бр. 12/2006, стр. 10. Оправдање става да се правни интерес не доказује следи из чињенице да се покретањем и вођењем поступака остварује делатност одређених тела.

²¹ *Dika, “Postupak...”*, *op. cit.* стр. 2.

²² У смислу “услова”, што би могло подразумевати да су кумулирани, Ракић-Водинелић, *op. cit.* стр. 557.

²³ *Grgić, Potočnjak, Rodin, Selanec, Šimonović Einwalter, Uzelac, Vodič uz Zakon o suzbijanju diskriminacije*, Zagreb, 2009, стр. 95, (у даљем тексту “*Grgić i ostali*”) доступно на: <http://alanuzelac.from.hr/pubs/A26-Vodic%20antidiskriminacija-hr.pdf>, претражено 01.07.2012.

основане у складу са законом, које се у склопу своје регистриване или прописом одређене дјелатности баве заштитом законом утврђених колективних интереса и права грађана, могу, ... поднијети тужбу...”.

У сваком случају, реч је о тзв. апстрактној судској заштити”, односно посредном остваривању заштите, независно од повреде права *in concreto*.²⁴

Поменимо да *ZPPRH/2011*, за разлику од ЗПП/2011, одредбом ст. 2. чл. 502.а, одређује и “интерес” који се у овом поступку штити. Реч је о интересима који се тичу заштите човекове околине и животне средине, моралним, етничким, потрошачким, антидискриминацијским и свим другим интересима који су зајемчени законом.

3. Врсте тужбеног захтева

Одредбом чл. 498 ЗПП/2011 је предвидео два типа заштите по правилима ове посебне парничне процедуре - кондеманаторну и декларативну. Но, треба рећи да одредба садржи и допуну “ако посебним прописима није другачије одређено”, што асоцира на могуће друге врсте захтева из оваквих, посебних прописа. Тако се може закључити да је овде реч, нпр., о тужби за накнаду штете из чл. 43 т. 4 Закона о забрани дискриминације, или за одузимање противправно стечене користи, из чл. 137/1 т. 3 Закона о заштити потрошача.

Прва од кондеманаторних тужби јесте она чији се захтев односи на “забрану” (прохибитивни захтев)²⁵ предузимања активности “од којих прети повреда права и интереса грађана које је тужилац законом овлашћен да штити (чл. 498 т. 1 ЗПП/2011).²⁶ Реч је о захтеву за изрицање забране да се предузима одређена радња или предузимају одређене радње, дакле тзв. тужба за уздржавање.²⁷ Треба, међутим, рећи, да су посебни прописи и овде прецизнији, односно да нпр, Закон о забрани дискриминације (чл. 43 т. 1) предвиђа неколико могућих кондеманаторних прохибитивних захтева - забрана радње од које прети дискриминација, забрана даљег вршења саме радње дискриминације, као и забрана понављања радње дискриминације.²⁸ Овакав, различит приступ,

²⁴ *Triva, Dika, op. cit*, стр. 823.

²⁵ Израз користе, *Grgić i ostali, op. cit*, стр. 96. *Dika, “Postupak...”, op. cit*, стр. 3, говори о “захтеву за забрану предузимања повређујућих или угрожавајућих радњи”.

²⁶ *ZPPRH/2011*, одредбом чл. 502.б, т. 2, додаје забрану коришћења одређених уговорних одредаба или пословне праксе.

²⁷ *Triva, Dika, op. cit*, стр. 825, говоре о тужбама за изрицање “налога и забрана” као о врсти кондеманаторних тужби.

²⁸ Видети о тужбеним захтевима у споровима за заштиту права на једнако поступање, *Jelušić, Postupak pred sudom u antidiskriminacijskim parnicama vođenim temeget Zakona o suzbijanju diskriminacije*, стр. 9, доступно на: http://www.pravnadatoteka.hr/pdf/Postupak_pred_sudom.pdf, претражено 01.07.2012.

условљава нужност консултовања, у сваком конкретном случају и посебног закона, уколико постоји, како би се и појам “активности” из ЗПП/2011 конкретизовао, односно утврдило која од тужби је допуштена. Захтев је увек усмерен на обавезивање на пасивност, нечињење у смислу уздржавања, а угроженост, односно претња повреди колективних права и интереса је заједничка карактеристика у свим овим ситуацијама.²⁹ У теорији се истиче да кондемнаторне тужбе уобичајено имају за циљ остварење постојећих потраживања, али када су усмерене на пропуштање, као у овим случајевима, тражи се забрана предузимања противправне радње након што је радња већ учињена или радњи чије предузимање тек предстоји, односно прети.³⁰ Претпоставка успеха је, свакако, да суд, зависно од конкретних околности правне ствари, утврди постојање опасности, конкретне и озбиљне, од извршења, настављања или понављања акта, односно “активности”, али не и кривица извршиоца, нити да је од акта, односно “активности” наступила или ће наступити штета.³¹

Кондемнаторни захтев може бити, даље, усмерен на “уклањање постојеће повреди колективних права и интереса или штетних последица поступања туженог и успостављање пређашњег стања, стања у коме таква повреда више не би могла да настане или стања које приближно одговара стању које је постојало пре повреде” Реч је о тзв. реститутивном захтеву,³² односно обавезивању на активност, чињење у смислу реституције. При томе, суд може обавезати на било коју радњу која је подесна да одстрани стање, односно да елиминира извор повреде колективних права и интереса, а шта је подесно зависи од околности сваког појединог случаја, кривица није услов успешности, као ни то да ли је наступила или ће наступити штета.³³ Морамо рећи да је формулација чл. 502.б. т. 3. *ZPPRH/2011* прецизнија. Захтев гласи да се наложи туженом предузимање радњи ради отклањања “наступелих или могућих општих штетних последица недопуштених поступања туженог, укључујући и успостављање пређашњег стања или стања које ће по могућности највише одговарати том стању или стању у коме могућа повреда заштићених колективних интереса или права не би могла наступити”. Реч је о захтеву за предузимање радњи ради отклањања “општих” наступелих или претећих штетних последица, при чему се под појмом “опште” штетне последице разуме “апстрактна штетна последица”, она која се “не тиче појединих субјеката који су погођени недопуштеним по-

²⁹ Водинелић, *op. cit.*, стр. 11.

³⁰ Тако, *Mihajlo Dika, Jozo Čizmić, Komentar Zakona o parničnom postupku FBiH, Sarajevo, 2000*, стр. 298.

³¹ Водинелић, *op. cit.*, стр. 11.

³² Термин користе, *Grgić i ostali, op. cit.*, стр. 97, док Водинелић, *op. cit.*, стр. 12, о њима говори као о “тужбама за уклањање”, али и њих и тужбе за утврђење и тужбе за накнаду штете сврстава у ред тужби са тзв. реактивним захтевом (стр. 11. нав. чланка).

³³ Водинелић, *op. cit.*, стр. 11.

ступцима туженог, већ колективитета ради заштите чијих се интереса и права заштита и тражи”.³⁴

Коначно, кондемпнаторан је и захтев за објављивање пресуде којом је усвојен тужбени захтев у претходна два случаја, укључујући, као трећи, и захтев могуће декларативне тужбе из чл. 498 т. 3 ЗПП/2011. Овакав, тзв. публикациони захтев,³⁵ није, међутим, самосталан, већ се мора кумулирати са захтевом неке од предвиђених тужби, а захтева се објављивање у средствима јавног информисања и о трошку туженог.

Декларативна заштита омогућена је одредбом чл. 498 т. 3 ЗПП/2011. Захтев се односи на утврђивање недопуштености радње којом су повређени колективни интереси и права грађана. Предмет критике свакако мора бити то да није изричито предвиђена могућност подношења тужбе када само прети опасност да радња (или радње) туженог могу довести до повреде колективних права и интереса, даље да се изричито не помиње пропуштање које, сасвим сигурно, може водити повреди, али и то да се, уз повреду, не помиње и могуће угрожавање колективних интереса и права.³⁶ У теорији се резонује да се под поступањем, дакле радњом, подразумева и када је тужени донео одређена правила о условима и начину вршења делатности, његова одговарајућа пракса, изградња објеката, пропуштање изградње (или, нпр, уградње - прим. аутора) прописаних заштитних уређаја, имисије и др.³⁷

4. “Заштита” колективних права и интереса према одредбама чл. 499 и 500 ЗПП/2011

Одредбом чл. 499 ЗПП/2012, предвиђено је да “ако удружења, њихови савези и друге организације” тврде да неко “лице обавља делатност на начин на који се угрожавају колективна права и интереси грађана”, то “лице” може поднети тужбу којом захтева:

1. да се утврди да предузетим радњама није угрозио, односно повредио колективна права и интересе грађана, односно да их није повредио на недопуштен начин;

2. да се удружењу, њиховим савезима и другим организацијама из чл. 495/1 забрани одређена радња, а нарочито иступање у јавности и вези са тврдњама да тужилац обавља делатност на начин на који се угрожавају колективна права и интереси;

³⁴ *Dika*, “*Postupak...*”, *op. cit*, стр. 3.

³⁵ Термин, такође, користе, *Grgić i ostali*, *op. cit*, стр. 97.

³⁶ Видети *ZPPRH/2011*, чија одредба чл. 502.б .ст. 1. т. 1, обухвата и ове могућности.

³⁷ *Dika*, “*Postupak...*”, *op. cit*, стр. 3.

3. накнаду штете причињене неистинитим изношењем или преношењем тврдњи, и

4. објављивање пресуде којом је усвојен тужбени захтев у средствима јавног информисања о трошку туженог.

Треба рећи да је, као проблематично, у правној теорији препознато решење из наведених тачака 2 и 3 (као и ст. 2 чл. 499). Пре свега, користи се неодређен појам “делатности” који је могуће веома широко тумачити, обухватајући све могуће врсте делатности - у области привреде, односно пословања, културе, науке, просвете, информисања, уметности, политике и др. Дакле, без ограничења, а то потврђује и формулација чл. 500/2 ЗПП/2011, којом се, за случај одбијања једног од наведених тужбених захтева, уз Допунски услов да је вођењем поступака по овим тужбама, а посебно њиховим праћењем у средствима јавног информисања, теже повређен “углед и пословни интерес тужиоца”, може захтевати накнада штете, коју ће суд, уз то, одмерити “по слободној оцени (према чл. 232 ЗПП/2012). Одредница “углед и пословни интерес тужиоца” такође је преширока. Појам “углед” подложен је крајње субјективном тумачењу, што указује да се као тужиоци могу појавити сва лица укључујући и политичаре, функционере, пословне људе, тајкуне.³⁸ И појам туженог је прешироко одређен. То може бити свако удружење као и њихови савези, а посебно се то односи на одредницу “и друге организације”. “Организације”, при томе, нису само организације потрошача или оне за заштиту права на једнако поступање, или еколошке, то су све “организације”, а могло би се резонovati да су то *ombudsman*, агенције, повереници, савети, независна регулаторна тела и сл.³⁹ Сви они, наимае, имају као циљ заштиту заједничких интереса и права већег броја људи (уп. чл. 495/2). Активна стварна легитимације је, такође, проблематична. Тужилац треба да буде повређен “тврдњом” туженог да обавља делатност на начин којим се “угрожавају” колективна права и интереси. За разлику од заштите према чл. 498 ЗПП/2012, где се захтева да прети “повреда” права и интереса грађана, овде, је пре свега, употребљена формулација “угрожавање”, која је по себи шира, односно допушта веома екстензивно тумачење. Такође, теорија указује и на проблем неодређености појма “тврдња” који се може тумачити као приватна и јавна, дакле, свака тврдња, уз закључивање да је, ипак, реч о јавној с тога што је приватну тешко доказати, али и с тога што не би била подобна да нанесе штету интересима тужиоца.⁴⁰ Уз то, као тужени могу бити обухваћена и лица која заступају удружења, њихове савезе и друге организације, чланови њихових органа и лица која у њихово име иступају у јавности.

³⁸ Видети Ракић-Водинелић, *op. cit.*, стр. 560.

³⁹ Ракић-Водинелић, *op. cit.*, стр. 560, наводећи као “организацију” и државу, али уз критички приступ начину регулисања процесног положаја државе, као “привилегованог”, према одредби чл. 193 ЗПП/2012.

⁴⁰ Ракић-Водинелић, *op. cit.*, стр. 559.

Тужбени захтеви могу бити кондемпнаторни или декларативни. Декларативним се може захтевати да се утврди да тужилац предузетим радњама није угрозио, односно повредио колективна права и интересе или да их није повредио на недопуштен начин. Формулација је, такође, предмет критике са аспекта допуштања могућности да постоји повреда права на допуштен начин (?!), али и с обзиром да се на тај начин у правни живот враћа низ ретроградних решења Закона о јавном информисању и Закона о универзитету, оба из 1998. године.⁴¹ Овај, захтев допуштен је и према чл. 502.х *ZPPRH/2011*, уз допуну могућношћу да се захтева и да се утврди да није било “угрожавања” колективних права или интереса.⁴²

Кондемпнаторни, да се “забрани одређена радња, а нарочито иступање у јавности”, у теорији се схвата као “обавезивање туженог на ћутање о делатности туженог”, те као нови вид цензуре и повреде чл. 43/1 и 46 Устава РС, као и међународних стандарда из чл. 10 и 15 Европске конвенције који се односе на ограничења слободе изражавања. Наиме, ова ограничења морају бити легална, легитимна, неопходна и пропорционална, правило које ограничава слободу информисања мора бити доступно, тј. објављено, а сам ограничавајућа норма одређена и јасна.⁴³ Овакве стандарди прихвата, нпр., Законом о јавном информисању Републике Србије.⁴⁴ Одредбом чл. 9 и чл. 45 ограничавају се права на заштиту приватности носиоцима државних и политичких функција под условом да је објављена информација важна за јавност с обзиром на чињеницу да управо та лица, као лица на која се односи информација, врше одређену функцију, односно наводе ситуације када није потребан пристанак за објављивање информација из приватног живота. При томе, права ових лица ограничена су сразмерно оправданом интересу јавности у сваком конкретном случају. За разлику од овога, ЗПП/2011, како је већ речено, не садржи ограничења. Он, како је, такође већ речено, не решава ни проблем могућег несклада посебног закона и одредаба самог ЗПП/2011, о заштити колективних права и интереса па се тужиоци, при таквом стању регулативе могу позивати и на један и на други пропис. Они којима је повређен “углед” бираће повољнији пропис?!? Истовремено, судови су у позицији да се у одређењу меродавног прописа опредељују између два принципа - *Lex posterior derogat legi priori* или *Lex specialis derogat legi generali*. И мада је овај други логичнији избор у обла-

⁴¹ *Ibidem*, стр. 561.

⁴² Видети чл. 502.х *ZPPRH/2011*.

⁴³ Видети о томе код Ракић-Водинелић. *op. cit.*, стр. 560-565, као и Иницијативу за оцењивање уставности чл. 85, 170, 193, 499 и 500 Закона о парничном поступку (“Службени гласник РС” бр. 72/2011), са предлогом за обуставу примене извршења појединачних аката заснованих на наведеним одредбама, доступно на: <http://balkanhumanrights.org/2012/01/24/inicijativa-za-ocenjivanje-ustavnosti-zakona-o-parnicnom-postupku-tekst/>, претражено 29.06.2012.

⁴⁴ Закон о јавном информисању, Сл. гласник РС; бр. 43/2003, 61/2005, 71/2009, 89/2010 - одлука УС и 41/2011 - одлука УС.

стима које су посебно регулисане, они ипак конкуришу па прети реална опасност злоупотреба.⁴⁵

5. Остале одредбе поступка за заштиту колективних права и интереса грађана и недостаци регулативе

Без обзира на наслов овог дела рада, морамо на почетку указати на то да при нормирању овог посебног поступка наш законодавац није прихватио могућност да се он покрене ни подношењем *actio popularis*,⁴⁶ ни подношењем *class action*.⁴⁷ Реч је о ефикасним средствима за заштиту колективних права и интереса које би морале бити предмет пажње при будућим изменама ЗПП.

Изричито је регулисано дејство литиспенденције, прилично невештом формулацијом да се до окончања поступка (каког? правноснажног? првостепеног?) по било којој од предвиђених тужби у поступцима заштите колективних права и интереса не може по истоветном захтеву “покренути други поступак”. То, пак, значи забрану подношења тужбе, што је неприхватљиво. Могуће је једино одбацити тужбу као недопуштену у доцније заснованој парници и то су ноторне ствари у парничној процедури. Није поменут идентитет у субјективном виду - исте странке. Да ли се он подразумева, или га законодавац није ни хтео? Чини нам се логичним други закључак управо због специфичности права и интереса која се штите, али се тада мора усвојити проширено дејство правноснажности у субјективном виду. Али, оно није предвиђено одредбама ЗПП/2011!!! Одредба да правноснажна пресуда делује и према трећим лицима “због природе спорног права или правног односа, правног односа који постоји између странака и трећих лица или ако је то прописано законом (овде свакако није, прим. аутора), захтева тумачење у сваком конкретном случају, а онда може водити и различитом закључивању у пракси судова. Поменимо да ни закон који регулише извршну процедуру не регулише стварну легитимацију за покретање овог поступка по пресудама о заштити колективних права и интереса,⁴⁸ што би у недостатку проширених граница правноснажности у субјективном виду могао бити добар корективни механизам.

Има мишљења, када је двострука (вишеструка) литиспенденција у питању да би тужилац у доцније заснованој парници морао да докаже свој правни интерес за самостално вођење парнице што, ако успе, води и њеном наставку. Сам правни интерес зависио би од става тужиоца у претходно заснованој парници у односу на његов предлог за мешање. Ако би се он сагласио са мешањем,

⁴⁵ Видети о овоме више код Ракић-Водинелић, *op. cit.*, стр. 561.

⁴⁶ Видети одредбу чл. 156 ЗОО, а о томе Ракић-Водинелић, *op. cit.*, стр. 557.

⁴⁷ Видети о тиме *Dika, Postupak...*, *op. cit.*, стр. 3.

⁴⁸ Тако и Ракић-Водинелић, *op. cit.*, стр. 558.

доцнија парница је недопуштена, ако се противи тужилац би имао правни интерес. Овакав став налазимо у хрватској теорији у којој је изричит услов у случајевима мешања сагласност тужиоца.⁴⁹ Мада код нас ово питање није изричито регулисано за колективне спорове, примена општих одредби ЗПП/2011 о јединственом супарничарству води истом закључку.⁵⁰ Ипак, нико се не може обавезати на мешање.

У недостатку специфичних решења о дејствима правноснажности треба прихватити став да правни интерес за вођење било које од парница са садржински истоветним захтевима за заштиту колективних права и интереса “отпада” ако се у само једној од њих захтев правноснажно усвоји.

Ипак, закључак мора бити да недостаје законско решење ових проблема, али и да их неће бити једноставно решити. Уз то, у пракси ће бити неопходна велика пажња и знање судија који суде у овим предметима посебно у оцени објективног идентитета парница.

У случају из одредбе чл. 504/1 ЗПП/2011, уводи се могућност за физичка и правна лица да у индивидуалним парницама за накнаду штете истичу утврђену повреду колективних права и интереса грађана, уколико је утврђење садржано у правноснажној пресуди донесеној у поступку заштите колективних права и интереса из чл. 498. Односно, у оваквим поступцима за накнаду штете не може се оспоравати повреда колективних права и интереса грађана која је утврђена правноснажном пресудом (чл. 504/2 ЗПП/2011). Отуда и мишљење у теорији да правноснажна пресуда којом је утврђена повреда колективних права и интереса има, заправо, значај решеног претходног питања у поменутих индивидуалним парницама.⁵¹

У праву Хрватске, међутим, наилазимо на другачију формулацију дејстава пресуде донесене по тужби за заштиту колективних интереса и права које, према ставу теорије, уводи специфично проширење субјективних граница правноснажности.⁵² Одредба чл. 502.с, *ZPPRH/2011*, говори о могућности да се у индивидуалним парницама за накнаду штете физичка и правна лица позову на “правна утврђења” из пресуда (закон не помиње правноснажност) којима су прихваћени захтеви из тужбе за заштиту колективних интереса и права да су одређеним поступањем, укључујући и пропуштање туженог, повређени или

⁴⁹ *Dika, “Postupak...”, op. cit, стр. 3.*

⁵⁰ Видети одредбе чл. 219, у вези са чл. 205 и 210 ЗПП/2011.

⁵¹ Ракић-Водинелић, *op. cit, стр. 558.*

⁵² *Dika, “Postupak...”, op. cit, стр. 5.* Одредба чл. 502.с, *ZPPRH/2011*, говори о могућности да се у индивидуалним парницама за накнаду штете физичка и правна лица позову на “правна утврђења” из пресуда (не помиње се да ли је реч о правноснажним пресудама) којима су прихваћени захтеви из тужбе за заштиту колективних интереса и права да су одређеним поступањем, укључујући и пропуштање туженог, повређени или угрожени законом заштићени колективни интереси и права лица које је тужилац овлашћен да штити.

угрожени законом заштићени колективни интереси и права лица које је тужилац овлашћен да штити.

ЗПП/2011, даље, усваја, поред опште месне надлежности за ове спорове и правило посебне месне надлежности према подручју предузете радње којом се повређују колективни интереси или права грађана. Да ли је требало прецизирати правило помињањем и пропуштања, којим се ова права свакако могу кршити остаје да процени пракса. Или, се под “радњом” подразумева (увек) и нечињење, односно пропуштање?

Поменуто је већ да је могуће мешање у парнице за заштиту колективних права и интереса (чл. 496 ЗПП/2011). На страни тужиоца могу се мешати друга лица која су овлашћена на подношење тужбе и тада стичу положај јединственог супарничара. Они морају испуњавати све услове за самостално подношење тужбе, могу се мешати и само у односу на неке од захтева, а допуштено је спајање у случају када би више овлашћених тужилаца поднело тужбе пред истим.⁵³ Такође, допуштено је обично мешање трећих лица на страни тужиоца ако су њихови колективни интереси и права повређени радњама туженог.

Привремене мере регулисане су одредбом чл. 501, уз упућивање на одредбе закона којим се регулише извршење и обезбеђење. Суд може одлучити да жалба нема суспензивно дејство или одредити краћи рок од законског рока за испуњење чинидбе која је наложена тужиоцу.

Резиме

Заштити колективних права и интереса поклања се, оправдано, све већа, пажња у савременим правним системима. На тој линији је и процесна регулатива Републике Србије, односно решење новог Закона о парничном поступку (ЗПП/2011) којим се уводи, као посебан, поступак за заштиту колективних права и интереса грађана. Сама чињеница да је један овакав поступак нормиран свакако је позитиван помак. Ипак, извесна решења показују значајне пропусте законодавца.

Пре свега, пропуштено је да се уреди однос између одредаба посебног парничног поступка из ЗПП/2011 и процесних одредаба посебних закона који регулишу поједине области колективна права и интереси, нпр, у области заштите права потрошача, заштите права на једнако поступање (заштита ид дискриминације и др.). Даље, недостаци се препознају и у предвиђеним врстама заштите, односно могућим тужбеним захтевима. Посебно тежак пропуст је неусвајање решења о проширењу субјективних граница правноснажности пресуда донесених у овим споровима.

⁵³ *Dika*, “*Postupak...*”, *op. cit.*, стр. 4.

Део одредаба, онај којим се регулише могућност покретања поступака у ситуацијама када удружења, њихови савези и друге организације тврде да неко лице обавља делатност на начин којим се угрожавају колективна права и интереси грађана, посебно је проблематичан (чл. 499 и 500 ЗПП/2011). У теорији се за ова решења тврди да ограничавају слободу мишљења и изражавања (Устав РС, чл. 46), па је у том смислу поднесена иницијатива за оцену њихове уставности. Такође, теорија препознаје и противност ових решења међународним стандардима из чл. 10 и 15 Европске конвенције који се односе на ограничења слободе изражавања која морају бити легална, легитимна, неопходна и пропорционална.

Summary

Contemporary legal systems pay great attention to the protection of collective rights and interests. The republic of Serbia procedural regulations, that is the provisions of the new Law on civil procedure (ZPP/2011) follow this tendency by introducing a separate procedure for the protection of citizens' collective rights and interests. The mere fact that such a procedure was foreseen by the legislators represents a positive step forward. Yet, there are some deficiencies in legal solutions they proposed.

Before all, they failed to regulate the relationship between the provisions of the separate civil procedure from ZPP/2011 and the procedural provisions of particular laws which regulate particular fields of collective rights and interest, for example, the protection of consumers' rights, the protection of the right to equal treatment (protection against discrimination), etc. Further, the deficiencies can be encountered in the foreseen types of protection, that is possible types of lawsuits. And the major flaw lies in the failure to adopt the provision on widening the subjective scope of jurisdiction of the enforceability of the decisions passed in these cases.

Also, some other provisions of this Law are particularly problematic, such as those regulating the possibility to file a lawsuit in the situation when some associations, alliances or other organizations claim that somebody is performing his activities in a way which threatens citizens' collective rights and interests (Articles 499 and 500 of ZPP/2011). It is theoretically considered that such legal solutions restrict the freedom of thought and expression (Article 46 of the Republic of Serbia Constitution), and therefore an initiative questioning their constitutionality has been submitted. Legal theory also recognizes that these solutions are in conflict with international standards foreseen in Articles 10 and 15 of the European convention on Human Rights referring to the restrictions of the freedom of expression which have to be legal, legitimate, necessary and proportional.

PRIKAZ ODREDBI ZAKONA O IZVRŠENJU SRBIJE U SPOROVIMA IZ PORODIČNOPRAVNIH ODNOSA

Prof. dr Nebojša Šarkić*
Doc. dr Milan Počuča**

***Rezime:** Izvršenje je najčešće poslednja, ali i najznačajnija faza u postupku realizacije zaštite određenih prava, ono predstavlja i ostvarenje cilja postavljenog pri podnošenju zahteva za zaštitu određenog subjektivnog prava. U radu autori daju prikaz odredbi Zakona o izvršenju i obezbeđenju Srbije u sporovima iz porodičnopравnih odnosa, sa posebnim osvrtom na predaju i oduzimanje deteta. Istovremeno razmatraju i ulogu roditelja, izvršnog sudije, centara za socijalni rad i drugih učesnika u izvršnom postupku koji se vodi povodom sporova iz porodičnopравnih odnosa.*

***Ključne reči:** izvršni sudija, dete, oduzimanje deteta, porodično pravo, izvršitelj, organ starateljstva.*

Uvod

Jedno od najkompleksnijih pitanja iz uređenja odnosa savremenog društva je, svakako, pitanje pravnog regulisanja položaja dece u porodici i njihova zaštita. Ovaj problem je veoma izražen u našoj zemlji. Za to postoje brojni razlozi koje možemo razvrstati u: pravopolitičke, ekonomske, sociološke, kulturološke, religijske i sl. Značajan je i negativan uticaj tradicionalnog odnosa prema pravima deteta i apriorno negiranje novih intencija u ovoj oblasti. Posebne teškoće nastaju u postupku izvršenja donetih sudskih odluka iz ove materije.

Reforma porodičnog zakonodavstva veoma je kasnila, te smo novi zakon iz ove oblasti dobili tek 2005. godine. Ovim zakonom na moderan i sveobuhvatan način obrađena su pitanja iz porodičnih odnosa, te su uvedene i određene novine koje se odnose na uređivanje prava deteta i zaštitu ovih prava. Uređivanje odnosa na nov, savremeniji način, nameće brojne obaveze državnim organima, ali i drugim

* Редовни професор на правном факултету Универзитета Унион.

** Доцент на Правном факултету Универзитета Привредна академија Нови Сад.

ustanovama obrazovanja, zdravstva i sl. Sa našeg aspekta, sudovi su u znatno aktivnoj ulozi, jer Porođični zakon uvodi niz obaveza koje prevazilaze klasičan odnos stranaka u parničnom postupku.

Zakon o parničnom postupku¹ uvodi čitav niz odredaba kojima se ubrzava postupak, zaoštrava procesna disciplina i dovodi do brže zaštite prava, što izuzetno pogoduje ostvarivanju prava iz porođičnih odnosa i kvalitetnoj pravnoj zaštiti.

Ipak, sa žaljenjem konstatujemo da nije realizovana ideja o formiranju porođičnih sudova koji bi tretirali sva pitanja uređenja odnosa u okviru porodice. Specijalizacija sudija u ovim sudovima, manja opterećenost, prilagođenost postupka, te angažovanje stručnjaka iz posebnih oblasti (psihologa, defektologa, lekara i sl.) doprineli bi kvalitetnijem suđenju i bržoj zaštiti, ali bi sigurno pomogli i u preventivnom smislu radi otklanjanja nekih problema iz porođičnih odnosa.²

Uvođenje različitih vidova posredovanja-medijacija, kao obaveznih ili alternativnih rešenja za razrešenje sporova iz ovih oblasti, takođe mogu dati značajne rezultate. Izvršenja odluka iz porođične oblasti kao krajnja mogućnost, jedno je od najsloženijih i najdelikatnijih pitanja ostvarenja subjektivnih prava članova porodice, a najčešće dece. "Cilj izvršnog postupka je da ravnoteža koja je poremećena povredom prava izvršnog poverioca bude uspostavljena prinudnim sprovođenjem odluke koju izvršni dužnik nije sam izvršio. Zato, parnični i izvršni postupak čine jednu celinu, jer im je krajnji cilj isti – zaštita poretka subjektivnih prava."³

Prikaz odredaba Zakona o izvršenju i obezbeđenju koje su od posebnog značaja za izvršavanje odluka iz porođičnih odnosa

Predmet našeg interesovanja, u ovom delu su one odredbe novog Zakona o izvršenju i obezbeđenju⁴ koje se odnose, direktno ili indirektno, na izvršenje odluka iz porođičnih odnosa. Pri tome izvršni postupak koji se odvija pred sudom definišemo kao „niz pravno reguliranih i funkcionalno koordiniranih radnji suda, stranaka i

¹ Objavljen u "Sl. glasniku RS" br. 72/2011.

² Nebojša Šarkić, Mladen Nikolić: Izvršenje sudskih odluka u sporovima iz porođičnih odnosa, Zbornik radova, Sistem porođičnopravne zaštite u Srbiji, Glosarijum, Beograd, 2009, str. 260. O pitanju i potrebi osnivanja porođičnih sudova i specijalizaciji sudskih veća za suđenje u materiji iz oblasti bračnih i porođičnih sporova autor je pisao još davne 1989. godine. Detaljnije videti: Nebojša Šarkić, Izvršenje sudskih odluka u sporovima iz porođičnih odnosa, Godišnjak Instituta za socijalnu politiku, Beograd, avgust 1989, str. 113–123.

³ Videti: Ljubica Milutinović, Izvršenje odluka iz oblasti porođičnog prava, Zbornik radova, Izvršavanje odluka, Glosarijum, Beograd, 2008, str. 120.

⁴ Zakon o izvršenju i obezbeđenju Republike Srbije donet je 9. maja 2011. godine i objavljen je u „Službenom glasniku RS“, br. 31/2011. Stupio je na snagu 17. maja 2011. godine, a primenjuje se po isteku četiri meseca od tog datuma, osim odredaba koje se odnose na izvršitelje, a koje će se primenjivati po isteku jedne godine od dana stupanja na snagu, odnosno koje su stupele na snagu 18. maja 2012. godine.

drugih subjekata tog postupka koje imaju za cilj prinudno ostvarenje, odnosno osiguranje budućeg ostvarenja vjerovnikovog potraživanja.⁵ Naravno, najpre treba podsetiti da se izvršavaju samo one odluke koje u sebi sadrže kondemnatornost. Dakle, one sudske odluke koje su podobne za sudsko izvršenje. Tako, na primer, presuda o razvodu braka nema direktno sudsko izvršenje. Donošenjem pravosnažne presude o npr. razvodu ili poništaju braka, sud je taj pravni odnos razrešio. Presuda se dostavlja matičaru, koji upisuje činjenicu razvoda ili poništaja u matičnu knjigu venčanih. Pravosnažnošću presude o razvodu braka nastupaju posledice tako da pojedina ograničenja koja važe za osobe koje su u braku (npr. zaključenje drugoga braka), prestaju da deluju. Tako, s druge strane, prestaju i neka prava koja proističu iz braka (kao što je, na primer, zakonsko izdržavanje ili nasleđivanje supružnika).

Dabismo mogli govoriti o sudskom izvršenju moramo najpre krenuti od osnovnog pojma Zakona o izvršenju i obezbeđenju, koji uređuje postupak prinudnog ostvarivanja potraživanja, dakle izvršenje i obezbeđenje potraživanja, kao i sprovođenje izvršenja i obezbeđenja.

Zakon o izvršenju i obezbeđenju po prvi puta uvodi instituciju izvršitelja, kao posebne pravosudne profesije.⁶ Za razliku od sudskog izvršitelja, izvršitelj je privatna profesija sa sledećim karakteristikama: to je diplomirani pravnik sa posebno položenim ispitom za izvršitelja, on mora imati određeno radno iskustvo, kao i da ispunjava druge zakonom predviđene uslove u pogledu ličnih i profesionalnih svojstava, te posedovanja odgovarajućeg poslovnog prostora sa opremom. Izvršitelj je nova pravosudna profesija koja obavlja poslove sprovođenja izvršenja i obezbeđenja potraživanja, s tim što svoju zaradu obezbeđuje od procenta naplaćenih potraživanja ili sprovedenih izvršenja.

Izvršitelj sprovodi izvršenja na osnovu rešenja suda za čije je područje imenovan, kao i privremene mere suda. Izvršitelj i sud ne mogu istovremeno sprovođiti izvršenje na osnovu istog rešenja o izvršenju. Izvršitelj ima i brojna ograničenja koja su takođe propisana zakonom i njegova se prava moraju uravnotežiti sa njegovim obavezama, a njegova ovlašćenja sa njegovim dužnostima.

Ipak, zakonodavac je napravio distinkciju između pojedinih poslova. Tako je za pojedine grupe sprovođenja izvršenja odredio isključivu nadležnost suda. Za određenu vrstu sporova odredio je isključivu nadležnost izvršitelja dok je za najveći broj slučajeva ostavio alternativnu varijantu tako što će se izvršni poverilac nakon dobijanja odluke o dozvoli sprovođenja izvršenja od strane suda moći opredeliti da li će se obratiti sudu-sudskom izvršitelju ili izvršitelju (kolokvijalno nazvano privatni izvršitelj radi lakšeg razjašnjenja i razgraničenja od sudske delatnosti).

Zakon predviđa da je sud isključivo nadležan za sprovođenje izvršenja odluka u vezi sa porodičnim odnosima i za izvršenje radi vraćanja zaposlenog na rad. Zakonodavac ne daje precizan pojam šta su to odluke u vezi sa porodičnim odnosima.

⁵ S. Triva, V. Belajec, M. Dika, Sudsko izvršno pravo, opći dio, Informator, Zagreb, 1984, str. 6.

⁶ Videti odredbu 325. Zakona o izvršenju i obezbeđenju, koja je svakako najznačajnija za ustanovu izvršitelja, jer se njome uređuju ovašćenja i dužnosti izvršitelja.

Ipak, po našem mišljenju sudska praksa će u narednom periodu izvršiti preciznije razgraničenje ove vrste sporova. Naime, svi predmeti iz porodičnih odnosa ne moraju biti, po svojoj osnovnoj strukturi, isključivo opredeljeni ka sudskom izvršenju, odnosno sudskom izvršitelju i to su, na primer, po našem mišljenju ostvarivanje prava na izdržavanje (bez obzira da li se radi o supružničkom, vanbračnom, roditeljskom, srodničkom ili najčešće u praksi sprovedenom izdržavanju dece). Naime, svi ovi predmeti predstavljaju klasičan vid novčanog potraživanja, te ne vidimo nijedan opravdani razlog zašto bi se ovi predmeti isključivo dali u nadležnost sudu, odnosno sudskom izvršitelju. Takođe i odluke koje se odnose na podelu bračne tekovine (deoba stvari), teorijski posmatrano, spada u kategoriju sporova iz porodičnih odnosa. Ipak radi se o tipičnom imovinskom sporu u kome je „privatni izvršitelj“ podjednako dobar, možda čak i motivisaniji od sudskog izvršitelja.⁷

No u ovom trenutku sa sigurnošću možemo reći da je zakonodavac rezervisao kao ekskluzivno pravo suda da sprovodi izvršenje u porodičnim sporovima, kao što su predaja i oduzimanje deteta, nasilje u porodici, uređivanje načina viđanja deteta, odluka o promeni poveravanja ili načina viđanja deteta i sl.

U sporovima iz porodičnih odnosa hitnost je izuzetno značajna. Načelo hitnosti, kao i načelo ekonomičnosti, moraju biti osnov sprovođenja izvršenja, bez obzira da li se radi o sudskom izvršitelju ili izvršitelju.

Zakon o izvršenju i obezbeđenju predviđa sredstva izvršenja koja se tiču ostvarivanja novčanog potraživanja, kao što su: prodaja pokretnih stvari, prodaja nepokretnosti, prenos novčanog potraživanja, prenos potraživanja za praćenje za predaju pokretnih stvari i nepokretnosti, unovčenje drugih imovinskih prava, prenos sredstava koja se vode na računu kod banke, prodaja akcije i prodaja udela u privrednim subjektima. Kao sredstva izvršenja radi ostvarivanja nenovčanog potraživanja predviđaju se: predaja pokretnih stvari, ispražnjenje i predaja nepokretnosti, izvršenje obaveze činjenjem, nečinjenjem i trpljenjem, izvršenje odluka iz porodičnih odnosa, izvršenja radi vraćanja zaposlenog na rad, izvršenje odluka o deobi stvari, upis u javne knjige i izdejstvovanje izjave volje. Po zakonu predmet izvršenja su stvari i prava na kojima se po zakonu može sprovesti izvršenje radi ostvarivanja potraživanja, dok su stvari izvan prometa, kao i druge stvari koje zakon isključuju, neprikladne za sprovođenje izvršenja.

Da bi obezbedio sprovođenje izvršenja i u onim predmetima koji su takve prirode da ih sud „sam“ ne može sprovesti, zakon predviđa novčano kažnjavanje, sudske penale, te predviđa pribavljanje izjave o imovini izvršnog dužnika. Tako, na primer, u slučaju ukoliko jedan od roditelja ne omogućava viđanje deteta drugome roditelju, sud može izreći novčanu kaznu. Novčana kazna se može izreći fizičkom licu u iznosu od 10.000 dinara do 200.000 dinara, a ova novčana kazna će se ponovo

⁷ Detaljno o poslovima izvršitelja po novom Zakonu o izvršenju i obezbeđenju kod: Nebojša Šarkić Mladen Nikolić, Poslovi izvršitelja, Zbornik radova sa savetovanja pravnika, Budva, 2012, str. 193 do 214. Takođe i u: Priručnik za primjenu zakona o izvršenju i obezbeđenju, Uprava za kadrove Crne Gore, Vrhovni sud Crne Gore, Centar za edukaciju nosilaca pravosudne funkcije, Podgorica, 2011, str. 67–80.

izreći ako izvršni dužnik ne postupi po ponovljenom nalogu suda, odnosno izvršitelja. Takođe, sud može više puta da izrekne kaznu ako izvršni dužnik nastavi da postupa protivno određenoj zabrani. Ovo može biti u slučaju porodičnog uznemiravanja. Ponovo izvršena kazna se po pravilu izriče u povećanom iznosu. Izricanje i izvršenje kazne će se ponavljati sve dok lice na koje se ona odnosi ne postupi u skladu sa odlukom suda odnosno izvršitelja. To je, na primer, situacija ukoliko jedan roditelj ne omogućava lične kontakte sa detetom drugome roditelju. Novčanu kaznu izriče sudija rešenjem na predlog stranke ili izvršitelja ili po službenoj dužnosti vodeći računa pri odmeravanju visine kazne o značaju radnje koju je lice koje se kažnjava moralo obaviti. Rok za plaćanje kazne je 5 radnih dana od dana prijema rešenja o izvršenju. Na ovakav način se obezbeđuje poštovanje sudskih odluka i u onim slučajevima kada se ne može prirodnim putem provesti izvršenje, za razliku od, na primer, naplate novčanog potraživanja, iseljenja ili useljenja u stan i slično.

Zakonodavac je takođe predvideo i određene radnje koje može predložiti izvršni poverilac ukoliko ne može da ostvari kontakt sa izvršnim dužnikom. Tako, na primer, roditelj kome je dato dete na brigu, čuvanje i vaspitanje, ukoliko ne ostvaruje direktan kontakt sa davaocem izdržavanja, može tražiti preko suda dobijanje izjave o imovini izvršnog dužnika, pa će sud obavezati izvršnog dužnika da dostavi dokaze odnosno izjavu o svom imovnom stanju. Izjava o imovini izvršnog dužnika između ostalog može da sadrži: podatke o stvarima i pravima izvršnog dužnika koja mogu biti predmet izvršenja i to pokretne ili nepokretne stvari u svojini izvršnog dužnika, gotovinska novčana sredstva koje dužnik poseduje u trenutku davanja izjave, novčane depozite izvršnog dužnika, tekuće račune izvršnog dužnika, prava na hartije od vrednosti i prava i hartije od vrednosti, osnivačka prava u privrednim društvima, prosečne mesečne iznose zarade izvršnog dužnika u poslednjih šest meseci, potraživanja izvršnog dužnika prema trećim licima... i sl.

Sud može rešenjem naložiti izvršnom dužniku da u roku od 5 radnih dana preda i isprave o stvarima ili pravima koje su navedene u izjavi o imovini i izriče mu novčanu kaznu ako po tom nalogu ne postupi. Zakonodavac je posebno predvideo i sankcionisao situaciju ukoliko izvršni dužnik daje netačne podatke ili nepotpune podatke.

Zakon takođe predviđa i knjigu izvršnih dužnika i zbirku isprava. Sud vodi knjigu izvršnog dužnika i zbirku isprava koja sadrži evidenciju sa podacima o izvršnom dužniku, osnovu upisa, datumu upisa rešenja kojim je naložen upis u evidencioni broj i pod kojim se izjava čuva u zbirci isprava. U knjigu izvršnih dužnika upisuje se izvršni dužnik koji je predao izjavu o imovini sa popisom imovine, koji nije postupio po nalogu suda za predaju pismene izjave o imovini, koje predaje izjavu da ne poseduje imovinu, kao i koje saopštio netačne ili nepotpune podatke o svojoj imovini. Ovo je značajno zbog zaštite izvršnih poverilaca u narednim postupcima.

Zakon o izvršenju i obezbeđenju, kao i većina propisa iz ove materije u uporednom pravu, uglavnom obezbeđuje zaštitu izvršnih poverilaca, s obzirom da su oni jači u pravu, jer su svoje pravo utvrdili izvršnom ispravom. Ipak postoje određena

pravila koja govore o zaštiti izvršnog dužnika i njegove imovine. Načelo zaštite izvršnog dužnika, ostvaruje se prema izvršnom dužniku po članovima njegove porodice, i obezbeđuje se čitavim nizom odredaba koje govore o zaštiti dostojanstva ličnosti dužnika prilikom sprovođenja izvršenja, načina sprovođenja izvršenja, vremena sprovođenja izvršenja, te određenih izuzimanja i ograničenja u pogledu obima izvršenja. Tako na primer zakonodavac predviđa da se izvršenje sprovodi po pravilu, osim u izuzetno hitnim slučajevima, samo radnim danima i to u vremenski ograničenom periodu. Prilikom pretresa stana ili izvršnog dužnika mora se obezbediti dostojanstveno sprovođenje ovakvih vrsta izvršenja. Izvršni poverilac, sud niti izvršitelj ne mogu sprovoditi ne srazmerna izvršenja, tako da se na primer zbog duga od par stotina ili par hiljada dinara, ne može prodavati stan ili kuća izvršnog dužnika, osim ako mu je to jedina imovina. Dakle, postoje i određena ograničenja u pogledu obima izvršenja. Tako, na primer, zakon predviđa da se izuzimaju od izvršenja primanja po osnovu zakonskog izdržavanja, naknade štete nastale usled oštećenja zdravlja ili umanjenja, odnosno gubitka radne sposobnosti i zbog izgubljenog izdržavanja, usled smrti davaoca izdržavanja. Takođe izuzeta su od izvršenja primanja po osnovu naknade zbog telesnog oštećenja po propisima o invalidskom osiguranju primanja po osnovu socijalne pomoći, privremene nezaposlenosti, dodatak na decu, stipendije i pomoć učenicima i studentima i sl.

Ograničavanje izvršenja se između ostalog predviđa na izvršenjima po osnovu naknade štete u vidu novčane rente koja se dosuđuje na osnovu pravila obligacionog prava, ugovora o doživotnom izdržavanju, kao i na primanja po osnovu ugovora o osiguranju života, te se može sprovesti samo na delu koji prelazi iznos najviše stalne socijalne pomoći koja se isplaćuje na području na kome izvršni dužnik ima prebivalište.

Najveći broj predmeta iz porodičnih odnosa zapravo se realizuje u novcu (svi oblici izvršavanja). Ova izvršenja najčešće se sprovode na zaradi ili stalnim novčanim primanjima izvršnog dužnika. Rešenjem odnosno zaključkom o plenidbi zarade određuje se plenidba na određenom delu zarade i nalaže se državnom organu, pravnom licu ili drugom poslodavcu koji izvršnom dužniku isplaćuje zaradu da novčani iznos za koji je određeno izvršenje isplati, odnosno isplaćuje se izvršnom poveriocu. Kod zakonskog izdržavanja za decu ovo ograničenje može biti ne manje od 15 i ne više od 50%, kada je u pitanju visina izdržavanja, ali se može sprovoditi na 2/3 zarade, odnosno 1/2 minimalne zarade.⁸

Ukoliko bi izvršitelj sprovodio izvršenje, poslodavac uplaćuje iznos koji je određen za izvršenje na račun izvršitelja. Izvršitelj je dužan da u roku od jednog dana od dana uplate na račun prenese iznos određen za izvršenje na račun izvršnog poveri-

⁸ Zakonodavac je, pre svega iz praktičnih razloga, kod zakonskog izdržavanja dece odredio da se određivanje visine izdržavanja može utvrditi na dva načina: u procentualnom iznosu u odnosu na redovna primanja i u fiksnom mesečnom novčanom iznosu. Ostavljena je i mogućnost da se visina izdržavanja može menjati u smislu smanjenja ili povećanja. Detaljnije: Milan Počuča, *Izdržavanje maloletnog deteta od strane roditelja*, Pedagoška stvarnost, br. 1-2/2011, Novi Sad, 2011, str. 54–56. Vidi i član. 162. stav 1. i 2. Porodičnog zakona Republike Srbije.

оса. Ово, наравно, све под условом ukoliko судска пракса стане на становиште да се извршитељима могу поверавати ове врсте извршења.

Законодавац предвиђа да се решење или закључак о пенидби зараве односи и на повећање зараве која настане после достављања решења. Тако, на пример, ukoliko је судском одлуком утврђена обавеза даваоца издржавања на проценат од 40%, свако повећање зараве мора бити праћено од стране послодавца или другог лица које плаћа извршном дуžнику сталну месечну зараву или му обезбеђује приманја.

Законодавац је предвидео обавезу послодавца код кога извршни дуžник више није у радном односу да без одлагања обавести суд, односно извршитеља о престанку радног односа. У случају да му је познато код којег је послодавца сада извршни дуžник засновао радни однос дуžан је да о томе такође обавести суд.

Извршни поверилац може да предложи суду у извршном поступку, да решењем обавезе послодавца да му измири све износе које је пропустио да обустави и исплати према решењу, односно закључку о пенидби зараве. Послодавац који није поступио по решењу о пенидби зараве или је пропустио да поступи у складу са одредбама закона одговара за штету коју је извршни поверилац због тога претрпео.

Забрана која се ставља на зараву извршног дуžника по његовом пристанку (административна забрана), има правно дејство извршења да зарави ако је стављена пре доношења решења, односно закључка о извршењу. Изузетно од ове одредбе административна забрана нема uticaja на спровођење извршења које је одређено ради намirenja потраживања по основу законског издржавања, накнаде штете настале по основу оштећења здравља или уманjenja, односно губитка радне способности и због изгубљеног издржавања услед смрти даваоца издржавања. Законодавац се потрудио да избегне варијанту у којој би извршни дуžник путем „административних забрана-кредита“ оптеретио своју зараву и на тај начин индикретно спречио извршење на основу законског издржавања или nekog другог по закону предвиђеног приоритета у исплати.

У погледу спровођења извршења када су у питању начин и спровођење извршења, суд или извршитељ примењују опште одредбе о средствима извршења. Тако, на пример, ukoliko се ради о iseljenju насилника из породице по основу привремене мере о заштити због насилја у породици, техника спровођења извршења судске одлуке за iseljenje примењује се и код ове привремене мере. Суд ће без одлагања sprovesti извршење тако што ће извршног дуžника са његовим личним стварима iseliti из стана.

Уkoliko се ради о presudi којом је суд обавезао извршног дуžника да извршног повериоца врати у стан (зато што га је насилним путем iselio или му onemogućio коришћење стана), суд ће sprovesti извршење тако што ће обезбедити nesmetano коришћење, zameniti bravу и predati ključ од ново postavljene brave извршног повериоцу и извршном дуžнику или на neki други прикладан начин како је то предвиђено законом и uobičajenom судском praksom.

3. Prikaz odredaba glave IV Zakona o izvršenju i obezbeđenju

Ceneći izuzetan značaj i specifičnost izvršenja odluka iz porodičnih odnosa, zakonodavac je posebno glavom IV uredio ovu oblast. To su odredbe članova od 224 do 236 Zakona o izvršenju i obezbeđenju.

S obzirom na specifičnost izvršenja o predaji i oduzimanju deteta, sud je posebnom odredbom uredio mesnu nadležnost. Prema našim zakonskim propisima to je osnovni sud. Za odlučivanje o predlogu za izvršenje i sprovođenje izvršenja radi predaje deteta roditelju koji samostalno vrši roditeljsko pravo ili drugom licu odnosno ustanovi kojoj je dete povereno na čuvanje i vaspitanje zakon predviđa nadležnost suda koji je opšte mesno nadležan za izvršnog poverioca, kao i sud na čijem se području dete nalazi. “Dakle, propisana je elektivna mesna nadležnost.”⁹ U konkretnom slučaju zakonodavac odstupa od opšteg pravila da se sprovođenje izvršenja sprovodi tamo gde izvršni dužnik ima prebivalište, odnosno boravište, te je ostavio alternativnu varijantu mesne nadležnosti suda koji je opšte mesno nadležan za sprovođenje izvršenja, kao i suda gde se dete nalazi. Za ovo naravno postoje pre svega razlozi praktičnosti, jer je najjednostavnije sprovesti izvršenje na području suda gde se dete nalazi. Ovo pre svega radi ostvarivanja kontakta i pribavljanja raznih podataka sa Centrom za socijalni rad, školom, društvenim činiocima, kao što su (Dom zdravlja, dečiji dispanzer, sportski klub, stanica milicije, komšiluk i sl.). Sve je ovo neophodno u pojedinim slučajevima radi pribavljanja dodatnih podataka o uslovima u kojima dete živi, o okolnostima sredine u kojoj se dete nalazi, te procene rizika za način sprovođenja izvršenja. Sud je dužan da pribavi sve relevantne podatke koji su od značaja za donošenje odluke o načinu i vremenu sprovođenja izvršenja, pribavljanju stručne logistike (radnici centra za socijalni rad, zdravstvena zaštita deteta, podrška Ministarstva unutrašnjih poslova i sl.).

Zakon predviđa da se sprovođenje izvršenja oduzimanja deteta preduzima po službenoj dužnosti. Ovo znači da će sud po službenoj dužnosti pokrenuti postupak oduzimanja deteta uvek ukoliko proceni da su ugroženi život ili zdravlje deteta, da je došlo do težeg ugrožavanja integriteta deteta, njegovih psihofizičkih ili razvojnih potencijala, te da se dete nalazi u okruženju čiji boravak negativno utiče na njegov dalji psihofizički razvitak (narkomanska ili alkoholičarska sredina, porodica koja se bavi skitničanjem, prosjačenjem, prostitucijom, kriminalom i sl.).

Takođe, sud može sprovesti izvršenje oduzimanja deteta na zahtev stranke. To mogu biti roditelji ili drugi roditelj, najbliži srodnici, centar za socijalni rad. Roditelji mogu tražiti oduzimanje deteta ukoliko je dete uz ili bez njihove saglasnosti kod dede i babe ili drugih srodnika. Takođe ovo izvršenje može tražiti drugi roditelj kome je dete povereno na brigu, čuvanje i vaspitanje sudskom odlukom, a drugi

⁹ Aleksandar Radovanov, Gradanskoprocesno pravo, parnični, vanparnični i izvršni postupak, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta Privredna akademija Novi Sad, 2012, str. 539.

roditelj suprotno takvoj odluci drži dete. Ovakvom sprovođenju izvršenja pristupa se i u svim onim slučajevima kada je dete oduzeto ili ako je maloletno dete samovoljno promenilo sredinu (pobeglo od kuće).

Sud izuzetno može odlučiti da preduzimanje određenih izvršnih radnji poveri sudu koji nije nadležan za sprovođenje izvršenja. To su uglavnom radnje pribavljanja podataka o porodici, o srođnicima, o uslovima u kojim se dete nalazi, o stanju zdravlja deteta preko zdravstvene ustanove školskog dispanzera škole, vrtića ili sportske organizacije ili bilo koju drugu radnju koja može imati uticaja na donošenje odluke.

Zakon predviđa legitimaciju za podnošenje predloga.¹⁰ Dakle ograničen je krug lica koja mogu podneti predlog za izvršenje. To najpre mogu biti roditelji. Situacije su kao što smo napomenuli one u kojima se dete nalazi kod drugog roditelja uprkos sudskoj odluci o poveravanju deteta na čuvanje i vaspitanje drugom roditelju. Takođe roditelji mogu biti podnosioci predloga za izvršenje u slučaju da se dete nalazi kod dede i babe ili drugog srođnika. Roditelji mogu biti pokretači izvršnog postupka i u slučaju da se dete nalazi, na primer, u ustanovi, jer im je bila privremeno oduzeta poslovna sposobnost. Roditelj ili roditelji koji su bili privremeno lišeni roditeljskog prava, te dete smešteno u hraniteljsku ili srođničku porodicu, mogu tražiti predaju deteta nakon vraćanja roditeljskog prava. Zakon takođe predviđa da i druga lica ili ustanove kojima je dete povereno na čuvanje i vaspitanje mogu podneti predlog za predaju odnosno oduzimanje deteta. Tako, na primer, ukoliko je dete stavljeno u hraniteljsku porodicu, a dođe do njegovog nasilnog oduzimanja od strane roditelja, hranitelji mogu podneti predlog za sprovođenje izvršenja o predaji ili oduzimanju deteta. Takođe, ustanova za zbrinjavanje dece koja su ometena u razvoju ili koja imaju poremećaj u ponašanju, može biti podnosilac predloga za sprovođenje izvršenja ukoliko je dete neopravdano oduzeto ili je pak samovoljno otišlo kod roditelja, srođnika ili u neku drugu sredinu.

Organ starateljstva može podneti predlog za predaju ili oduzimanje deteta u svim slučajevima kada drugi subjekti roditelji ustanova i sl. nisu pokrenuli ovaj postupak. Centar za socijalni rad ima i ovlašćenja u vezi davanja stručnog mišljenja oko načina sprovođenja izvršenja, kao i oko toga kakva će sudbina deteta biti u daljem postupku. To praktično znači da je uloga organa starateljstva kao stručnog organa koji je u sastavu centra za socijalni rad izuzetno značajna.¹¹

Zakon predviđa i način sprovođenja izvršenja. Zakonodavac pravi jasnu razliku između predaje deteta i oduzimanja deteta. Predaja deteta je dakle „redovan i uobičajen postupak“ kada se nakon razvoda braka dete poverava na brigu, čuvanje i vaspitanje jednome od roditelja. Drugi roditelj naravno ima prava koja se odnose

¹⁰ O ovlašćenjima u izvršnom postupku videti detaljno kod: Šarkić Nebojša, Mladen Nikolić, Ovlašćenja u izvršnom postupku, Zbornik radova Zastupanje i punomoćstvo, IP „Glosarijum“, Beograd, 2007, str. 159–181.

¹¹ O položaju organa starateljstva u izvršnom postupku videti: Milan Počuča, Nebojša Šarkić: Porodično pravo i porodičnopravna zaštita, JP Službeni glasnik i Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2012, str. 345–349. Takođe, Nebojša Šarkić, Mladen Nikolić, Procesni položaj centara za socijalni rad, Zbornik radova, Zastupanje i punomoćstvo, IP „Glosarijum“ Beograd, 2007, str. 37–58.

na ostvarivanje ličnih kontakata sa detetom, donošenje odluke o njegovom vaspitanju i sl., ali ima, naravno, i obavezu plaćanja izdržavanja za dete. Roditelj kod koga se dete nalazi, ako nije obuhvaćen odlukom o poveravanju deteta, dužan je da roditelju kome je dete povereno na brigu, čuvanje i vaspitanje „preda dete“. U konkretnom slučaju predaja deteta podrazumeva mirno i kompromisno rešenje u kome su uređeni odnosi između supružnika, ali i između roditelja i dece. Roditelj kod koga se dete nalazi, može sačekati pravosnažnost presude o poveravanju deteta. Identična situacija se može desiti i ako dođe do promene odluke o poveravanju deteta.

Na osnovu odluke suda o vršenju roditeljskog prava može se odrediti i sprovesti izvršenje radi predaje deteta. Na ovo nema nikakvog uticaja činjenica da li je odlukom naložena predaja deteta.

Nedoumica nastaje u tome što je parnični sud odlučio da se dete poverava na brigu, čuvanje i vaspitanje jednom od roditelja. Ne postoji povreda načela formalnog legaliteta odnosno odstupanja od izvršne isprave kada sud u odluci o sprovođenju izvršenja stranci protiv koje se sprovodi izvršenje (roditelj kod koga je dete, a kome isto nije povereno na brigu, čuvanje i vaspitanje), nije izričito naložena predaja deteta. Ipak sud će rešenjem o izvršenju izdati ovakav nalog i odrediti rok za predaju deteta. To je iz razloga jer se dobrovoljno sprovođenje izvršenja moglo obaviti fактиčkom radnjom predaje deteta od strane roditelja kod koga se dete nalazi onome roditelju kome je dete povereno na brigu, čuvanje i vaspitanje. Dakle, da je taj roditelj predao dobrovoljno dete u paricionom roku, onda se ne bi sprovođilo izvršenje. Sprovođenje izvršenja davanjem naloga da se u određenom roku dete preda ne predstavlja odstupanje od izvršne isprave. Sud naravno može proceniti da se u nalogu za predaju deteta i naznači da se dete preda odmah, dakle, bez ikakvog vremenskog odlaganja. Odluku o tome da li će se dete predati u određenom vremenskom periodu ili odmah, izvršni sud će doneti ceneći različite okolnosti. To može biti okončanje školske godine, završetak započetog lečenja, proces postepenog prilagođavanja na drugog roditelja i slično. Ukoliko ovakvih razloga nema ili je sud procenio da bi zbog interesa deteta bilo bolje da se odmah pristupi sprovođenju izvršenja, sud će odlučiti da li će se pribeći izvršenju predaje deteta sa vremenskim odlaganjem ili će se isto sprovesti bez odlaganja – odmah.

Zakonodavac je ostavio i mogućnost da u zavisnosti od konkretnih okolnosti sud naloži predaju deteta licu na koje se odnosi izvršna isprava. Takođe, sud može doneti rešenje kojim se nalaže svakome licu da postupi po izvršnoj ispravi i da preda izvršnom poveriocu dete. Ova druga situacija može nastupiti ukoliko ne znamo tačno gde se dete nalazi ili kako bi se izbegle zloupotrebe da osoba A tvrdi da dete nije kod njega nego kod osobe B opet, pa osoba B da je kod osobe C i tako dalje. Dakle da bi se izbegle ovakve i slične situacije sud može doneti odluku kojom se nalaže određenom licu predaja deteta ili doneti odluku sa univerzalnim dejstvom da svaka osoba kod koje se dete nalazi je dužna da postupi po izvršnoj ispravi i da preda dete izvršnom poveriocu.

Jedan od najznačajnijih međunarodnih izvora porodičnog prava je i konvencija o pravima deteta. Konvencija o pravima deteta, između ostalog, utvrđuje da se prilikom donošenja odluka ili postupanja svim državnim organima nalaže da vode računa o najvišim standardima, te najvećim interesima deteta. Ova odredba iz Evropske konvencije o pravima deteta preneti je i u naša ustavna načela, kao i u osnovne odredbe porodičnog zakonodavstva. Tako je i kod nas kao opšte pravilo prihvaćeno da se uvek moraju najviši interesi iz standarda primenjivati prilikom zaštite interesa deteta. Ovakav međunarodni standard, te ustavno i zakonsko načelo, preneti su i u zakon o izvršenju i obezbeđenju. Zakonodavac predviđa da se i u postupku sprovođenja izvršenja sud mora truditi da posebno vodi računa o interesu deteta.

Ceneći šta je to najbolji interes deteta, zakon kao izuzetak predviđa, da se može zakazati i ročište. Ročište je, dakle, izuzetno predviđeno u ovoj vrsti izvršenja kao mogućnost, ne da bi se postupak dalje odugovlačio ili da bi se gubilo vreme, već da se pokuša razgovor sa roditeljima i postizanje kompromisa. Ukoliko sud proceni da su roditelji kooperativni ili da zaista žele dobro detetu, sud može da pokuša da postigne najpovoljnije rešenje, tako što će na ročištu obaviti dodatni razgovor sa roditeljima, predočiti im pravne posledice za njih, ali i za dete, te pokušati da postigne kompromis. To nekada podrazumeva dodatnu osposobljenost sudije da npr. uz sugerisanje češćeg viđanja sa detetom, roditelja, kome dete nije povereno na čuvanje, brigu i vaspitanje, umanjiti traumatu rastanka tog roditelja od deteta prilikom predaje deteta drugome roditelju na brigu, čuvanje i vaspitanje. Ukoliko se radi o drugim srodnicima sud može da ih poduči da oni takođe imaju pravo da ostvaruju lične kontakte sa detetom (deda i baba, stric ili tetka i sl.). Sve ove radnje naravno mogu biti isključivo sprovedene ukoliko su u interesu deteta i ukoliko im je svrha da se iznađe najbolje moguće rešenje. Pod najboljim mogućim rešenjem naravno podrazumevamo svako rešenje koje neće izazivati kod deteta traume usled nasilnog upada policije u stan, nasilnog odvođenja deteta od jednog roditelja ka drugome, nasilno izdvanje deteta iz sredine, napuštanje školskih drugova ili ambijentalne celine u kojoj je dete živelo bez da mu se predoči da će te kontakte i kasnije moći da ostvaruje i da nastavi druženje i sl. Sud može konsultovati ili zatražiti stručnu pomoć iz pojedinih službi koje se ovim pitanjima specijalizovano bave kao što su centri za socijalni rad, dečije zdravstvene ustanove, posebna psihijatrijska odeljenja za decu i omladinu, bračna savetovališta i sl.

Oduzimanje deteta je najkompleksnija i za sudije najneprijatnija aktivnost kojoj se može pribeći u izvršnom postupku. Svakako, da je oduzimanje deteta traumatična radnja koja može ostaviti na dete, ali i na druge članove porodice izuzetno negativne posledice. Ipak oduzimanje deteta je neminovnost i tako ga moramo tretirati.

U pravnoj teoriji 50-ih i 60-ih godina prošloga veka smatralo se da dete ne može biti objekat izvršenja. Pojedini autori su iznosili i pravna shvatanja da dete ne može biti „objekt izvršenja“, te da se nad njim ne može sprovoditi izvršenje.¹² To

¹²Vidi, Ž. Velja: Izvršenje odluka oduzimanjem deteta, Zbornik radova o izvršenju i obezbeđenju,

je i razlog zašto se u Zakonu o izvršnom postupku iz 1978. god nije ni predviđalo oduzimanje deteta kao posebno sredstvo izvršenja.

Zakonodavac i pravna teorija su smatrali da se ovakve vrste odluka tretiraju kao nezamenljive radnje koje može izvršiti samo dužnik, te je obezbeđivanje sprovođenja izvršenja bilo moguće ostvariti jedino novčanim kažnjavanjem izvršnog dužnika. Nažalost, kompleksnost porodičnih odnosa, te situacija u kojoj su se pojedina deca nalazila, pokazala je svu negativnost ovakvih mišljenja. Naime, pokazalo se da dete „nije objekt izvršenja“, već da je predmet izvršenja zaštita prava deteta i njegova egzistencija. Kada je zdravlje deteta ili njegova egzistencija u pitanju sud mora pribeći fizičkom oduzimanju deteta ma koliko ono bilo traumatično. Zakon iz 2000. god. kao i Zakon o izvršenju iz 2005. zbog toga razrađuju odredbe o izvršenju praveći razliku između predaje i oduzimanja deteta. Kod oduzimanja deteta predviđaju se posebne odredbe koje naznačavaju da ove radnje može sprovesti isključivo sudija (ne sudijski pomoćnici stručni saradnici ili sudski izvršitelji). Takođe, zakonodavac je predvideo da se obavezno mora pribaviti mišljenje centra za socijalni rad, te da stručni tim centra za socijalni rad mora biti prisutan u sprovođenju izvršenja.¹³

Pojedinim odlukama oduzimanja deteta pristupa se na bazi same izvršne isprave. Tako, na primer, ako je neki roditelj lišen roditeljskog prava onda je naravno sastavni deo te odluke i oduzimanje deteta od takvog roditelja. Nemoguće je očekivati da roditelj koji nije brinuo o interesima deteta, koji ga je grubo zanemarivao ili zlostavljao, sada iznenada pokaže punu kooperativnost i dobrovoljno preda dete. Kod ovakvih odluka po sili zakona pristupiće se i oduzimanju. Identična je situacija i kod nasilja u porodici, gde je recimo roditelj seksualno ili ozbiljnije fizički zlostavljao svoje ukućane, pa će se sasvim normalno od takvog roditelja oduzeti dete.

Ipak u pojedinim slučajevima izvršni sudija mora da odluči da li će pokušati predaju deteta kao „jednostavniji oblik sprovođenja izvršenja“ ili će se opredeliti za radikalniju varijantu oduzimanja deteta. Ovo naravno ne može biti stvar njegove sopstvene volje ili ličnog nahođenja. Ovo mora biti rezultat pažljivo odmerene i procenjene situacije i okolnosti u kojima se dete nalazi, te objektivnih okolnosti da li je prikladnije sprovođenje izvršenja predajom ili se mora pristupiti fizičkom oduzimanju deteta.

Uvek kada proceni na bazi okolnosti slučaja, da je to potrebno, sud će odrediti izvršenje oduzimanjem deteta. Sud može koristiti i alternativne varijante kao što su izricanje novčane kazne. Osim ovoga zakonodavac je predvideo i izricanje zatvora licu koje protiv naloga suda odbija da preda dete ili preuzima radnju u cilju otežavanja ili onemogućavanja sprovođenja izvršenja. To su slučajevi kada roditelji ili srodnici skrivaju dete, menjaju mesto boravka, prikrivaju adresu ili na drugi način otežavaju sprovođenje izvršenja.

Beograd 1978. godine.

¹³ Vidi: N. Šarkić, M. Nikolić, Komentar Zakona o izvršnom postupku, „Sl. Glasnik RS“, Beograd 2009, str. 65.

Sud novčanu kaznu izriče u skladu sa čl. 51 Zakona o izvršenju i obezbeđenju o čemu je prethodno bilo više reči. Takođe ovo izvršenje se sprovodi i prema pravilima čl. 219 Zakona o izvršenju i obezbeđenju koji predviđa radnje koje može izvršiti samo izvršni dužnik. Naime, zakon je tom odredbom predvideo da u pojedinim slučajevima sprovođenje izvršenja određenih radnji je uslovljeno radnjama samo izvršnog dužnika. Tada sud ili izvršitelj mogu naložiti izvršnom dužniku da sprovede izvršenje s obzirom da on jedini može faktički da sprovede tu odluku ili da bi se sprovođenje odluke na drugi način moglo obezbediti uz izuzetne napore ili trošak. Tada sud određuje izvršnom dužniku rok za ispunjenje obaveze, te da upozorava na odredbe koje su citirane u članu 51 o novčanom kažnjavanju. Po proteku roka ako izvršni dužnik nije ispunio obavezu sud po službenoj dužnosti sprovodi rešenje o izricanju novčane kazne. Izvršni dužnik koji ispuni svoju obavezu u roku koji mu je sud, odnosno izvršitelj, odredio dužan je da bez odlaganja o tome obavesti sud, odnosno izvršitelja, i priloži nesumnjive dokaze o tome.

Takođe kao alternativna varijanta predviđena je i mogućnost izricanja kazne zatvora u trajanju od najviše 60 dana. Kazna zatvora će se izvršiti shodno odredbama Zakona o izvršenju krivičnih sankcija. Protiv rešenja o izricanju zatvorske kazne dozvoljen je prigovor koji se dostavlja veću troje sudija istog suda koji odlučuje o prigovoru. Zakonodavac ovde pravi izuzetak, jer nije uobičajeno da se u jednom građanskom procesnom zakonu pogotovo ne izvršnom, predviđa izricanje zatvorskih kazni. Prema našem pravu zatvor može izreći sud u za to posebno predviđenom postupku (krivični ili prekršajni). Zatvorske kazne se čak ne izriču ni u privrednim prestupima protiv pravnih lica ili odgovornih lica u pravnom licu. Ovaj izuzetak je obrazložen činjenicom da se ne radi o takozvanom „dužničkom ropstvu“, koje je bilo veoma kritikovana odredba istorijski posmatrano, jer se lice koje nije imalo novčanih sredstava da plati dug slalo na izdržavanje zatvorske kazne. Ovde se radi o ometanju suda u sprovođenju izvršenja, te je pravni osnov zaštita deteta radi obezbeđivanja valjanog sprovođenja izvršenja. Ipak ova odredba je bila predmet brojnih stručnih rasprava i moramo reći nesaglasnosti. Neki smatraju da bi bilo logičnije da je odluka izvršnog suda poslužila kao osnov za kažnjavanje u krivičnom ili pak prekršajnom postupku i da bi se konzistentnost pravosudnih sistema tako bolje očuvala. Omogućavanje izvršnom sudiji da izriče zatvorske kazne, odstupa od klasičnog sistema podele stvarne nadležnosti između sudova, te funkcionalne nadležnosti u okviru istoga suda.

Zakonodavac je takođe predvideo da se sprovođenje izvršenja oduzimanjem deteta, izricanje novčanih kazni, te izricanje zatvorskih kazni, mogu primeniti i protiv lica kod koga se dete nalazi ili protiv lica od čije volje zavisi predaja deteta. Dakle, i ovde ne nastupa povreda načela formalnog legaliteta, jer se ne radi o odstupanju od sprovođenja izvršenja, već se radi o načinu sprovođenja izvršenja. Istini za volju, treba reći da nekada nastaje nedoumica, jer je na primer izvršnom ispravom-presudom parničnog suda utvrđeno da se roditelj AB lišava roditeljskog prava. U praksi dolazi do neudomica kako se onda može sprovesti izvršenje, izreći novčana kazna ili čak i

zatvorska kazna prema licu koje pak nije ni obuhvaćeno izvršnom ispravom. I ovde ćemo naravno kao i u drugim sličnim slučajevima pribeći načelu teorije proširene pravosnažnosti. Naime objekat zaštite je dete. Treba obezbediti da dete bude predato npr. roditelju A. Bez obzira da li se dete nalazi kod roditelja B, rođaka C ili u nekoj drugoj životnoj situaciji, dejstva sprovođenja izvršenja odnose se na sve one kod kojih se dete trenutno nalazi ili koji onemogućavaju sprovođenje izvršenja. Odatle zakonodavac i crpi pravo i prenosi ga na izvršnog sudiju da bi zaštitio dete, može posegnuti za rešenjem o dozvoli izvršenja, novčanim kažnjavanjem ili određivanjem zatvora i prema svim onim licima kod kojih se dete neopravdano nalazi, koji neopravdano neće da sprovedu izvršenje o predaji deteta ili kriju dete, onemogućavaju sprovođenje izvršenja ili otežavaju isti.

Član 51 i član 219 Zakona o izvršenju i obezbeđenju predviđaju mogućnost ponavljanja izrečenih kazni. Tako će sud u postupku oduzimanja deteta ponavljati novčano kažnjavanje sve dok izvršenje ne bude sprovedeno.

S obzirom na specifičnost odredaba o predaji i oduzimanju deteta, zakonodavac predviđa da ne postoji obaveza izvršnog poverioca da predloži sredstvo izvršenja. Dakle sud će polazeći od najboljih interesa deteta proceniti šta je najbolje za interes deteta i obezbediti sprovođenje izvršenja. Ipak zakonodavac koristi termin „ne mora“, što podrazumeva da izvršni poverilac može predložiti način sprovođenja izvršenja. Takođe zakonodavac je ostavio mogućnost da sud ne pristupi odmah predloženom radikalnijem načinu sprovođenju izvršenja ukoliko proceni da se i „blažim oblicima“ može obezbediti sprovođenje izvršenja. Takođe, sud može zaključiti da je predlog za sprovođenje izvršenja blažim oblicima neprikladan, te da se mora zbog zaštite integriteta i ličnosti deteta pristupiti odmah radikalnijim merama oduzimanja.

Sve ovo ukazuje da je zakonodavac, svestan činjenice i odgovornosti suda, u postupku sprovođenja izvršenja ostavio nekoliko mogućih varijanti. Dakle sud neće negativno reagovati na podneti predlog za sprovođenje izvršenja, ukoliko nije predloženo sredstvo izvršenja i sud neće obustaviti takvo izvršenje, već će ga sprovođiti na predloženi ili neki drugi način. Drugo, sud nije vezan predloženim načinom sprovođenja izvršenja, već polazeći od sopstvene odgovornosti, ovlašćenja, ali i sopstvene procene, odlučiće za koji će se od mogućih oblika sprovođenja izvršenja opredeliti.

U zaštiti interesa deteta svi subjekti, a naročito državni organi, imaju izuzetno kreativnu i aktivnu ulogu. Ovde se ta aktivna uloga i kreativnost suda ogleda u brižljivom prikupljanju podataka o okolnostima u kojima dete živi, te brižljivo profesionalno odabiranje najprikladnijeg sredstva izvršenja koje će omogućiti da se što je moguće brže, ali nadasve zakonito i po dete netraumatično, obezbedi sprovođenje izvršenja.

Kada se opredeli za neko od sredstava izvršenja iz glave IV Zakona o izvršenju i obezbeđenju, sud će rešenje o izvršenju dostaviti nadležnom organu starateljstva. Organ starateljstva je dužan da odredi lice koje će ispred organa starateljstva uče-

stvovati u postupku. Ovo lice mora biti stručnjak iz oblasti socijalne zaštite, eventualno psihologije, koji će pomagati sudu i uzeti aktivno učešće u postupku sprovođenja izvršenja.

Sud takođe može proceniti da je u pojedinim slučajevima neophodno učešće i drugih stručnih lica. To može biti psiholog škole u kojoj dete ide u školu ili sa kojim je dete imalo neke kontakte. To takođe može biti psiholog porodičnog savetovišta ili druge specijalizovane ustanove za posredovanje u porodičnim odnosima. Njihovo učešće takođe može biti fakultativno u zavisnosti od konkretnih okolnosti. Npr. da li je dete imalo već neke kontakte sa ovim stručnim licima ili su oni možda već tretirali problem porodice (posredovanje pri razvodu braka, konstatacija nasilja u porodici, pokušaj mirenja u bračnom sporu i sl.).

Sud će u zavisnosti od konkretnih okolnosti tražiti i obezbediti aktivno učestvovanje u postupku izvršenja i ovih lica.

Potpuno je nejasno zašto je zakonodavac naveo da se rešenje o izvršenju dostavlja najkasnije 10 dana pre dana sprovođenja izvršenja. Rok od 10 dana je potpuno atipičan u procesnim zakonima, ali i u praksi može ovako postavljen samo stvarati teškoće. Iz iskustva znamo da se u pojedinim slučajevima mora delovati veoma brzo, te ostavljanje roka od 10 dana najčešće nije prikladno. Ukoliko je dete životno ugroženo ili su okolnosti slučaja takve, ostavljanje roka od 10 dana čini se potpuno neprimereno.

Kada za to postoje uslovi i vremenski proctor, sud će ostaviti određeni vremenski period psihologu da preduzme aktivnosti i da dostavi mišljenje o najpodobnijem sredstvu izvršenja. Ovakva situacija je moguća kada ne postoji fizička ugroženost deteta, te kada su okolnosti relativno uravnotežene. U takvim slučajevima psiholog je dužan da obavesti sud o onome šta je preduzeo, te da sugeriše sudu koje će se od predviđenih sredstava izvršenja preduzeti, odnosno koje bi bilo najmanje traumatično za ličnost deteta. To su donošenje odluke oduzimanja deteta, novčano kažnjavanje ili zatvorske kazne.

Zakonodavac predviđa obavezu prisustva psihologa u toku celokupnog postupka. Sprovođenje izvršenja oduzimanjem deteta podrazumeva pripremnu radnju, dolazak na lice mesta, fizičko odvođenje deteta, te dovođenje deteta u novu sredinu. Svaka od ovih faza moraju biti brižljivo isplanirane i realizovane. Po logici stvari kad god je to moguće najbolje je da psiholog sa nekim od lica u koga dete ima poverenje ode u stan ili kuću gde dete živi. Detetu se mora predočiti da će ono sada promeniti sredinu. U zavisnosti od mogućnosti deteta da shvati okolnost događaja moraju mu se predočiti dobre strane ovakvog rešenja, te da je ono usmereno ka njegovom boljem životu, zdravlju ili vaspitanju. Dete sa sobom po pravilu treba da ponese one stvari za koje je posebno vezano (igračke, odevne predmete, knjige ili muziku koju voli), što će uticati na lakše odvajanje iz prethodne sredine i lakše emotivno uključivanje u novu sredinu. Psiholog je dužan da u toku čitavog postupka daje podršku detetu, roditeljima ili drugim licima koja učestvuju u postupku (srodnici, hranitelj ili lica kod kojih je dete privremeno boravilo ili gde treba da bude odvedeno).

Nažalost, zakonodavac ne daje nikakve dodatne smernice oko toga šta će se desiti ukoliko centar za socijalni rad ne pruži odgovarajuću podršku ili ukoliko na području gde se sprovodi izvršenje nema odgovarajućeg profila stručnjaka psihologa za ovakvu vrstu izvršenja. Takođe, zakonodavac ne ostavlja nikakvu mogućnost za vanredne okolnosti kada sve ove radnje ili nisu moguće ili nisu podesne. Dugotrajno pripremanje nije imanentno ovakvoj vrsti sprovođenja izvršenja, te je zakonodavac barem nekom rečenicom mogao da ostavi mogućnost da se od ovako strogog utvrđenih i naravno kvalitetnih mera sprovođenja izvršenja može odustati u zavisnosti od okolnosti slučaja. Nama se čini da je obaveza zakonodavca da proceni sve moguće potencijalno nastale slučajeve, te da se ne može krutim propisivanjem, na primer, roka od 10 dana ili obavezom psihologa da dostavi sudu predlog o preduzetim aktivnostima, ograničavati sprovođenje izvršenja. Život je svakako komplikovaniji od svakog propisa, te je obaveza zakonodavca da te životne okolnosti ne ulepšava, već da ih realno sagledava.

Član 231 Zakona o izvršenju i obezbeđenju govori o načinu sprovođenja izvršenja u postupcima u vezi sa porodičnim odnosima, ali posebno dela koji se odnose na predaju, te oduzimanje deteta. Zakonodavac je predvideo da je obaveza suda da o vremenu i mestu preduzimanja izvršnih radnji radi oduzimanja deteta sud obavesti izvršnog poverioca. Ovo je situacija koja se razlikuje od one koja će biti uređena u odredbi čl. 232 kojom se uređuje sprovođenje izvršenja u slučajevima ugroženosti deteta. U postupku takozvanog „redovnog oduzimanja ili predaje deteta“, sud je dužan da obavesti izvršnog poverioca o vremenu i mestu preduzimanja izvršnih radnji. Zakon je posebno predvideo da će način obaveštavanja izvršnog poverioca biti prema pravilima o ličnom dostavljanju, što znači da se dostava mora izvršiti lično sa zakonom predviđenim izuzecima. U ulozi izvršnog poverioca mogu se naći: drugi roditelj, srodnici kojima je dete povereno na brigu, čuvanje i vaspitanje, hranitelj kod koga dete treba da se vrati u porodicu, staralac koji brine o detetu, usvojlac deteta, ustanova za zbrinjavanje dece sa poremećajima u ponašanju, zdravstvenoj ustanovi u kojoj se dete trajnije leči, ustanovi za zbrinjavanje dece bez roditeljskog staranja ili organu starateljstva. Svoјstvo izvršnog poverioca mogu imati sva nabrojana lica, ukoliko su ona određena izvršnom ispravom.

Može se desiti da izvršnom ispravom nije direktno naznačeno lice kome se dete ima predati, pa će sud proceniti kome će dati status izvršnog poverioca u konkretnom slučaju. To može biti situacija kada je parnični sud po tužbi jednog roditelja doneo odluku o lišavanju roditeljskog prava drugog roditelja. Iako će presuda parničnog suda koja predstavlja izvršnu ispravu u svojoj izreci samo utvrđivati odnos da se osoba AB lišava roditeljskog prava, to neće ometati izvršnog sudiju da status izvršnog poverica da drugome roditelju ili uvek organu starateljstva. Ako je pak po tužbi organa starateljstva doneta odluka da se oba roditelja lišavaju roditeljskog prava, onda će izvršni sud status izvršnog poverioca svakako dati organu starateljstva koji će preuzeti dalju brigu o detetu, te doneti odluku o njegovom eventualnom smeštaju u drugu porodicu, davanju na usvojenje ili pak smeštaju u neku od ustanova za zbrinjavanje dece bez roditeljskog staranja.

Zakon takođe predviđa da se dete oduzima od lica kod koga se dete nalazi. Ova definicija je veoma široko postavljena, te se praktično ima tumačiti kao obaveza izvršnog suda da dete oduzme od svakog lica kod koga se ono nalazi, bez obzira na sadržinu izvršne isprave. Tako, na primer, ukoliko je izvršnom ispravom jedan ili oba roditelja lišen roditeljskog prava, sud će sprovesti izvršenje i u situaciji kada se dete nalazi kod dede i babe, kod drugih srodnika, u komšiluku, kod kumova ili naprosto u nekoj drugoj porodičnoj ili životnoj sredini, a ne u onoj gde bi trebalo da bude (kod roditelja koji nije lišen roditeljskog prava ili pak u ustanovi za zbrinjavanje dece bez roditeljskog staranja).

Zakonodavac posebno predviđa da se sprovođenje ovih izvršnih radnji može odvijati isključivo pod nadzorom sudije. Sudski izvršitelj, stručni saradnici, sudijski pomoćnici ili druga službena lica suda, ne mogu zameniti sudiju. Zbog delikatnosti i težine predmeta zakonodavac nalaže da ove radnje sprovodi upravo sudija.

Sprovođenje izvršenja u postupku oduzimanja dece obavlja se u saradnji sa specijalizovanim i stručnim službama koje moraju pomoći sudu u proceni načina sprovođenja izvršenja, vremenu sprovođenja izvršenja, tehnicima sprovođenja izvršenja, eventualnom odlaganju ili pravljenju određenih pauza u toku sprovođenja izvršenja radi psihološke podrške, verbalnih kontakata, medicinske podrške, intervencija Ministarstva unutrašnjih poslova i sl.

Shodno odredbi čl. 230 koji detaljno razrađuje pitanje dostavljanja rešenja o sprovođenju izvršenja organu starateljstva, sud sprovodi izvršenje u saradnji sa psihologom organa starateljstva, školskim psihologom, psihologom porodičnog savetovaništa ili druge specijalizovane ustanove za posredovanje u porodičnim odnosima. Sasvim je razumljivo da sud neće uvek angažovati sve nabrojane strukture. Ipak dobro je što je zakonodavac ostavio alternativne varijante, s obzirom da se u pojedinim situacijama može desiti da na primer organ starateljstva nema psihologa ili da psiholog organa starateljstva iz objektivnih ili subjektivnih razloga ne može dati podršku prilikom sprovođenja izvršenja. Mogućnost angažovanja školskog psihologa, psihologa u predškolskoj ustanovi ili psihologa ustanove koja se bavi porodičnim odnosima, ostavlja mogućnost da se prevaziđu vanredne situacije u kojima možemo da se zateknemo. No sasvim je jasno da je zakonodavac na ovaj način želeo da istakne neophodnost podrške psihologa prilikom sprovođenja izvršenja. To je sasvim razumljivo s obzirom na delikatnost sprovođenja izvršenja, mogućnost traumatičnog odvajanja deteta iz sredine u kojoj je trenutno, te podrške detetu da na najbezbolniji način prihvati razdvajanje od lica sa kojima je živelo i sredinom u kojoj je boravilo, te da prihvati prelazak u novu životnu sredinu.

Zakonodavac je ostavio mogućnost da sud po potrebi angažuje i Ministarstvo unutrašnjih poslova. Ministarstvo unutrašnjih poslova po pravilu, ne može i ne bi trebalo da učestvuje direktno u sprovođenju postupka oduzimanja deteta. Analizom brojnih predmeta iz ove oblasti, i na bazi dugogodišnjeg iskustva u sprovođenju izvršenja, možemo reći da bi i prisustvo Ministarstva unutrašnjih poslova u postupku sprovođenja izvršenja trebalo svesti na minimum. Policija dodatno može unositi

nervozu u inače napetu situaciju postupka sprovođenja izvršenja. To je i razlog zašto je mnogo bolje ukoliko se angažovanje Ministarstva unutrašnjih poslova precizno isplanira tako što će se najpre izvršiti procena potencijalnog rizika. Ona podrazumeva procenu da li će lice od koga se dete oduzima ili neko iz njegove porodice ili okoline praviti problem i pružati otpor prilikom sprovođenja izvršenja. Ukoliko takav rizik postoji, jer je prethodno, npr. pružan otpor, onda je zadatak Ministarstva unutrašnjih poslova da pre neposrednog sprovođenja izvršenja takvo lice privede, odnosno da ga udalji sa mesta gde se dete nalazi i gde će se sprovoditi izvršenje. Po mogućstvu tu radnju treba izvesti tako da dete ne primeti ili ne bude prisutno prilikom fizičkog odvođenja roditelja ili drugog srodnika od strane Ministarstva unutrašnjih poslova. Samo izuzetno policija treba da reaguje u toku sprovođenja izvršenja, i to u onim drastičnim slučajevima ukoliko bi neko želeo da naudi detetu, da povredi ili ugrozi život ili zdravlje nekog od službenih lica koja učestvuju u sprovođenju izvršenja.

Zakon predviđa da je policija dužna da prema licu koje otežava, odnosno sprečava izvršenje preduzima mere prinude u skladu sa zakonom. Ove mere prinude mogu da se obave pre započinjanja sprovođenja izvršenja ili u toku samog sprovođenja izvršenja. Takođe ove mere prinude mogu da se odnose i na druge srodnike ili lica koja otežavaju sprovođenje izvršenja. To podrazumeva zaključavanje vrata, fizičko preprečavanje puta službenim licima da oduzmu dete, verbalno vređanje, omalovažavanje ili na bilo koji drugi način stvaranje uslova u kojima se izvršenje ne može sprovesti ili se može sprovesti otežano.

Zakon predviđa obavezu policije da u slučajevima da je došlo do sprečavanja ili ometanja sprovođenja izvršenja, te reagovanja policije u smislu preduzimanja mera prinude, o tome obavesti javnog tužioca. Obaveza policije da obavesti tužioca o događanjima tokom sprovođenja izvršenja je još jedna u nizu mera koje zakonodavac predviđa kako bi „uozebiljio“ postupak sprovođenja izvršenja. Sasvim je logično za očekivati da će nadležni javni tužilac preduzeti odgovarajuće mere krivičnog gonjenja protiv svih onih lica koja ometaju ili sprečavaju sprovođenje izvršenja. Dakle predočavanje krivično pravnih posledica svakome onome ko sprečava ili ometa sprovođenje izvršenja u ovoj oblasti nije dakle samo puka proklamacija, već zakonom predviđena obaveza policije da izvesti javnog tužioca o uočenim radnjama u toku sprovođenja izvršenja.

Član 232 Zakona o izvršenju i obezbeđenju uređuje sprovođenje izvršenja u slučaju ugroženosti deteta. Odredba je predviđena kao izuzetak upravo za one najdrastičnije situacije. Te situacije uglavnom možemo predvideti u dva osnovna pravca. Prva situacija je kada je iz same izvršne isprave jasno da se radi o izuzetno hitnom postupku sprovođenja izvršenja, jer je dete ugroženo. To može da bude privremena mera suda kojom se dete oduzima od nasilnika roditelja ili obaveza udaljavanja roditelja nasilnika iz stana ili bilo koja druga odluka suda koja podrazumeva sprovođenje izvršenja bez odlaganja. Druga situacija može da nastupi kada izvršni sud ima izvršnu ispravu, ali na bazi određenih okolnosti, informacija koje je dobio ili opštepoznatih činjenica, proceni da je ugrožen život i zdravlje ili psihofizički razvoj deteta.

I u prvoj i u drugoj situaciji, zakonodavac predviđa drugačiju proceduru sprovođenja izvršenja o oduzimanju deteta. Sve mora biti u funkciji zaštite deteta, te se i procedura mora u potpunosti prilagoditi efikasnom sprovođenju izvršenja ovakvih odluka. Naime, rešenje o izvršenju se izvršnom dužniku predaje prilikom preduzimanja prve izvršne radnje. To praktično znači da sudija neće koristiti mehanizme koje može da koristi u slučajevima kada proceni da nema egzistencijalne ugroženosti deteta. To su slučajevi mogućeg zakazivanja ročišta, novčanog kažnjavanja, izricanje zatvorskih kazni i sl. U konkretnom slučaju kada se radi o ugroženosti deteta sud će rešenje o izvršenju predati izvršnom dužniku odmah prilikom započinjanja prvih radnji, a to je najčešće i sam čin sprovođenja izvršenja.

Ako izvršni dužnik nije prisutan oduzimanju deteta, rešenje o izvršenju se može dostaviti naknadno. Uručivanje rešenja o oduzimanju deteta izvršnom dužniku ni na koji način ne sprečava da započnemo i po potrebi i sprovedemo postupak sprovođenja oduzimanja deteta.

Identična situacija je iako se dete oduzima od ma kog lica o čemu je napred bilo reči. Ako se dete nalazi kod dede i babe, drugih srodnika, kumova, hranitelja ili lica koja naprosto neće da postupe po izvršnoj ispravi, rešenje o sprovođenju izvršenja će im se uručiti prilikom započinjanja sprovođenja izvršenja. Ukoliko roditelj, srodnik ili drugo lice kod koga se dete nalazi nije prisutan to neće sprečiti sud u sprovođenju izvršenja. Ovo iz razloga jer bi se na taj način moglo ometati sprovođenje izvršenja tako što bi roditelj ili srodnik kod koga se dete nalazi naprosto napustio lice mesta, te osigurao faktičko odlaganje sprovođenja izvršenja.

Ponovo moramo naglasiti da se radi o izuzetku i o životnim situacijama kada je za sud jedino važno da se dete, njegov život, zdravlje i psihofizički razvoj sačuva. U takvim situacijama dozvoljena su ograničena odstupanja od zakonom predviđene procedure. Zakon posebno predviđa situacije kada se predaja ima izvršiti prema izvršnom poveriocu koji živi u stranoj državi. Na bazi analize sudske prakse možemo reći da smo sa ovim predmetima, kojih istini za volju nije bilo mnogo, objektivno imali mnogo poteškoća. Oni su po prirodi stvari veoma kompleksni, te su uvek izazivali probleme prilikom realizovanja. Ako je izvršnom ispravom naložena predaja radi povratka u stranu državu iz razloga zato što je dete nezakonito odvedeno ili zadržano (građanskopravna otmica deteta ili je predaja naložena zbog ponovnog uspostavljanja odnosa staranja ili viđanja roditelja sa detetom u stranoj državi, izvršenje će se sprovesti prema opštim pravilima o oduzimanju i predaji deteta).

Specifičnost je takođe što će kod sprovođenja izvršenja predaje deteta radi povratka u stranu državu, sud postupati tako što će rešenje o dozvoli izvršenja izvršnom dužniku predati prilikom preduzimanja prve izvršne radnje, a odsustvo lica kod koga se dete nalazi ili od koga se dete ima oduzeti ne sprečava sprovođenje izvršenja.

Zakon predviđa da se u ovim slučajevima postupak izvršenja ima posebno hitno sprovoditi. Zakonodavac je i ovom formulacijom želeo da posebno istakne svoju opredeljenost za međunarodnu pravnu pomoć i saradnju. „Otmica deteta“, ili

promena životne sredine deteta, moraju biti najoštrije sankcionisani. Ne može se tolerisati nasilno odvođenje dece u drugu državu, te je stav našeg zakonodavca da će u ovakvim slučajevima reagovati kao u slučajevima kada je ugroženo zdravlje deteta.

Zakon predviđa mogućnost da u ograničenom roku od 60 dana dođe do ponavljanja izvršenja po istoj izvršnoj ispravi. Naime na predlog izvršnog poverioca sud ponovo može sprovesti izvršenje ukoliko dođe do ponovljene situacije. To podrazumeva da se dete ponovno oduzme od lica kod koga je trebalo da bude po izvršnoj ispravi i po sprovođenju izvršenja. Ukoliko se dete zatekne kod lica kod koga ne bi trebalo da bude prema izvršnoj ispravi, u roku od 60 dana, sprovede se izvršenje po osnovu iste izvršne isprave, odnosno po istom rešenju o sprovođenju izvršenja. Na ovaj način zakonodavac želi da zaštiti izvršnog poverioca da ponovo mora da vodi postupak, ali i da jasno stavi izvršnom dužniku da se nasilno menjanje izvršne isprave, te povraćaj u raniju nedozvoljenu situaciju, neće tolerisati. Rok od 60 dana je dovoljan da se ostvari kontakt između deteta i lica kod koga ono treba da bude, te da se u tom periodu obezbedi nesmetan život deteta. Ako bi u ostavljenom roku neko pokušao da ponovo promeni situaciju sud će reagovati na osnovu istog predloga za dozvolu izvršenja.

Čini se da je ovaj rok mogao biti i duži, jer je procedura kojom bi izvršni poverilac ponovo morao da traži predaju deteta dosta komplikovana, a duži vremenski period bi potpuno odvratio izvršnog dužnika ili druge srodnike da pokušaju da uspostave pređašnje stanje.

Jedno od takođe specifičnih izvršenja iz porodičnih odnosa je i uređivanje načina viđanja roditelja i njihove dece ili promena načina viđanja roditelja i njihove dece. Ovde mogu doći u obzir i odluke o omogućavanju održavanja ličnih kontakata između deteta i drugih srodnika (npr. dede i babe ukoliko roditelji nisu živi, nalaze se na dugotrajnom lečenju ili izdržavanju zatvorske kazne), pa je sud utvrdio pravo srodnika da ostvaruju lične kontakte sa detetom. Dakle, sve odluke u kojima se govori o održavanju ličnih roditelja sa detetom mogu se sprovoditi prema odredbama Zakona o izvršenju i obezbeđenju. Ovde je takođe rezervisana sudska nadležnost kao isključiva.

Zakon je predvideo da se na ovu vrstu sporova shodno primenjuju odredbe čl. 229 do 232 Zakona o izvršenju i obezbeđenju. Tu su pre svega odredbe o tome da izvršni poverilac ne mora da naznači sredstvo izvršenja ili ako je sredstvo izvršenja određeno sud nije vezan predlogom stranaka, već u zavisnosti od okolnosti događaja može birati na koji će način najcelishodnije sprovesti izvršenje. Takođe to su odredbe o obaveznom dostavljanju rešenja organu starateljstva, te uključivanje stručnih radnika organa starateljstva, školskog psihologa, porodičnog savetovališta ili drugih specijalizovanih ustanova za posredovanje u porodičnim odnosima. Ovo iz razloga kako bi se pripremio plan neophodnih aktivnosti i za prikupljanje podataka koji su značajni za sprovođenje izvršenja. Takođe, stručno lice može predložiti sudu dodatne konsultacije sa roditeljem koji npr. drugom roditelju ne omogućava

održavanje ličnih kontakata ili druge radnje koje bi bile efikasne. Samo izuzetno sud će sprovoditi odluke o uređivanju načina viđanja dece sa roditeljima ili drugim srodnicima-prinudnim putem. Tu se primenjuju odredbe čl. 231 i izuzetno 232 u pogledu dostavljanja rešenja o oduzimanju deteta izvršnom poveriocu, te izvršnom dužniku. Naime, zakonodavac predviđa da će se po pravilu ostvarivanje ličnih kontakata obavljati uz saglasnost izvršnog poverioca (roditelja ili srodnika koji treba da viđa dete) i izvršnog dužnika (roditelja ili srodnika, hranitelja, ustanove i sl. kod koga se dete nalazi).

Sud će sve učiniti da se ovi kontakti obavljaju dobrovoljno u koliko-toliko harmoničnoj situaciji. U slučaju nekooperativnosti izvršnog dužnika sud može koristiti sredstva kao što su održavanja ročišta, novčano kažnjavanje ili zaprećivanje, a potom i izricanje zatvorske kazne. Ipak, zakon je predvideo i izuzetnu mogućnost da se ostvarivanje ličnih kontakata obezbeđuje prinudnim putem.

To bi u praksi značilo obavezno aktivno učešće sudije, učešće psihologa (školskog psihologa, psihologa predškolske ustanove, psihologa centra za socijalni rad ili psihologa neke specijalizovane ustanove za porodična savetovaništa). Takođe zakon ostavlja mogućnost da se izuzetno angažuje i Ministarstvo unutrašnjih poslova.

Sasvim je sigurno da je ideal svakog ko se bavi porodično pravnom zaštitom da se ovakve situacije izbegavaju, ali po našem mišljenju, opravdano, zakonodavac ostavlja mogućnost i za izuzetne slučajeve kako bi i one bile regulisane i kako bi se i po njima moglo postupati.

Umesto zaključka

Odredbom čl. 235 Zakonodavac uređuje izvršenje radi zaštite od nasilja u porodici, zaštite prava deteta, te drugih odluka u vezi sa porodičnim odnosima. Ovako široka formulacija naslova čl. 235, ukazuje na intenciju zakonodavca da potencijalno brojnim sporovima iz ove oblasti da odgovarajuću zaštitu. To dalje znači da će se sve odredbe Zakona o izvršenju i obezbeđenju, a posebno odredbe glave IV ovoga Zakona primenjivati u svim onim slučajevima kada je to neophodno. Na taj način zakonodavac ostavlja široke mogućnosti i kreativnost izvršnom sudiji da u postupku sprovođenja izvršenja odluka iz ovako delikatnih sprova primenjuje sve one odredbe koje su prikladne za izvršenje u porodičnopravnoj zaštiti. Ti sporovi mogu da budu sporovi nasilja u porodici i da se u izvršnom postupku takve odluke obezbeđuju sprovođenjem izvršenja: iseljenjem nasilnika iz stana, zabranom ostvarivanja kontakta, zabranom viđanja i slično. To su takođe i odredbe o delimičnom ili potpunom lišavanju roditelja roditeljskog prava ili oduzimanju deteta od roditelja, srodnika ili drugih lica.

Kao što smo rekli, zakon je predvideo da se ove odredbe primenjuju i na specifične odluke u pogledu uređivanja načina viđanja deteta.

Ono što je svakako zajedničko, svim ovim odredbama to je: da sud mora da postupa hitno; da je naglašeno postupanje po službenoj dužnosti, da postoji prividno odstupanje od načela formalnog legaliteta, da sud mora da postupa sa posebnom oprežnošću; da sud u toku čitavog postupka mora da vodi računa o najvišim interesima deteta, te da primenjuje najveće pravne standarde; da u najvećem broju predmeta aktivnu ulogu mora imati sudija; da su ovi predmeti u isključivoj nadležnosti suda; da sud nije vezan podnetim predlogom za način sprovođenja izvršenja; da sud može konsultovati i pojedina stručna lica za sprovođenje izvršenja, a da u pojedinim slučajevima mora konsultovati pojedina stručna lica za sprovođenje izvršenja; da može tražiti pomoć Ministarstva unutrašnjih poslova-policije, da obavezno mora uključiti u postupak i obavestiti o sprovođenju izvršenja organ starateljstva.

Summary

Enforcement is most often the last, but also the most significant stage in the procedure of protection of certain rights; it also represents the realization of a goal set when submitting a request for the protection of a subjective right. In their paper, the authors present the provisions of the Serbian Law on Enforcement and Security in family law disputes, with special emphasis on the handing over of a child and on child custody deprivation. They also analyze the role of parents, an enforcement judge, centres for social work and other participants in the enforcement procedure conducted in family law disputes.

Keywords: *an enforcement judge, child custody deprivation, family law, an enforcement official, a guardianship authority*

Literatura

- Milutinović Ljubica: Izvršenje odluka iz oblasti porodičnog prava, Zbornik radova, Izvršavanje odluka, Glosarijum, Beograd, 2008.
- Počuča Milan: Izdržavanje maloletnog deteta od strane rotitelja, Pedagoška stvarnost, br. 1-2/2011, Novi Sad, 2011.
- Počuča Milan, Nebojša Šarkić: Porodično pravo i porodičnopravna zaštita, JP Službeni glasnik“ i Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2012.
- Radovanov Aleksandar: Građanskoprocesno pravo, parnični, vanparnični i izvršni postupak, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta Privredna akademija Novi Sad, 2012.
- Šarkić Nebojša, Mladen Nikolić: Procesni položaj centara za socijalni rad, Zbornik radova, Zastupanje i punomoćstvo, I P „Glosarijum“ Beograd, 2007.

- Šarkiћ Neboјša, Mladen Nikolić, Ovlašćenja u izvršnom postupku, Zbornik radova Zastupanje i punomoćstvo, IP „Glosariјum“, Beograd, 2007.
- Šarkiћ Neboјša, Mladen Nikolić: Izvršenje sudskih odluka u sporovima iz porodičnih odnosa, Zbornik radova, Sistem porodičnopravne zaštite u Srbiji, Glosariјum, Beograd, 2009.
- Šarkiћ Neboјša, Mladen Nikolić: Poslovi izvršitelja, Zbornik radova Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva, Savez udruženja pravnika Srbije i Republike Srpske, Budva, 2012.
- Šarkiћ Neboјša: Izvršenje sudskih odluka u sporovima iz porodičnih odnosa, Godišnjak Instituta za sociјalnu politiku, Beograd, avgust 1989.
- Šarkiћ N., Nikolić M.: Komentar Zakona o izvršenom postupku „Sl. glasnik RS“, Beograd 2009.
- Šarkiћ Neboјša, Mladen Nikolić, Nataša Sekujlić: Priručnik za primјenu zakona o izvršenju i obezbjeđenju, Uprava za kadrove Crne Gore, Vrhovni sud Crne Gore, Centar za edukaciju nosilaca pravosudne funkcije, Podgorica, 2011.
- Triva S., V. Belajec., M. Dika: Sudsko izvršno pravo, opći dio, Informator, Zagreb, 1984.
- Velja Ž.: Izvršenje odluka oduzimanjem deteta, Zbornik radova o izvršenju i obezbjeđenju, Beograd, 1978.

JAVNOBELEŽNIČKA KOMORA

Dr Milena Trgovčević Prokić*

1. Uvod

1.1. Napomene o zakonu. Zakon o javnim beležnicima Srbije¹ donet je maja 2011. godine u okviru paketa reformskih propisa iz oblasti pravosuđa. Prihvaćen je model latinskog beležništva (tzv. slobodni notari), koji preovladava u savremenim pravnim sistemima evropskih zemalja. Javnobeležnička delatnost je isključivo i stalno zanimanje beležnika. Funkcija beležnika podrazumeva javno poverenje, njegovu nespristrasnost i nezavisnost. Javni beležnik obavlja delatnost kao isključivo i stalno zanimanje.

Javno poverenje obuhvata zaštitu interesa stranaka, pa je zakonom propisana građanska odgovornost javnih beležnika za povredu službenih dužnosti i on odgovara za štetu koju prouzrokuje stranci u okviru vršenja službe. **Beležnik** odgovara i za naknadu štete solidarno, ako su je prouzrokovali njegov pomoćnik, zamenik ili druge zaposlene osobe u njegovoj kancelariji. Javni beležnik odgovara za svoje profesionalne obaveze i propuste, kao i za nepoznavanje profesionalnih obaveza, a o težini prestupa odlučuju disciplinski organi i krivični sud.

Iz istih razloga, radi zaštite stranaka i opšteg poverenja u službu, predviđena je dužnost javnog beležnika da se pre početka rada osigura od odgovornosti za štetu koju bi obavljanjem svoje službene dužnosti mogao naneti strankama i trećim licima. Ako javni beležnik počini štetu trećim licima namerno ili iz grube nepažnje, osiguratelj ima pravo regresa prema javnom beležniku. Pre donošenja novog seta zakona koji predviđaju uvođenje novih instituta, beležnika i izvršitelja u srpskom pravnom sistemu profesionalna pravna zaštita koju su pružali advokati nije bila regulisana na valjan način, jer nije postojala obaveza osiguranja delatnosti od poslovnih propusta

*Dr Milena Trgovčević Prokić, sudija Prvog osnovnog suda u Beogradu, predsednik vanparničnog odeljenja i sudske prakse.

¹ Zakon o javnom beležništvu „Službeni glasnik R. Srbije“ broj 31/2011, u daljem tekstu: ZJB Srbije.

usled nesavesnog i neažurnog rada. Institut javnog beležnika i izvršitelja doprineo je i obaveznom osiguranju i advokata, koje je predviđeno novim zakonom².

U cilju zaštite stranaka predviđena je obaveza čuvanja tajnosti podataka koje je javni beležnik saznao tokom obavljanja delatnosti. Dužnost čuvanja tajne obavezna je i za zaposlene u javnobeležničkoj kancelariji. **Javni beležnik je ovlašćen da odbije preduzimanje službene radnje ako postoji razlog za njegovo izuzeće ili druge okolnosti koje dovode u sumnju njegovo učešće. On je dužan da uskrati službenu radnju koja je nespojiva sa njegovom službenom delatnošću, posebno kada se njegovo učešće zahteva radi postizanja očigledno nedopuštenog i nepoštenog cilja, kao i da je njegova radnja prema zakonu nedopuštena, ili ako sumnja da je stranka preduzima prividno da bi izbegla zakonske obaveze ili protivpravno oštetila treće lice.**

1.2. Delatnost javnog beležnika čine već ustaljena ovlašćenja iz uporedno-pravnih rešenja, koja predstavljaju njegovu neotuđivu delatnost. To su: sastavljanje i izdavanje isprava o pravnim poslovima, overe, potvrde i poslovi depozita. Takođe je predviđeno i njegovo postupanje po nalogu suda. Zakon nije naveo koje sve radnje u postupku i postupke može sud da poveri javnom beležniku, samo je izričito zabranio njegovo postupanje u izvršnom i parničnom postupku kada je određena nadležnost suda.

Zakonom o javnom beležništvu Srbije³ taksativno su nabrojani postupci iz Zakona o vanparničnom postupku u kojima ne bi mogao da postupa javni beležnik, a odnose se na statusne i imovinske stvari, jer su redaktori ovog zakona odredili poslove u kojima javni beležnik može postupati, polazeći od načina zaštite i rasterećenja sudova koje se postiže beležništvom, te su opreza radi nabrojani poslovi koje on ne bi mogao obavljati. Ova zabrana predstavlja ograničenje u poveravanju postupaka i određuje nadležnost beležnika.

Pravni poslovi porodičnog i naslednopravnog karaktera uživaju posebnu važnost i kao takvi dobili su i posebnu pravnu zaštitu, koja se ispoljava u imperativnoj formi zapisa. Drugi kriterijum se odnosi na pravne poslove za koje je predviđeno poštovanje autentične forme i za koje je predviđen poseban postupak obrade isprava, nakon čega ovi pravni poslovi dobijaju javnu formu. Javni beležnik je preuzeo postupke sastavljanja isprave i potvrđivanja sadržine isprave i njenog overavanja, pa su ugovori koje sud sastavlja, potvrđuje i overava prešli u njegovu nadležnost. Osim

² Član 318. Zakon o izvršenju i obezbeđenju „**Službeni glasnik R. Srbije**“ broj 31/2011 u daljem tekstu : **ZIO Srbije**. Predviđa da je izvršitelj „dužan da zaključi ugovor o osiguranju za štetu koju bi pričinio trećem licu obavljanjem delatnosti.“ Član 37. Zakona o advokaturi u daljem tekstu: **ZA Srbije** „**Službeni glasnik R. Srbije**“ broj 31/2011. u daljem tekstu: **ZA Srbije**.

³ Član 98. stav 2. tačka 1–6. ZJB Srbije predviđa poslove koje sud ne može poveriti javnom beležniku: „proглаšenje nestalog lica za umrlo; zadržavanje u zdravstvenoj organizaciji koja obavlja delatnost u oblasti neuropsihijatrije; lišenje i vraćanje poslovne sposobnosti; lišenje, vraćanje i produženje roditeljskog prava; određivanje naknade za ekspropisanu nepokretnost; vođenje knjiga i drugih registara.“

toga, predviđeni su pojedini imenovani ugovori (ugovori o ustupanju i raspodeli imovine za života, ugovori o doživotnom izdržavanju; obećanje poklona i ugovori o poklonu za slučaj smrti). Imajući u vidu da je cilj beležničke službe sprečavanje sporova, zakonodavac je predvideo da se pred beležnikom mogu sačiniti poravnanja, pa otuda i proizlazi forma zapisa za sporazume porodičnog karaktera.

Predviđena je obavezna forma javnobeležničkog zapisa za: ugovore o imovinskim odnosima supružnika; ugovore o imovinskim odnosima između vanbračnih partnera; sporazume o deobi zajedničke imovine između supružnika ili vanbračnih partnera; sporazume o zakonskom izdržavanju, ugovore o raspolaganju nepokretnostima lica koja su poslovno nesposobna; ugovore o ustupanju i raspodeli imovine za života; ugovore o doživotnom izdržavanju; i ugovore o poklonu za slučaj smrti.

Latinski sistem beležništva daje široku autonomiju strankama, jer one mogu da izaberu formu javnobeležničkog zapisa i za pravne poslove kada ona zakonom nije izričito predviđena. Fakultativni izbor javnobeležničkog akta-zapisa koji je ostavljen strankama doprinosi pravnoj sigurnosti u pravnom saobraćaju i predstavlja „korisni domen“ autentičnosti javnobeležničkog zapisa. Stranke često zaključuju ugovore u formi javnobeležničke isprave i kada ova forma nije imperativno predviđena, a zbog pravne sigurnosti.

Zakon Srbije određuje formu zapisa na tri načina, kao imperativnu, fakultativnu i konkurentnu. U prvom slučaju, imperativna forma zapisa određuje se za određene pravne poslove, i pritom se ostavlja prostora i mogućnosti da se ova forma odredi drugim zakonima. U drugom slučaju ne zahteva se imperativnost ove forme, ali se taksativno nabrajaju pravni poslovi i izjave koje mogu imati ovu formu, određujući je kao fakultativnu i konkurentnu. To su: ugovori o raspolaganju nepokretnostima; ugovori o raspolaganju pokretnim stvarima ili pravima; izjave i raspolaganje imovinom radi osnivanja zadužbine, odnosno fonda, za života ili za slučaj smrti osnivača zadužbine, odnosno fonda; zapis o poništaju izgubljenih, uništenih ili oštećenih isprava; zaveštanje (testament); izjava kojom se određeno lice lišava nasleđstva; izjava da se poklon dat budućem nasledniku neće uračunavati u njegov nasledni deo, u skladu sa zakonom; izjava o priznanju očinstva ili materinstva.

U zakonima o beležništvu bivših članica SFRJ predviđena je obavezna forma zapisa za određene pravne poslove i ostavljeno je prostora da se ona odredi i drugim zakonima. Zakonodavac Srbije je na isti način opredelio imperativnu formu zapisa, s tim što je odredio i njegovu konkurentnu formu za pojedine pravne poslove za koje je predviđena nadležnost suda i drugih organa, tako da je odredio i konkurentnu nadležnost javnog beležnika. Primer za ovaj slučaj bilo bi zaveštanje: nepotrebno bi bilo izostaviti i druge forme zaveštanja (sudsko, svojeručno, pred svedocima i druga), da bi postojala samo forma javnobeležničkog zaveštanja. Ni kod izjava porodičnog karaktera nije potrebno ukinuti već predviđenu nadležnost upravnih organa (matičara, centra za socijalni rad) i suda, jer je nadležnost javnog beležnika predviđena zbog sprečavanja postupaka pred sudom i lakše, brže i dostupnije zaštite stranaka. Takve su, na primer, izjava o priznanju očinstva i izjava

o saglasnosti priznavanja očitstva, a za koje je predviđena konkurentna nadležnost suda i upravnih organa.

Zakon Srbije taksativno nabroja vrste overe privatnih isprava. To su overa potpisa, prepisa, prevoda i odluke organa upravljanja. Zakon propisuje i vrste potvrda koje je javni beležnik ovlašćen da izda. To su: potvrda da je određeno lice u životu, da je određena isprava podneta na uvid, o saopštenju izjava, o meničnom protestu.

Zakon predviđa da preuzimanje isprava, novca i hartija od vrednosti na čuvanje i uručenje spadaju u samostalan delokrug poslova javnog beležnika; on ove poslove može da obavlja i po nalogu suda, ali je zadržana i konkurentna nadležnost suda. Ovlašćenje javnog beležnika kod depozita je privatnopravnog karaktera, jer čuvanje isprava ima za svrhu da obezbedi efikasnije i sigurnije ostvarivanje prava (imovinskog i neimovinskog). Privatnopravno ovlašćenje proizlazi iz javnog poverenja koje garantuje sigurnost čuvanja isprava, novca i drugog. Preuzimanje predmeta depozita može biti obavezno i fakultativno. Obavezno preuzimanje predmeta depozita će postojati kada javni beležnik sastavlja javnobeležničku ispravu i u vezi s tim treba da predmet preda određenom licu ili organu.

1.3. Organizacija beležništva. Postupak imenovanja i razrešenja prepušten je ministarstvu i komori. Predviđeni su kumulativni uslovi za imenovanje u javne beležnike. Ministar donosi odluku o razrešenju i protiv nje se može voditi upravni spor. Zakonom su propisani uslovi za javnobeležničke pripravnike, pomoćnike, postupak za njihov izbor i poslovi koje mogu da obavljaju.

Javni beležnici obavljaju delatnost preko kancelarije, a broj javnobeležničkih mesta određuje ministar. Javni beležnik je dužan da obavlja službu u svom sedištu. Javni beležnik obavlja službu u radnom vremenu koje propisuje ministarstvo. On može obavljati službu i van radnog vremena uz odobrenje ministarstva. Zakon uređuje dužnosti na upotrebu službenog jezika i pisma, pečata, štambilja. U njegove dužnosti spada: osiguranje od odgovornosti, uredno vođenje knjiga, evidencije, čuvanje spisa, obavezno članstvo u komori. Zakonom je propisan postupak sa arhivom beležnika.

Propisano je udruživanje javnih beležnika u komoru. Javnobeležnička komora je profesionalno udruženje beležnika i ima svojstva pravnog lica s ovlašćenjima koja su određena zakonom i statutom. Ona se stara o primeni prava i časnom i poštenom obavljanju dužnosti javnih beležnika, ali izriče i mere koje su predviđene za očuvanje ugleda i dostojanstva njenih članova. Propisano je da će se komora osnovati nakon imenovanja prvih sto beležnika. Javnobeležnička komora je profesionalno udruženje javnih beležnika i ima svojstvo pravnog lica koje određuje zakon i statut. Predviđeno je obavezno članstvo za sve javne beležnike upisane u imenik komore. Usvojeno načelo obaveznosti članstva u komoru isključuje oslobađanje od članstva u komoru. Članstvo prestaje u slučaju smrti javnog beležnika ili njegovim proglašenjem za umrlog i razrešenjem.⁴ Srbija, kao i pojedina zakonodavstva, predviđa članstvo u ko-

⁴ Član 118. ZJB Srbije.

moru i javnobeležničkim pomoćnicima i pripravnicima beležnika⁵.

2. Organi komore

Zakonom o javnim beležnicima Srbije određena je nadležnost, sastav i prava i dužnosti organa komore. Predviđeni su organi komore: kolektivni organ upravljanja – skupština, izvršni organ upravljanja skupštine – izvršni odbor i nadzorni organ – nadzorni odbor, inokosni poslovodni i izvršni organ – predsednik. U uporednom pravu nema većeg odstupa koja se odnose na organe komore.⁶

2.1. Skupština komore

Skupština je najviši organ upravljanja komorom, a njene nadležnosti su određene zakonom a detaljnije će biti uređene statutom. Ona se sastoji od svih članova komore, a njena ovlašćenja i nadležnost su: da donosi statut i druga opšta akta, bira članove izvršnog i nadzornog odbora, predsednika komore i članove organa komore, usvaja godišnji račun i izveštaj o radu komore, odlučuje o visini upisnine i članarine i načinu njenog plaćanja. Ona bira i razrešava članove izvršnog i nadzornog odbora i predsednika komore, koji odlučuje o svim pitanjima iz nadležnosti komore, ako statutom nadležnost nije prenet na druge organe. Ona bira disciplinsku komisiju i disciplinskog tužioca.

U domaćem pravu predviđeno je da se skupština sastaje jedanput godišnje.⁷ Međutim, ima i drugih rešenja u uporednom pravu, na primer, Makedonija predviđa saziv skupštine dvaput godišnje.⁸ U našem pravu kvorum za rad skupštine postojaće kada na sednici skupštine prisustvuje najmanje jedna polovina članova,⁹ a validne odluke se donose većinom glasova prisutnih članova. Vanredna sednica saziva se na osnovu odluke izvršnog odbora ili na pismeni zahtev najmanje jedne desetine članova.

⁵ Član 133. ZJB Srbije, član 24. stav 2. Osnova zakonodavstva Ruske Federacije o notarijatu od 11. februara 1993. U daljem tekstu : OZN Ruske federacije

⁶ Član 123. ZJB Srbije, 132. tačka 4. Zakona o javnim bilježnicima Hrvatske, Narodne novine, 78/93, 29/94, 16/07, u daljem tekstu: ZJB Hrvatske.

⁷ Član 133. ZJB Hrvatske, član 70. Zakon o notarijatu velikog Vojvodstva Luksemburga od 9. decembra 1976. U daljem tekstu: ZJB Luksemburga.

⁸ Član 96. ZN Makedonije. Na sednici skupštine potrebno prisustvo najmanje polovine članova.

⁹ Član 123. ZJB Srbije. U uporednom pravu različita su rešenja kada je u pitanju kvorum skupštine, na primer, u Bugarskoj (član 56. ZJB) zahteva se prisustvo najmanje polovine članova, a punovažne odluke donose se ako je glasalo 2/3 članova komore. Međutim, u nedostatku kvoruma skupština se odlaže za jedan čas, ukoliko se i tad ne održi, onda se odlaže za tri časa a ukoliko nema većine, sednica se održava i tada se rešava putem kvalifikovane većine.

2.2. Izvršni odbor

Izvršni odbor je izvršni organ skupštine. Odbor ima određeni broj članova, a njegova ovlašćenja su: da utvrđuje nacрте statuta i drugih opštih akata komore, priprema sednice skupštine komore, izvršava odluke skupštine komore, odobrava odsustvo beležnicima, vodi imenik javnih beležnika, njihovih pripravnika, pomoćnika, zamenika i vršioca dužnosti. Sastavlja nacrt godišnjeg računa komore, brine se o poslovanju komore i o naplati članarina i drugih prihoda komore. Podnosi predstavke, mišljenja i predloge ministarstvu radi izmene zakona i podzakonskih akata koji se odnose na promenu tarife, organizaciju beležništva i drugo. U domaćem pravu on ima nadležnost prvostepenog organa u disciplinskom postupku. Odlučuje i o drugim pitanjima koja su zakonom ili statutom stavljeni u nadležnost, kao i svim pitanjima koji nisu izričito stavljeni u nadležnost nekog drugog organa komore. Kvorum za rad izvršnog odbora komore postoji kada na sednici prisustvuje najmanje polovina članova, a validne odluke se donose većinom prisutnih članova.¹⁰ Izvršni odbor komore može da ovlasti predsednika komore da u hitnim slučajevima vrši određene poslove iz njegove nadležnosti, u tom slučaju je dužan da za preduzetu radnju izvesti odbor i zatraži odobrenje za preduzete radnje. Slično rešenje ima Hrvatska.¹¹ Izvršni odbor komore se bira na određen broj godina, a na ovim sastancima se odlučuje o regulisanju poslova beležničke službe. U uporednom pravu izvršni odbor nije uvek obligatorno predviđen, već je to fakultativno ostavljeno komori, kao na primer u Federaciji BiH. Smatramo da je prihvatljivije rešenje koje obavezuje skupštinu da imenuje lica ovlašćena za zastupanje i predstavljanje, nego da donosi odluke većinom glasova svojih članova. U pojedinim pravima zbog malobrojnosti članova, objedinjene su funkcije predsednika skupštine i predsednika izvršnog odbora radi veće operativnosti. Naš zakonodavac je način rada i odlučivanja izvršnog odbora prepustio poslovniku koji donosi skupština komore.

2.3. Nadzorni odbor

On vrši nadzor nad zakonitošću rada komore i finansijskim poslovanjem upravnog odbora i predsednika komore¹²

2.4. Predsednik javnobeležničke komore

Predsednik komore predstavlja komoru, on vodi sastanke i skupštinu, a u slučaju njegove sprečenosti da ispuni svoju obavezu, predsednika zamenjuje za-

¹⁰ Član 99. Zakon o notarima Republike Makedonije, Službeni glasnik, 55/07, 86/08, u daljem tekstu: ZN Makedonije,

¹¹ Član 134. ZJB Hrvatske.

¹² Član 125. ZJB Srbije.

menik. On se stara da komora posluje u skladu sa zakonom. U pojedinim pravima, prilikom donošenja odluka u slučaju jednakog broja glasova članova, njegov glas je odlučujući.¹³ On može i samostalno da rešava jednostavne stvari o kojima obaveštava skupštinu i izvršni odbor.¹⁴ U Hrvatskoj je predviđeno da je predsednik komore i predsednik izvršnog odbora.¹⁵ On je dužan da jedanput godišnje sazove skupštinu javnih beležnika. On rešava konflikte između javnih beležnika ili između javnih beležnika i njihovih stranaka, iznosi svoje mišljenje u slučaju spora.¹⁶

U uporednom pravu nadležnost komore je regulisana prema teritorijalnoj nadležnosti sudova. Teritorijalnim principom se obezbeđuje potpuna saradnja između suda i javnobeležničke komore.

3. Zadaci i ovlašćenja komore

Javnobeležnička komora predstavlja svoje članove, stara se o njima zalažući se za unapređenje službe, a ujedno vršeci nadzor nad radom javnih beležnika i otuda proizilaze njena ovlašćenja i zadaci: ona je predstavnik svojih članova, brine se o njihovom obrazovanju, imenovanju beležnika, zakonitosti u radu, ima kontrolnu i javnu funkciju.

3.1. Predstavnik svojih članova

Javnobeležnička komora je i staleški predstavnik svojih članova. Ona objedinjuje beležnike pružajući im zaštitu, starajući se o njihovim interesima. Obavljajući ozbiljno ove svoje zadatke, komora doprinosi uvažavanju javnobeležničke profesije. U domaćem pravu, osnivanje Javnobeležničke komore¹⁷ predviđeno je nakon imenovanja prvih sto javnih beležnika. Donošenje statuta komore predviđeno je nakon njenog osnivanja, te će se urediti i ostala pitanja iz delokruga rada organa komore i načina izbora organa, donošenje akata, vođenje evidencije, izdavanje časopisa, a što sve spada u njena javna ovlašćenja. Urediće se i pitanje načina njenog finansiranja i osiguranja od odgovornosti njenih članova odnosno javnih beležnika.

¹³ Član 77. ZN. V.V. Luksemburg.

¹⁴ Član 63. Zakon o javnim beležnicima, broj 61 od 7. oktobra 1991, s Uredbom broj 13/1991. u daljem tekstu: ZJB Mađarske.

¹⁵ Član 45. stav 1. ZJB Hrvatske.

¹⁶ Član 100, član 45. stav 1. ZN Makedonije.

¹⁷ Prava u regionu predvidela su osnivanje komore na različite načine, na primer, Slovenije (član 127) Hrvatske (član 173. stav 1), i Makedonije (član 134), da će komore biti osnovane kada počne da radi najmanje 50 javnih beležnika, dok je Zakonom o notarima, Službeni glasnik Republike Srpske, 86/04, 2/05, 74/05, 76/05, 91/06, 37/07 i 50/10 u daljem tekstu: ZN R.Srpske (član 130) predvidela da će se notarska komora konstituisati nakon tri meseca od dana završenog imenovanja prvih javnih beležnika, ovo rešenje ima Zakon o notarima Federacije BiH, Službene novine, 45/02, u daljem tekstu: ZN FBiH (član 133).

3.2. *Obrazovanje članstva*

U nadležnost komore spada i obrazovanje njenih članova. Javnobeležnička komora je dužna da organizuje pripremu kandidata za javne beležnike u cilju da bi obezbedila njihovo kompetentno usmeravanje za javnobeležničku profesiju. Ona se brine o usavršavanju, kako samih javnih beležnika tako i kandidata za javne beležnike, odnosno pripravnike.¹⁸ Ona obezbeđuje sredstva za usavršavanje beležnika, kandidata, a i priprema i organizuje polaganje javnobeležničkog ispita.

U pojedinim državama (npr. Španiji i Hrvatskoj), priprema kandidata za profesiju javnih beležnika prepuštena je javnobeležničkoj akademiji, ali uz saradnju komore.

3.3. *Imenovanje beležnika*

Javnobeležničke komore učestvuju u izboru u zvanje javnog beležnika. Zadatak komore je da vodi računa o profesionalnoj stručnosti svojih članova, ali i spremnosti kandidata za profesiju-zanimanje beležnika, tako da ona predlaže kandidate prilikom izbora u zvanje javnog beležnika Isto tako, ona daje svoje mišljenje prilikom razrešenja javnog beležnika. Može se zaključiti da komora ima značajno mesto u odnosu na druge pravosudne – nadležne organe u pogledu rešenja koja se odnose na javnobeležničke poslove. Zbog toga, javni beležnik ne može biti imenovan u ovo zvanje bez saglasnosti i mišljenja komore, a isto tako ne može biti razrešen dužnosti javnog beležnika bez davanja mišljenja komore. U našem pravu, kao i u većini prava iz regiona, izuzetak predstavlja prvi izbor u zvanje beležnika koji je stavljen u nadležnost ministarstvu pravde.

3.4. *Zakonitost u radu*

Donošenjem opštih akata one uređuju određene odnose koji su od značaja i interesa za komoru, njene članove i profesiju. Komora na osnovu pojedinačnih akata odlučuje o pravima i obavezama subjekata u pravu. Materijalni i formalni propisi obavezuju komore, tako da njihovi opšti akti moraju biti u skladu sa zakonom, pa je u njihovom radu izraženo načelo zakonitosti. Beležnici ostvaruju svoja prava pred komorom i imaju pravo na žalbu protiv odluka komore, kao i vođenje upravnog postupka.

3.5. *Kontrolna funkcija*

Komora ima kontrolnu funkciju nad radom javnih beležnika, a ona se ogleda u službenom nadzoru njenih članova. Ona se brine o ispunjenju obaveza svojih članova i razvoju i kvalitetu profesije. U vršenju nadzora nad radom, ugledom, čašću svojih

¹⁸ Član 66. stav 3. Savezna uredba o notarima Nemačke od 24. februara 1961. u daljem tekstu: SZON.

članova, komora se brine za savesno i lojalno obavljanje profesije beležnika. Ona se stara da beležnici u skladu sa zakonom, savesno i odgovorno obavljaju svoju službu i da čuvaju čast svoje profesije. Komora može tražiti od svojih članova informacije o obavljanju poslova. Javni beležnici su dužni da obaveštavaju komoru i daju podatke o svom poslovanju. Komora je dužna da vrši interne kontrole nad radom beležnika koje imaju za cilj da otklone uočene nepravilnosti u radu beležnika i uputi ih na pravilno postupanje, a na ovaj način se izbegava arbitrarnost i unapređuje služba. Unutar kontrole nad radom beležnika komora obavlja redovni i vanredni nadzor. U savremenim pravima uobičajeno je da se redovni nadzor obavlja jedanput godišnje. Vanredni nadzor nad radom beležnika komora obavlja na osnovu predstavki i žalbi klijenata ili trećih lica, koja ukazuju na nedostatke u poslovanju pojedinih beležnika. Komora uvek vrši neposredni nadzor nad beležnicima, dok ministarstvo nadležno za pravosuđe vrši posredni nadzor nad beležnicima. To je u slučaju kada se stranke obrate sa predstavkom ili žalbom protiv nepravilnog poslovanja beležnika. U tom slučaju ministarstvo je dužno da pregleda poslovanje beležnika preko svojih organa ili uputi zahtev komori. U okviru svoje kontrolne funkcije komora izriče disciplinske mere, prinudno naplaćuje kazne.

3.5.1. Izricanje disciplinskih mera. Komora takođe odlučuje o žalbama strana-ka – građana koje su nezadovoljne neodgovornim obavljanjem službe određenog javnog beležnika. Ona svojim članovima izriče disciplinske mere pri neispunjavanju njihovih profesionalnih obaveza, ona može izreći meru opomene, ukora, novčane kazne.¹⁹ Komori je ostavljena mogućnost da predlaže pred sudom i teže disciplinske kazne za učinjenu težu povredu u obavljanju dužnosti javnog beležnika ili da predloži razrešenje. Ove nadležnosti komore značajno rasterećuju pravosuđe

3.5.2. Naplaćivanje kazni. U nadležnost komore spada i prinudno naplaćivanje novčanih kazni. Javnobeležnička komora u toku vršenja svojih ovlašćenja može da zahteva od javnih beležnika i njihovih pripravnika da se lično pojave pred nadležnim organom komore i da daju neophodna obaveštenja koja se odnose na obavljanje službe. Radi izvršenja ove obaveze, ličnog pojavljivanja pred organima komore i davanje obaveštenja, može da odredi javnim beležnicima i njihovim pripravicima novčanu kaznu, ukoliko ne pristupe u komoru. Kazna se plaća u korist same komore, a ona se prinudno naplaćuje kao izostali iznosi doprinosa.

3.6. Javne funkcije komore

Komora daje obaveštenja o javnobeležničkoj profesiji o značaju poslova svojih članova, ali ima i visoku unutrašnju legitimaciju. Ona se stara o lojalnosti i integritetu beležnika prema klijentima, državi i svojim kolegama.²⁰ Iz navedenih

¹⁹ „Zakon svake države određuje disciplinski code koji se primjenjuje na notare koji moraju biti pod stalnim nadzorom vlasti i komore. Stoga notari moraju obavljati dužnost u dobroj vjeri i cjelovito prema onima koji zahtijevaju njihove usluge, prema državi i svojim kolegama.” „Osnova načela latinskog notarskog sustava,” *Javni bilježnik*, Zagreb, br. 22/2000, str.11.

²⁰ 1.2.1. Evropski kodeks.

ovlašćenja proizilaze i javne funkcije komore. Rad komore je javan. Ona je dužna da obaveštava javnost o svim pitanjima iz svoje nadležnosti neposrednim informisanjem i upoznavanjem svojih članova o svome radu, kao i javnost-građane putem sredstava informisanja i drugim sredstvima obaveštavanja. Po pravilu, za javnost rada komore odgovoran je predsednik komore, a iz razloga što on predstavlja i zastupa komoru. Javnost se obezbeđuje i preko javnih sednica njenih organa i izdavanjem stručnih časopisa.

Zakonodavac nalaže komorama da obaveštavaju ministarstvo nadležno za pravosuđe o postupku koji se pokreće protiv članova komore pred nadležnim organima komore, kao i o određenim činjenicama i podacima. Osim toga, ministarstvo nadležno za pravosuđe obavezno je da kontroliše poslovanje javnobeležničke komore i ako utvrdi nepravilnost u radu komore, ovlašćeno je da raspusti odbor komore i smeni predsednika komore.

Javnost rada komore može se isključiti ili ograničiti u određenim slučajevima, ako bi izazvala štetne posledice za javne beležnike ili zbog objektivnih nemogućnosti. Opštim aktom se određuje koji poslovi predstavljaju tajnu i koji poslovi javnih beležnika potpadaju pod ovaj režim, odnosno kada javni beležnik može da uskrati svedočenje u sudskom postupku, kao i kada može da bude oslobođen čuvanja tajne.

U poslove javnih ovlašćenja komore spadaju: vođenje evidencije, donošenje odluka u formi pojedinačnih akata, izricanje disciplinski mera prema svojim članovima, vođenje upravnog postupka. Nadzor nad profesionalnim i stručnim obavljanjem delatnosti njenih članova spada u javnopravne funkcije komore.

Može se zaključiti da je komora “budni posmatrač” i “čuvar” svojih članova, jer njen osnovni zadatak je da zaštiti interes svog staleža, znači njihov ugled, čast, dostojanstvo profesije, ali i da pazi na ispunjenje obaveza svojih članova.

4. Nadzor nad radom javnobeležničke komore

Rad beležnika kontroliše država. Javni beležnici su nosioci suverenosti koja proizilazi iz državopravne suverenosti, i povereno im je vršenje određenih poslova javnopravnog karaktera i zbog toga je službeni nadzor nad njihovim radom neophodan. Nadzor nad zakonitošću obavljanja delatnosti javnog beležnika i poslovanja vrši ministarstvo nadležno za obavljanje pravosuđa. Prema zakonskom rešenju Srbije, ministarstvo vrši kontrolu nad radom Javnobeležničke komore. U domaćem pravu²¹ je predviđen upavni nadzor nad imaočima javnih ovlašćenja u vršenju poverenih poslova državne uprave i otuda proizilazi kontrolna funkcija ministarstva nad radom Javnobeležničke komore. Ovo je “unutrašnji nadzor”, jer spada u oblike unutrašnjeg upravnog nadzora nad nedržavnom javnom upravom.²² Ministarstvo vrši nadzor nad

²¹ Član 45-50. Zakona o državnoj upravi, „Službeni glasnik R. Srbije”, broj 101/2007. U daljem tekstu : ZDU Srbije.

²² Tomić, Z., *Opšte upravno pravo*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011, str.155.

zakonitošću i efikasnošću poslovanja komore. Nakon obavljenog nadzora ono je dužno da ukaže na eventualne nedostatke i način kako da ih komora ispravi.

Ovlašćenje ministarstva nadležnog za pravosuđe ogleda se i u nadzoru zakonitosti rada svakog beležnika. Prilikom nadzora javni beležnik je dužan da omogući pristup prostorijama i beležničkim ispravama. Nakon sprovedenog nadzora komisija je dužna da dostavi zapisnik beležniku i komori. Na kraju poslovne godine, komora dostavlja izveštaj o svojoj delatnosti u protekloj godini ministarstvu, kao i izveštaj o radu beležnika.

Zakon Srbije upućuje i na saradnju komore i ministarstva. Ministarstvo obrazuje ispitnu komisiju za javnobeležnički ispit i vodi evidenciju o licima koja su završila ispit. Ministarstvo nadležno za pravosuđe ima status disciplinskog organa, jer može pokrenuti disciplinski postupak. Ono ima i status drugostepenog organa u disciplinskom postupku, jer odlučuje o žalbama protiv odluka disciplinske komisije.

U okviru svog nadzora ono daje komori i niz saglasnosti radi funkcionisanja rada komore, na primer, saglasnost za izbor javnih beležnika. Takođe, komora daje saglasnost ministarstvu pri odlučivanju organizacionih pitanja, na primer, za određivanje broja javnobeležničkih mesta i sedišta javnih beležnika, javnobeležničku tarifu i drugo.

Rezime

Javnobeležnička komora je profesionalno udruženje javnih beležnika i ima svojstvo pravnog lica koje određuje zakon i statut. Predviđeno je obavezno članstvo za sve javne beležnike upisane u imenik komore. Usvojeno načelo obaveznosti članstva u komoru isključuje oslobađanje od članstva u komoru. Komora je staleški predstavnik svojih članova i učestvuje u izboru u zvanje javnog beležnika. Zadatak komore je da vodi računa o profesionalnoj stručnosti svojih članova, ali i spremnosti kandidata za profesiju-zanimanje beležnika, tako da ona predlaže nadležnom ministarstvu za pravosuđe kandidate prilikom izbora u zvanje javnog beležnika. Isto tako, ona daje svoje mišljenje prilikom razrešenja javnog beležnika. Donošenjem opštih akata one uređuju određene odnose koji su od značaja i interesa za komoru, njene članove i profesiju. Materijalni i formalni propisi obavezuju komore, tako da njihovi-opšti akti moraju biti u skladu sa zakonom, pa je u njihovom radu izraženo načelo zakonitosti. Ona ima kontrolnu funkciju nad radom javnih beležnika, koja se ogleda u službenom nadzoru njenih članova. U okviru kontrolne funkcije ona izriče disciplinske mere i naplaćuje kazne. Ona se brine o ispunjenju obaveza svojih članova i o razvoju i kvalitetu profesije. U vršenju nadzora nad radom, ugledom, čašću svojih članova, komora se brine za savesno i lojalno obavljanje profesije beležnika. Rad komore je javan. Ona je dužna da obaveštava javnost o svim pitanjima iz svoje nadležnosti neposrednim informisanjem i upoznavanjem svojih članova o svome radu, kao i javnost-građane putem sredstava informisanja i drugim sredstvima obaveštavanja.

Može se zaključiti da je komora “budni posmatrač” i “čuvar” svojih članova, jer njen osnovni zadatak je da zaštiti interes svog staleža, znači njihov ugled, čast, dostojanstvo profesije, ali i da pazi na ispunjenje obaveza svojih članova.

Ključne reči: javni beležnik, javnobeležnička komora, predstavnik članova, profesionalno udruženje, zakonitost u radu, kontrolna funkcija, disciplinske mere, imenovanje i razrešenje beležnika.

Summary

Public Notary Commerce and the Association of Notaries is a legal entity which determines law and status. Mandatory membership is being planned, for all public notaries registered in the chamber directory.

The principle of compulsory membership in the chamber excludes the possibility of exemption of membership in the chamber. The Chamber is a representative of the estates of their members and participates in the process of appointment of the notary public. The task of the Chamber is to take into account the professional competence of its candidates and the capabilities of the candidate to undertake the profession of notary, so that the Chamber can propose to the competent Ministry of Justice when selecting candidates. Also it gives its opinion in the dismissal of the notary public. By adopting the by-laws it determines certain relationships and interests it governs certain relationships and interests that are important for the Chamber, its members and for the profession.

Material and formal regulations bind the Chamber so that their-general acts shall be in accordance with the law, therefore the principle of legality is expressed in their work.

It has a function of control of the work of the public notaries, which is reflected in the official supervision of its members. As part of the control function it imposes disciplinary measures and penalty charges. It takes care of the fulfillment of obligations by its members and the development and quality of the profession. In the supervision of work, reputation and honor of its members, the chamber takes care of a conscientious and loyal manner of executing the profession by its members. The work of the Chamber is public. It is the Chamber's responsibility to inform the public on all matters within its competence by informing its members about its work and the public-citizens through means of informing and other means of communication. It can be concluded that the association is a “vigilant observer” and “guardian” as its main task is to protect the interest of its class, the reputation, honor, and dignity of their profession, and to overview that its members fulfill their obligations.

Keywords: notary public, Notary Public Chamber, a representative of members, professional association, legality in the work, control functions, disciplinary procedures, appointment and dismissal of the notary.

ПРИВРЕДНОПРАВНА ОБЛАСТ

КРИТИЧКИ ПОГЛЕД НА ЗАКОН О ПРИВРЕДНИМ ДРУШТВИМА СРБИЈЕ (2011)*

Др Мирко Васиљевић**

Апстракт: У овом чланку аутор критички разматра нека решења новог Закона о привредним друштвима Србије (2011). На првом месту, као општи став, аутор констатује да је овај Закон пренормиран и да као такав у доброј мери гуши слободу уговарања као основни принцип тржишне економије. На другом месту аутор износи низ конкретних опсервација о неприхватљивости неких решења овог Закона везаних за његове основне одредбе, друштво с ограниченом одговорношћу, непроменљивост оснивачког акта акционарског друштва, “принудно” отварање акционарског друштва, “систем” доношења одлука о статусним променама и ликвидацији привредних друштава, раздвајање правног дејства момената ступања на снагу закона и примене закона, одговорност директора акционарског друштва и слично. Аутор закључује да овај Закон и поред неких добрих решења није испунио очекивања домаће стручне и пословне јавности.

Кључне речи: привредна друштва, директори, управни одбор, друштво с ограниченом одговорношћу, одговорност управе, акционарско друштво.

1. Закон тупог „српа“ и памети

Закон о привредним друштвима (2011), који ставља ван правне снаге претходни Закон (2004) истоветног назива и предмета регулисања, донет је са великим амбицијама и самохвалоспевима. На први поглед није спорна потреба да се ранији закони мењају у складу са развојем одговарајуће упоредне регулативе, како националне, тако и интеграционе (пре свега мислимо на регулативу ЕУ). Зачуђује, међутим, одлука да се донесе нови закон, уместо промена

* 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.

** Др Мирко Васиљевић, редовни професор и декан Правног факултета, Универзитета у Београду

постојећег, а посебно зачуђује чињеница да је нови закон за трећину „богатији“ у броју норми од претходног закона (457 одредби 2004. године наспрам 600 одредби 2011. године!), иако је донет у времену када српском регулативом наводно управља „дух“ СРП-а (канцеларија Владе Републике Србије названа „Свеобухватна реформа прописа“), чији је један од примарних прокламованих циљева снажна редукција регулативе („дерегулација“). Изгледа да се „срп“ мало више иступио кад је у питању овај закон, или се пак мало више успавао пред интересом адвокатских канцеларија које у стручној јавности слове за „текстописце“ овог закона! Ако успемо да овај формални моменат савладамо у својој менталној сфери, остаје нам далеко озбиљнији проблем савладавања бројних недостатака материјалне природе овог закона, што већ дира у саму вокацију закона (апсурди својерсног „законског неправа“!).

2. Промашаји основних одредби

У концепцијском смислу Закон о привредним друштвима из 2011. године следи модел Закона о привредним друштвима из 2004. године (недостатак мотивације, знања, одважности или респект чак и акта који се сели у воде прошлости!). Отуда је закон остао окован у регулативи само четири основне врсте привредних друштава (ортачко друштво, командитно друштво, друштво с ограниченом одговорношћу и акционарско друштво), иако је већ сада било време да се и ове форме „разуде“ (на пример, ортачко друштво са ограниченом одговорношћу, компаније са неограниченом одговорношћу, компаније са ограниченом одговорношћу покривеном гаранцијом, тајно друштво, ортачка друштва слободних професија, „поједностављена“ акционарска друштва и слично). Наиме, један од основних постулата савремене економије, чија је филозофија друштвена одговорност компанија, а не либерална или неолиберална економија, је и на плану форми организовања привредних субјеката слобода избора (између више форми). Сложићемо се, ваљда, да је слобода избора заступљенија и као принцип и као пракса ако је избор форми основног привредног субјекта лимитиран на бар десетак, а не само на четири форме.

Уз овај недостатак „системске“ природе, Закон о привредним друштвима у свом уводном делу резервисаном за „основне одредбе“, пати и од бројних недостатака регулативе конкретних правних института, чиме их чини правно несигурним. Наведимо, за ове потребе, само неколико карактеристичних „погодака у погрешне мете“.

Прво, овај закон није решио недвосмислено питање ко даје прокуру као врсту важног пословног пуномоћја код акционарског друштва („прокура се издаје одлуком...скупштине, ако...статутом није другачије одређено“¹, односно прокуру даје одбор директора код једнодомног управљања као импера-

¹ ЗОПД, чл. 36 ст. 1.

тивну надлежност² и надзорни одбор код дводомног управљања³). Дакле, закон одређује на диспозитивној основи да прокуру даје скупштина, при чему овлашћује статут акционарског друштва да утврди другачије, али истовремено на другом месту лишава тог овлашћења статут друштва и сам преузима да то питање уреди другачије и то императивно (одбор директора или надзорни одбор зависно од изабраног модела управљања друштвом!?).

Друго, овај закон императивно утврђује да „пословно име предузетника обавезно садржи име и презиме предузетника“, што је ретроградно и тешко фактички спроводиво решење (истовремено се више не инсистира, што је већ било напредно решење претходног Закона из 2004. године, да пословно име ортачког или командитног друштва буде лично). Дакле, ако већ по тексту истог закона пословно име ортачког друштва или командитног друштва не мора бити лично (име неког ортака или комплементарара), онда нема ниједног разлога да се такво решење истим законом захтева за предузетника.

Треће, овај закон говори о „законским заступницима“ привредног друштва, као да је привредно друштво „под старатељством“, без властите потпуне правне и пословне способности, коју остварује техником заступања преко заступника одређених законом („заступници на основу закона“) или преко заступника одређених статутом („заступници на основу статута“).⁴

3. „Ограниченост“ друштва с ограниченом одговорношћу

Закон о привредним друштвима (2011) не оставља „на миру“ ни друштво с ограниченом одговорношћу, као форму друштва која се најчешће оснива у пословној пракси, те је правна коректност његове регулативе посебно потребна. Ево неколико карактеристичних примера „законског неправда“ у регулативи овог друштва, у прилог илустрацији ове констатације.

Прво, овај закон одређује да се удео у привредном друштву (односно акције друштва), стиче на основу „преузете обавезе уплате, односно уноса улога“⁵ (удео и акције се могу, међутим, стећи само на основу извршене обавезе уплате новчаног улога, односно извршене обавезе уноса неновчаног улога у друштво).

Друго, код друштва с ограниченом одговорношћу, закон утврђује императивну законску солидарну одговорност чланова друштва „својом имовином“ сразмерно својим уделима у основном капиталу друштва, код иступања члана друштва из друштва из оправданих разлога по одлуци суда, „ако друштво не

² ЗОПД, чл. 398 ст. 1 тач. 7.

³ ЗОПД, чл. 441 ст. 1 тач. 6.

⁴ ЗОПД, чл. 31-32, чл. 218, 388.

⁵ ЗОПД, чл. 47 у вези чл. 46.

исплати досуђену накнаду“. Овакво решење закона нема свог основа у природи овог друштва и потпуно је арбитрерно и израз је схватања о апсолутној свемоћи законодавца који не одговара ни самом себи, ни логици, ни филозофији права.

Треће, код истог друштва закон даје овлашћење оснивачком акту да и формалноправно лиши скупштину свих овлашћења, што је крајње ризично овлашћење за друштва која имају већинског власника⁶ (шта онда остаје од заштите права мањинских власника друштва која се могу штитити због логике одлучивања по капиталу само законским империјумом али не и вољом оснивачког акта друштва!). Реч је о класичном примеру закона који демантује самог себе („законско неправо“).

Четврто, према решењу истог закона, члан друштва с ограниченом одговорношћу коме је друштво извршило по било ком основу недопуштена плаћања „одговоран је друштву за повраћај тих исплата и друштво га не може ослободити те обавезе“, с тим што таква обавеза савесног члана друштва постоји „само ако је то неопходно за подмирење захтева поверилаца друштва“ (паушалност овог решења даје велику дискрецију).

4. (Не)променљивост оснивачког акта акционарског друштва

Закон о привредним друштвима (2011) установљава институт непроменљивости оснивачког акта акционарског друштва („оснивачки акт акционарског друштва не мења се“). С друге стране, кад се има у виду императивна садржина („битни елементи“) оснивачког акта овог друштва утврђена овим законом, која се у доброј мери поклапа са битним елементима статута овог друштва утврђеним истим законом (претежна делатност, седиште, пословно име, подаци о акцијама и улозима), који се наравно мења као акт са променом и тих елемената, остаје тешко објашњива могућност разлижења ова два акта у случају промене ових елемената које изменама прати статут као променљив акт, али не и оснивачки акт као по овом закону „непроменљив акт“. Ако се ово већ хтело, онда је оснивачки акт могао да буде само оснивачка повеља оснивача са њиховим потписима, која би служила заједно са статутом за конституисање и упис овог друштва у регистар, а која се након тога „пресељава“ у историју, а промене „битних елемената“ друштва прате промене статута. Проглашени принцип непроменљивости оснивачког акта акционарског друштва, одредбом истог члана сам овај закон, међутим, демантује: „законски заступник друштва је у обавези да након сваке измене оснивачког акта...сачини и потпише пречишћени текст...“. Такође, „измене оснивачког акта...као и пречишћени текст...након сваке измене региструју се у складу са Законом о регистрацији“.⁷

⁶ ЗОПД, чл. 200.

⁷ ЗОПД, чл. 12 ст. 3-6 и чл. 246 и 265.

5. „Принудно отварање“ акционарског друштва

Закон о привредним друштвима (2011) оставља отворено питање даље могућности постојања затвореног акционарског друштва, с обзиром на то да таква именована форма друштва више изричито није поменута, али с друге стране на више места се говори о јавном (отвореном) акционарском друштву и „акционарском друштву које није јавно“.⁸ Покушај својеврсног „принудног“ отварања свих акционарских друштава на овај начин супротан је принципу слободне самоорганизовања привредних друштава на основу слободне воље својих органа (акционарско друштво и друштво с ограниченом одговорношћу) или власника (ортачко друштво и командитно друштво). С друге стране, овим се сужава и иначе доста ограничена слобода избора правних форми организовања привредних друштава и, најзад, нема основа за поистовећивање затвореног акционарског друштва и друштва са ограниченом одговорношћу (разлике су суптилне али постојеће и правно утемељене). Уосталом, управо су ово и били разлози да, на пример, Француска познаје четири форме акционарских друштава (затворено акционарско друштво – друштво без јавног уписа акција; отворено акционарско друштво – друштво са јавним уписом акција; „поједностављено“ акционарско друштво и акционарско друштво запослених).⁹

6. Одговорност директора акционарског друштва

Закон о привредним друштвима (2011) разликује систем једнодомног управљања и дводомног управљања (избор је на самом друштву). Једнодомни систем одликује постојање једног колективног органа – одбора директора (састоји се од извршних директора који су у радном односу у друштву и неизвршних директора и код јавних друштава најмање једног независног директора, који не могу бити у радном односу у друштву), док дводомни модел управљања одликује постојање два колективна органа – извршни одбор (чине га извршни директори са радним односом у друштву) и надзорни одбор (чији чланови као и неизвршни директори и независни директор не могу бити у радном односу у друштву).

Разграничење извршних, неизвршних и независних директора, кад је реч о радноправном статусу нема, пак, утицаја на питање њихове одговорности за штету (имовинска одговорност) коју својим одлукама нанесу друштву повредом дужности пажње, односно члановима (акционарима) друштва. Уз то, постоји и одговорност не само чланова ових органа који су гласали за пред-

⁸ ЗОПД, чл. 261 ст. 2 и чл. 335 ст. 13.

⁹ М. Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2011, 248-256, 426-427 и 442-446.

метну одлуку, већ и чланова који су се уздржали од гласања, као и чланова који нису били присутни на тој седници на којој је та одлука донета „ако се тој одлуци писаним путем не успротиве у року од осам дана по сазнању за њено доношење“.¹⁰ Настављајући у истом „ритму“ законодавац чак, супротно општем правном стандарду постојања обориве претпоставке савесности и неодговорности до супротног доказа тужиоца, уводи и претпоставку несавесности ових лица, односно претпоставку повреде дужности пажње и тиме и претпоставку одговорности, коју могу оборити само доказом савесности, односно доказом да су поступали пажњом доброг привредника.¹¹

Одговорност извршних директора и одговорност неизвршних и независних директора (у ком статусу су и чланови надзорног одбора код дводомног управљања акционарским друштвом) не може се уредити на јединствен начин. Специфичност статуса неизвршних и независних директора, који не могу бити у радном односу у друштву, код уређења питања одговорности друштву (и акционарима друштва по основу индивидуалне тужбе), мора се уважавати ако се жели афирмација ових института. Реч је о лицима која присуствују само седницама ових колективних тела и њихова активност се на томе и завршава, а које се опет по закону могу одржавати и само тромесечно („најмање четири седнице годишње“). Реч је о лицима која и своје опредељивање код гласања на седници колективног органа чији су члан могу заснивати само на бази припремљених материјала за седницу (уз неискључену могућност кривотворења тешко утврдиву на седници), а који опет припремају чланови истих органа који су у радном односу у друштву и чији је то и део професионалне обавезе (уз садејство стручних служби друштва).

О неживотности законског решења и одвојености од реалности живота говори и чињеница да законодавац за неизвршне директоре и независне директоре (код једнодомног модела управљања), односно за надзорни одбор (код дводомног управљања) намењује и посебну дужност „надзора рада извршних директора” на основу које се очекује и утемељење посебне одговорности ових лица, односно ових чланова ових органа.¹² Дакле, лица која нису у радном односу „надзиру рад“ лица која су у радном односу у друштву! Какав апсурд! Није ваљда да се овај надзор може схватити као „стајање над главом“ или монтирање „чипова“ у главе (или и у спаваће собе!) надзираних од стране ових „надзорника“, да би ето био конкретан и у смислу „духа“ законодавца!? Овај надзор не може бити надзор *in concreto* (конкретне оперативне одлуке и правне радње), већ само надзор *in abstracto* (који се једино може заснивати на *извештајима*, дакле опет писаним материјалима, које, по самом закону, извршни директори који су у радном односу у друштву обавезно у утврђеним временским интер-

¹⁰ ЗОПД, чл. 415, 430 и 447 у вези са чл. 61, 63 и 78-79.

¹¹ ЗОПД, чл. 63м ст. 5.

¹² ЗОПД, чл. 390 ст. 1 и чл. 441 ст. 1 тач. 2.

валима – најмање за сваку седницу колективних тела на којима су присутни и извршни и неизвршни и независни чланови – подносе тим члановима, односно том органу који их „надзире“).¹³

7. Одлуке о статусним променама и принудној ликвидацији

Живот привредних друштава базира се на одлукама које доносе његови органи (друштво с ограниченом одговорношћу и акционарско друштво) или власници друштава која немају корпоративне органе (ортачко друштво и командитно друштво). Изузетно је важно, стога, да се законом који уређује привредна друштва ово питање уреди на јасан и неспоран начин (диспозитивно или имепративно).

Како је у овом погледу поступио наш Закон о привредним друштвима (2011)? Према решењима овог Закона „одлука о статусној промени доноси се једногласно од стране ортака, комплементара, чланова друштва с ограниченом одговорношћу, односно акционара ако оснивачким актом није другачије одређено“.¹⁴ С друге стране, према решењима истог Закона утврђена је квалификована 2/3 већина за доношење одлуке о статусној промени друштва с ограниченом одговорношћу, а оснивачким актом се може утврдити и друга већина, али не мања од обичне већине од укупног броја гласова чланова друштва који имају право гласа по овом питању.¹⁵

У сличним неизвињавајућим правним заблудама је Закон о привредним друштвима (2011) и кад регулише принудну ликвидацију. Наиме, принудна ликвидација се покреће ако:

1) ортачко друштво остане са једним ортаком, односно командитно друштво остане без командитора или без комплементара, а друштву не приступи недостајући члан или друштво не промени правну форму у правну форму чије услове испуњава у складу са законом којим се уређују привредна друштва или друштво не отпочне ликвидацију, и то све у даљем року од три месеца (с друге стране, кад је реч о командитном друштву, на другом месту законодавац за покретање поступка принудне ликвидације по основу непостојања комплементара не тражи рок од три месеца већ рок од шест месеци);¹⁶

2) се основни капитал друштва с ограниченом одговорношћу, односно акционарског друштва смањи испод минималног износа прописаног овим Законом, а ова друштва „истовремено“ не повећају основни капитал најмање до минималног износа прописаног законом којим се уређују привредна друштва,

¹³ ЗОПД, чл. 416 и 431.

¹⁴ ЗОПД, чл. 498 ст. 3.

¹⁵ ЗОПД, чл. 211.

¹⁶ Упореди: ЗОПД, чл. 137 ст. 3. и чл. 546 ст. 1 тач. 3.

или у истом року ова друштва не промене правну форму у правну форму чије услове испуњавају у складу са овим Законом, или у истом року та друштва не донесу одлуку о ликвидацији и такву промену у истом року региструју у складу са законом којим се уређује регистрација (с друге стране, на другом месту, овај закон за ове потребе, што може да отклони принудну ликвидацију, оставља *рок од шест месеци* за повећање основног капитала до минималног прописаног законом).¹⁷

8. Ступање на снагу и примена закона – раздвајање момената

Раздвајање момента ступања на снагу закона и момента почетка његове примене изазива и у правној теорији, а посебно у пракси, доста контроверзи. Питање је, наиме, правног режима закона који ступи на снагу, а не примењује се!? *Да ли је заправо закон који је ступио на снагу, а не примењује се извор права?* Тешко да би се могао дати позитиван одговор на ово питање. С обзиром на то да се закон не примењује до почетка примене, иако је ступио на снагу, то ни његове императивне норме до тог каснијег датума не могу да буду у правном животу. С друге стране, овај Закон уводи и један новум до сада непознат у нашој пракси раздвајајући почетак примене закона (*интерно корпоративно дејство*) од обавезе регистрације конститутивних аката (члан 591-592 и 596) код регистра привредних субјеката (*спољње дејство према трећим лицима*).

Законодавац (или боље рећи законописци као својеврсна приватна дружина настала приватизацијом јавне функције ресорног министарства, који поимају државу као институцију у служби приватних интереса) није свестан бројних нерешивих правних проблема који из овог решења могу произаћи, а што може озбиљно угрозити ионако низак ниво правне сигурности у нас. Ево само неких примера. Ако је друштво интерно ради усклађивања са новим законом изабрало нове заступнике друштва, а није у обавези да их упише у регистар до истека само за то прописаног посебног рока, ко је тада према трећим лицима заступник друштва и ко га пуноважно правно обавезује? Према закону, то су заступници уписани у регистар, а интерно они су разрешени и нису више уопште у функцији директора, односно чланова одбора директора или извршног одбора по ком основу су заступници (интерно разрешени заступници тада по правилу одбијају да потпишу неопходне акте за регистрацију друштва, позивају се на регистар и дејство према трећим лицима да су они заступници и слично). Може ли се замислити каква је тада у том друштву пословна клима и да ли је друштво тада у прилици да се бави тржиштем и конкуренцијом или се пак може бавити само собом, док тржиште и конкуренција не стоје. Или, нови конститутивни акти или измењени „стари“ све док се не депонују у регистар

¹⁷ Упореди: ЗОПД (за друштво с ограниченом одговорношћу): чл. 148 ст. 3 и чл. 546 ст. 1 тач. 4; односно за акционарско друштво: чл. 315 ст. 3 и 4 и чл. 546 ст. 1 тач. 4.

и не објаве правно, не постоје према трећим лицима (осим ако се докаже да су за њих знали или могли/морали знати, што је *probatio diabolica*), што отвара питање који су општи акти друштва на снази и по којима се мора поступати?!¹⁸

Посебно је важно питање правне несигурности у акционарском друштву које је изабрало дводомни модел управљања (који до сада формално није постојао, с обзиром на нову расподелу надлежности извршног одбора и надзорног одбора, што је у сукобу са постојећим и у регистру уписаним и објављеним општим актима друштва), који су органи надлежни да одлучују у одређеној правној ствари (уз то, ту су уз формална отворена питања и додатни фактички проблеми). Коначно, код акционарског друштва оснивачки акт практично по овом Закону има значај историјског акта са једнократним значењем, док је у постојећем закону конститутивни акт, што је у новом закону статут, који је до сада био факултативни акт, што може изазвати бројна отворена питања са несагледивим правним последицама са становишта правне сигурности. Ако је и од „законописаца“ много је, ако је и од законодавца неозбиљно је, непромишљено је и неодговорно је!

9. Остале „новотарије“

Закон о привредним друштвима, и поред смањивања ранијег капитал цензуса (20% - 2004 и 10% акција с правом гласа - 2011) за коришћење права мањинских акционара друштва на ванредну или посебну ревизију, у основи обесмишљава овај институт, прописивањем права друштва на накнаду „штете“ (или „трошкова“!?) од акционара који су поднели овај захтев („неограничено солидарно су одговорни“), када се у току поступка покаже да је такав захтев „био неоснован“.¹⁹

У истом духу Закон о привредним друштвима (2011) није ништа учинио да, после лоших искустава са институтом деривативне тужбе, учини овај институт животнојим и реалнијим. Уместо тога, режим овог института није практично ни у чему промењен у односу на претходни Закон (2004), иако привредна пракса није забележила његово коришћење (остао је исти капитал цензус од 5% уместо да се смањи или чак елиминише; остало је решење да трошкове поступка снесе мањински акционари покретачи поступка по овој тужби, што је само по себи одвраћајуће за њено коришћење; изостало је решавање директне мотивације мањинских акционара за подизање ове тужбе и слично).

Закон о привредним друштвима, у појединим својим решењима, доказује да је писан за потребе неког „безваздушног простора“ а не за реално стање

¹⁸ Вид. М. Васиљевић, *Водич за примену Закона о привредним друштвима*, Београд, 2011, 655-656.

¹⁹ ЗОПД, чл. 463.

Србије. Најбољи доказ за то је законски империјум да јавна акционарска друштва морају имати већински састав у одбору директора (једнодомно управљање) неизвршних директора, чије је кључно одређење статуса да не могу бити у радном односу у друштву где имају то својство. Ово важи и за све чланове надзорног одбора друштва (двodomно управљање), као и наравно за обавезног (најмање једног) независног директора. Такође, ово важи и за обавезну комисију за ревизију јавног акционарског друштва (један обавезни независни директор и већина неизвршних чланова), као и за комисију за именовања и комисију за накнаде (исти састав ако се образују – факултативност постојања по закону).²⁰

10. Уместо закључка – „(не)позвани кумови“

Закони системског значаја, попут Закона о привредним друштвима, у стабилним економијама и друштвима не мењају се тако често и, поготову, не смењују се тако често. То је основни постулат правне сигурности. У нас, напротив, то није случај, што је већ само по себи лоша порука за озбиљне инвестиције и инвеститоре. Кад се овоме дода да и припрему таквих закона у свакој озбиљној земљи врше кредибилни професионални ауторитети признати у научној и стручној јавности, што опет није случај код нас кад је реч о овом Закону, онда није никакво чудо што је резултат „снага“ једног поветарца и „трајност“ једне месечеве мене. Још мање изненађује чињеница да је такав производ и пре почетка примене промењен у петини својих одредби, што је вероватно риплијевски случај!

Околности и окружење у којима је рађен овај закон нису могле а да не изнедре и неочекивана „кумства“: столетни институт „управни одбор“, без икакве стварне потребе (ако то није потреба уношења даљег нереда у нашу законску инфраструктуру) замењен је са „одбором директора“ (једнодомно управљање), односно „извршним одбором“ (двodomно управљање). Тако сада, као прилог правном терминолошком хаосу имамо у нашој законској инфраструктури „одборе директора“ и „извршне одборе“ код привредних друштава, „управне одборе“ код друштава за осигурање, „управне одборе“ и „извршне одборе“ код банака, „управне одборе“ код берзи, „одборе директора“ и „извршне одборе“ код инвестиционих друштава (брокерско-дилерска друштва) и слично. Остаје да закључимо – добро нам се привреда и бори у условима оваквог правног нереда!

²⁰ Вид. ЗОПД, чл. 387 ст. 2 чл. 391-392, чл. 409-410 и чл. 432, 437 и 446.

**Mirko Vasiljević, PhD,
Professor and Dean of the University of Belgrade Faculty of Law**

A CRITICAL VIEW ON THE LAW ON COMMERCIAL COMPANIES OF SERBIA (2011)

Summary

In this article the author critically observes some solutions of new Law on Commercial Companies (2011). On the first place, as a general attitude, the author states that there are too many norms in this Law and being like that it breaks the freedom of contracting as the basic principle of market economy. On the second place the author discloses a row of concrete observations about non-acceptance of some solutions of this Law regarding its general provisions, limited liability company, immutability of constitutive act of joint-stock company, “forced” opening of joint stock company, “system” of making decisions concerning status changes and liquidation of commercial companies, separation of legal action of the moment of coming into force of Law and moment of its application, responsibility of directors of joint-stock company, etc. The author concludes that this Law, aside from some good solutions, did not meet expectations of national professional and business public.

Key words: *commercial companies, directors, management board, limited liability company, responsibility of management, joint-stock company.*

PRILAGODBA HRVATSKOG PRAVA EUROPSKOJ PRAVNOJ STEČEVINI I PRAVNIČKA STRUKA

Akademik Jakša Barbić

1. Uvod

1. Stalne promjene obilježja su svakog pravnog sustava. Uzrok im treba tražiti u društvenim promjenama koje zahtijevaju odgovarajuće pravno uređenje. Što je razvoj nekog društva intenzivniji, to su potrebne veće promjene u pravnom sustavu koji ga uređuje. Ne slijede li promjene u pravu promjene u predmetu njegova uređenja, dolazi do raskoraka zbog kojeg statično pravo ne može pružiti odgovarajuću pravnu sigurnost koja je temelj zaštite i ostvarenja prava. Zbog svoje poslovične konzervativnosti pravo ionako kronično zaostaje za promjenama u društvu. Ono postaje kočnica napretka ako ne odgovara svrsi kojoj je namijenjeno.

Ne samo statičnost prava nego čak i zadovoljavajuća brzina razvoja pravnog sustava može dovesti do njegove nedjelotvornosti, ako se odjednom promijene osnove na kojima počiva društvo koje se njime uređuje. Te osnove izražene su vrijednostima na kojima se temelji svako organizirano društvo. Njih se ne može uvesti dekretom, one se stvaraju, priznaju, prihvaćaju ili mijenjaju protekom vremena u svijesti pripadnika društva. Na njima se temelji pravni sustav koji opet može utjecati na vrijednosti na kojima je izgrađen načinom na koji neke od njih štiti ili im daje prednost pred drugima. Stvara li se pravni sustav a da se ne temelji na prihvaćenim društvenim vrijednostima, veliki su izgledi za anomalije, izopačena rješenja, davanje prednosti pojedinačnim ili grupnim interesima pred općim. Na stvaranje i prihvaćanje vrijednosti u nekoj sredini danas snažno utječe u svijetu jako izražena globalizacija kojom se vrijednosti koje su u temelju nekog društva, bile one prihvatljive drugoj sredini ili ne, kritički a često nekritički, u nju prenose. Na to utječe i ulazak države u asocijacije država s izraženim sustavom vrijednosti koji zahtijeva da ga se prihvati i prema njemu uskladi pravni sustav države članice.

Značajne promjene u vrijednostima prihvaćenim u nekom društvu u pravilu zahtijevaju i velike promjene u pravnom sustavu koji se na njima temelji. To je slučaj sa zemljama u tranziciji za koje se ne može reći da nisu imale dinamičan razvoj

* Napomena: Članak je objavljen u Zborniku Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne p rake br.10, Mostar 2012.

prava, ali je on teкао više ili manje u skladu s potrebama koje su diktirali društveni odnosi kojih sada više nema. Nakon izmjene političkih prilika i postavljanja društva na drukčije gospodarske temelje došlo je do značajnih promjenama u društveno priznatim vrijednostima, pa zatečeni pravni sustav više nije zadovoljavao potrebe i zahtijevao je promjene kako bi ga se prilagodilo novom stanju u društvu.

Svako osuvremenjivanje prava znači njegovu modernizaciju, jer ga dovodi u sklad s prilikama i potrebama vremena u kome se primjenjuje. Pomaci u tome mogu biti manji, ali postepeni i stalni, ako se čine usporedo s promjenama prilika, onom brzinom kojom se i one mijenjaju. Zaostane li se u tome poslu, potrebni su veći zahvati koje obilježavaju reforme pravnog sustava. Dođe li pak do nagle korijenite promjene prilika, to zahtijeva i reformske zahvate iste takve naravi, a to je i te kako intenzivna i opsežna modernizacija pravnog sustava.

To se dogodilo u Hrvatskoj kao posljedica tranzicije kroz koju je prošla. Riječ je o modernizaciji njenog prava koja traje od nastanka države Hrvatske i ostaje kao trajan proces kome su izložena i druga prava ne samo tranzicijskih nego i zemalja sa stabilnim i dobro uređenim pravnim sustavima. Neusklađenost prava s onim što se njime uređuje zahtijeva stvaranje novog pravnog sustava podobnog da zadovolji nove potrebe. Taj se sustav u Hrvatskoj najvećim dijelom stvarao usvajanjem pravnih rješenja iz srednjoeuropskih pravnih sustava temeljenih na njemačkom pravu i nakon toga prilagođavao europskoj pravnoj stečevini, pa tako modernizaciju hrvatskog prava valja smatrati njegovom europeizacijom.

2. Povijesno nasljeđe

2. Pravo koje se na području današnje Hrvatske primjenjivalo do 1918. bilo je na razini u to doba modernih pravnih sustava. Tome je razlog što se Hrvatska tada nalazila u sastavu jedne od europskih velikih sila, pa se ni pravo koje se u njoj primjenjivalo nije u biti razlikovalo od jednog od tada vodećih pravnih sustava u Europi. Pravni položaj tadašnjih zemalja koje čine današnju Hrvatsku imao je za posljedicu da su se u nekim dijelovima Hrvatske propisi doneseni u Beču primjenjivali neposredno, a za neke se tražilo da ih prihvati i poseban Hrvatsko-ugarski sabor. To se u pravilu činilo u neizmijenjenom obliku ili s gotovo neznatnim razlikama, kao posljedici poboljšanja propisa uzora, korištenjem iskustava u njihovoj primjeni. Sustav upravne i sudbene vlasti u tadašnjoj državi snažno je utjecao na to da i primjena prava odgovara standardima koji su se u to doba smatrali modernima. Pravna infrastruktura je, naime, u cijeloj carevini djelovala na istim osnovama.

U to doba nije moglo biti riječi o nekom europskom pravu. Devetnaesto stoljeće je, naime, bilo vrijeme stvaranja nacionalnih država i uspostave njihovih pravnih sustava a time i dokidanja jedinstvenog autonomnog prava nastalog na područjima djelovanja na kojima ga je spontano razvila praksa, kao što je to primjerice bilo slučaj s jedinstvenim pravom trgovaca (*lex mercatoria, ius mercatorum*). I tamo gdje

je postojalo jedinstveno, moglo bi se u neku ruku reći tada europsko, autonomno pravo, zamijenila su ga nacionalna prava koja su se nastavila odvojeno razvijati i u dvadesetom stoljeću. Utjecaj značajnijih pravnih sustava imao je za posljedicu da su u njima sadržana rješenja bila uzor za druge nacionalne pravne sustave. Iako se time svojevrsnom parcijalnom recepcijom praktički širilo područje primjene određenih pravnih pravila i preko granica nekog nacionalnog prava, nije bilo riječi o stvaranju nekog europskog prava nego o utjecaju prava uzora na preuzimanje pojedinih njegovih rješenja u drugim pravnim sustavima.

3. Razdoblje između dva svjetska rata je vrijeme razvoja hrvatskog prava odvojeno od pravnog sustava u kome se ranije nalazilo. Iako se na području privatnog prava i dalje velikim dijelom primjenjivalo dotadašnje pravo, što nije bilo slučaj s javnim pravom, to pravo više nije slijedilo trend razvoja pravnog sustava iz kojeg je poteklo. O hrvatskom privatnom pravu u to se vrijeme može govoriti kao o posebnom pravnom području građanskog i posebnom pravnom području trgovačkog prava u državi u kojoj su se nalazila područja današnje Hrvatske s obilježjima što su odgovarala temeljnim obilježjima tadašnjih odgovarajućih prava u drugim europskim državama. Što je vrijeme više odmicalo, razlike prema tim pravima su se povećavale kao posljedica razvoja pravnih sustava u tim državama i statičnosti prava na područjima koja čine današnju Hrvatsku.

Iako se javljaju nastojanja za harmonizacijom prava, posebice na području prava vrijednosnih papira, ni u tom se razdoblju ne može govoriti o postojanju europskog prava nego samo o sličnosti ili istovjetnosti pojedinih rješenja u nacionalnim pravnim sustavima.

4. Nakon Drugog svjetskog rata hrvatsko se pravo značajno udaljava od ostalih pravnih sustava onih europskih zemalja s kojima je do tada imalo značajne sličnosti. Zapravo je riječ o pravu bivše Jugoslavije. Usprkos federativnom uređenju zemlje i nekim posebnostima prava pojedinih republika, jedno vrijeme značajnijim na području privatnog prava, ipak se nije moglo govoriti o hrvatskom nego o jugoslovenskom pravu. Ono se iz ideoloških razloga znatno razlikovalo od prava drugih europskih zemalja, kako onih istočnih tako i zapadnih. Razlikovanje od prvih temeljeno je na osebujnom pristupu socijalističkom društvenom uređenju temeljenom na društvenom vlasništvu i samoupravljanju te radu, a ne vlasništvu, zbog čega su u pravni sustav bili uvedeni pravni instituti bez poznatih uzora u drugim pravima. Istočnoeuropske socijalističke zemlje u to su vrijeme svoje pravo temeljile na državnom vlasništvu, strogo ograničenom privatnom vlasništvu i administrativnom upravljanju privredom. Stoga se naše pravo nije moglo svrstati ni u skupinu prava istočnoeuropskih socijalističkih zemalja. S druge pak strane zemlje Zapadne Europe nastavile su s razvojem prava utemeljenog na privatnom vlasništvu na čemu se temeljilo i hrvatsko pravo prije Drugog svjetskog rata. Iz toga proizlazi da je jugoslovensko pravo značajno odstupalo od jedne i od druge skupine prava.

U to vrijeme javljaju se prve europske asocijacije i postavljaju temelji za isprva sporadičnu a kasnije sve jaču i sustavniju harmonizaciju prava u Europi. Hrvatska kao dio Jugoslavije ostaje izvan tih procesa.

3. Stvaranje novog pravnog sustava

5. Stvaranjem samostalne hrvatske države počeo je rad na stvaranju njenog pravnog sustava. Nikada se privatno pravo neke države ne stvara tako da u jednom trenutku prestaje ranije pravo i počinje novo, nego je uvijek riječ o prožimanju starog prava s novim u nastajanju tako da novo pravo postupno prevladava nad starim sve dok ga u konačnici potpuno ne zamijeni. Izuzeci su neka posebna područja na kojima, kada je riječ o temeljnim ideološkim razlikama među državama, jednostavno treba uvesti novo pravo koje zamjenjuje ono staro kao što je to primjerice slučaj s pravom društava. Temeljna ideja u stvaranju pravnog sustava nove države bila je da se hrvatsko pravo vrati u krug pravnih sustava kojima je povijesno pripadalo, što znači skupini srednjoeuropskih prava temeljenih na njemačkoj pravnoj tradiciji.

Vraćanje u spomenutu skupinu pravnih sustava obilježava prihvaćanje pravnih rješenja iz tih sustava kakva su ona danas, što znači da je hrvatsko pravo odjednom moralo preskočiti gotovo osam desetljetni postupni razvoj koji su ta prava u međuvremenu prošla. Pravni instituti u tim pravima bili su prvi uzor u stvaranju novog prava. Pritom se ne misli samo na propise u tim zemljama nego i na sudsku praksu i pravnu književnost koji uzeti kao cjelina daju potpunu sliku o nekom pravu.

To je vrijeme postojanja europskog prava, tj. prava Europske zajednice, njenog primarnog i sekundarnog prava. Ono je izraz nastojanja za izjednačavanjem prava na području Europske unije što je postupak kojim se želi prevladati razlike u nacionalnim pravnim sustavima nastale stvaranjem nacionalnih država i izgradnjom njihovih pravnih sustava. Čine ga temeljni akti Zajednice, odluke Europskog suda, uredbe, smjernice, odluke i neobavezne preporuke i stavovi. Za izjednačenje prava posebnu ulogu ima tzv. sekundarno pravo, tj. uredbe i smjernice, ali ne treba zemariti ni ulogu Europskog suda.

Na području privatnog prava spomenuti izvori djeluju fragmentarno a ne kao sustav. Riječ je, naime, o tome da u državama članicama Unije postoje već ustaljeni pravni sustavi, pa je razumljivo da se može ići samo za njihovim približavanjem. Zato europsko pravo nije pravni sustav koji se primjenjuje u državama članicama u zamjenu za njihova nacionalna prava nego sustav normi kojima se neposredno ili posredno zahvaća u pojedine pravne institute nacionalnog prava s konačnim ciljem da pravna rješenja u tome dijelu budu izjednačena na cijelom području Unije. To zahtijeva opsežno zakonodavno djelovanje država koje se ogleda u stalnoj izmjeni propisa radi uvođenja novih ili izmjene dotadašnjih rješenja diktiranoj sekundarnim pravom Unije. Izuzetak su malobrojne uredbe koje se neposredno primjenjuju.

6. Stvaranje hrvatskog pravnog sustava od početka je značilo europeizaciju onog prava koje se do nastanka države primjenjivalo na njenom današnjem teritoriju. Nije bilo ozbiljne dileme oko pitanja da li izgraditi neki novi osebujni pravni sustav ili se u stvaranju pravnog sustava koristiti poznatim uzorima? Odgovor se u prilog ovom drugom pristupu nametnuo manjim dijelom iz povijesnih a mnogo više iz pragmatičnih razloga. Kako su uzorom prvenstveno bila rješenja iz njemačkog i austrijskog prava, njihovim prihvaćanjem u hrvatski su pravni sustav odmah ugrađivana i rješenja koja odgovaraju onome što je u to vrijeme u Europskoj zajednici postignuto na području izjednačenja prava. Pritom se zbog veličine promjene nije moglo ići do kraja.

U prvim godinama po nastanku države, zbog poznatih okolnosti, nije moglo biti govora o ulasku Republike Hrvatske u tu europsku asocijaciju. Stoga izgradnja pravnog sustava nije išla za potpunom prilagodbom europskom pravu nego za prihvaćanjem njegovih rješenja u mjeri u kojoj je to: a) prema okolnostima bilo moguće i b) bilo korisno kako bi hrvatski pravni sustav prestao biti egzotičnim, po njegovim osnovnim obilježjima postao prepoznatljiv osobama izvan zemlje i usporediv s pravnim sustavima zapadnoeuropskih država. Pritom je u dijelu u kome se uređuju gospodarski odnosi od početka proklamiran izjednačeni pravni položaj domaćih i inozemnih osoba. U Ustav Republike Hrvatske unesene su norme kojima se jamče temeljna prava i slobode kao osnova za izgradnju pravnog sustava sa spomenutim obilježjima.

Takav pristup obilježio je prvo desetljeće stvaranja pravnog sustava. Propisi koji su ga činili bili su nažalost donošeni bez potrebne stručne koordinacije. Ona je dijelom bila samo politička, možda nekada i pomalo pretjerana, a ne i stručna. Pritom su neki propisi potpuno ili u velikoj mjeri već i tada bili prilagođeni europskom pravu, kao što je to primjerice slučaj sa Zakonom o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Zakonom o zemljišnim knjigama, Zakonom o trgovačkim društvima, Stečajnim zakonom, Ovršnim zakonom s time da su u ova dva posljednja zakona bile unesene i neke naše posebnosti. Izostanak potrebne stručne koordinacije imao je za posljedicu međusobnu neusklađenost propisa pa čak i kada je riječ o odnosu propisa višeg i nižeg ranga te njihovu protivnost Ustavu Republike Hrvatske.

To je, naime, bilo i vrijeme donošenja brojnih interventnih zakona kao što su Zakon o sanaciji i restrukturiranju banaka, Zakon o sanaciji određenih poduzeća, koji su po pristupu njihovim adresatima i propisanim rješenjima odudarali od tzv. europskog prava. S druge strane, usvajanje rješenja iz tog prava nije moglo biti potpuno, jer bi potpuno unošenje u pravni sustav sofisticiranih rješenja usvojenih u državama članicama Europske unije bilo preveliki šok za one koji primjenjuju pravo kao i za one prema kojima se ono primjenjuje. Bio bi to prebrzi i preveliki skok iz pravnog sustava koji je u cjelosti odudarao od europskog prava, tako da se novo prihvaćene pravne norme ne bi mogle primijeniti onako kako se to zahtijeva, a to bi

dovelo do kompromitiranja novog pravnog sustava i učinka pravne reforme suprotnog onome koji se njom htio postići.

Šteta što nerazvijena pravna infrastruktura u zemlji nije bila u stanju primjereno pratiti ni takvu djelomičnu prilagodbu europskom pravu. Razloge tome treba tražiti u povijesnom naslijeđu, jer je spomenuta infrastruktura dugo bila zasnovana na potpuno drukčijim temeljima od onih koje zahtijeva novi pravni poredak, neodgovarajućoj kadrovskoj politici u pravosuđu i državnoj upravi, izostanku potrebnih ulaganja u te važne dijelove vlasti i nedovoljnom stručnom znanju osoba koje primjenjuju pravo zbog toga što stručnošću nisu slijedile provođenje promjena u mjeri u kojoj je to bilo potrebno, a za to im nisu bile pružene ni potrebne mogućnosti.

Prvo desetljeće donošenja propisa radi stvaranja hrvatskog pravnog sustava obilježili su:

a) izostanak sustavnog, unaprijed detaljno planiranog pristupa tom važnom poslu,

b) izostanak potrebne stručne koordinacije u donošenju propisa uz prenaglašenu političku koordinaciju,

c) samo djelomična prilagodba europskom pravu uz, s pogrešnim pozivom na naše posebnosti, unošenje u pravni sustav i rješenja koja od njega odudaraju,

d) pravna infrastruktura koja nije odgovarala potrebama novog pravnog sustava,

e) nepoduzimanje mjera da se podigne stručna razina primjene prava u zemlji,

f) značajna nedjelotvornost pravnog sustava s posljedicom očite pravne nesigurnosti,

g) značajno odstupanje od uspostave vladavine prava.

Tadašnji propisani pravni okvir stoga nije bio zadovoljavajući. On u osnovi nije bio pogrešan i sadržavao je brojna rješenja koja odgovaraju onima u razvijenim pravnim sustavima, jer su propisi često rađeni po uzoru na neki od njih, ali su pritom učinjene i pogreške koje je trebalo otkloniti. One su bile prepoznatljive i valjalo ih je istaknuti, o njima zauzeti stav i popraviti propise. Obavljanje tog posla zahtijevalo je da se greške tipiziraju kako bi ih se lakše otklonilo i spriječilo da ih se ne ponovi. Ovdje se navode neki tipovi tih grešaka.

Riječ je o propisima koji su međusobno u suprotnosti, nedovoljno dorađeni i s prazninama koje valja popunjavati analogijama ako ih se i tako uopće moglo prevladati, protuustavni propisi, propisi koji neprimjereno zadiru u temeljna rješenja iz drugih propisa kojima se neko pitanje sustavno uređuje, propisi s rješenjima protivnim zahtjevima pravne sigurnosti, propisi kojima se pridaje učinak koji se njima ne može postići, propisi doneseni u prekoračenju ovlasti danih zakonom da se neko pitanje uređi podzakonskim aktom, propisi kojima se isti pravni institut stihijski neustavno uređuje s većim brojem različitih propisa, propisi koji sadrže nepotrebna rje-

šenja bez naziranja za to nekog razumnog cilja, propisi kojima se nekim adresatima nalaže primjena za njih neprimjerenih pravila rađenih za to da ih primjenjuju drugi adresati, propisi kojima se nalaže primjena rješenja nepoticajnih za njihove adresate i dr.¹ Tome treba dodati i slučajeve donošenja propisa i njihova gotovo istodobnog ukidanja, a da ih se nije ni primijenilo. Sve je to ugrožavalo povjerenje u pravni sustav.

Pri donošenju propisa valja imati na umu da adresati pravne norme uvijek logično reaguju na propis koji valja primijeniti. Ako on nije primjenjiv ili ako nije razuman, valja očekivati da će ga pokušati zaobići. Nalaže li razumnost postupanja da se to, zbog nelogičnog ili neprimjerenog pravnog rješenja u propisu, tolerira, stvara se utisak da je dopušteno i razumno zaobići sve propise, a to je kraj svakog uređenog pravnog sustava. Što je stupanj koordinacije pri donošenju propisa manji, a on kod nas nažalost nije zadovoljavajući, to je spomenuta opasnost veća. Tu nije riječ o političkoj koordinaciji, koja je potrebna samo radi uspostave povoljne klime za stvaranje i primjenu pravnog sustava, nego o stručnoj koordinaciji kojoj ona prva mora samo stvoriti dobre uvjete za rad i ništa više. Što više zadire u onu stručnu, to gore po pravni sustav.

Usprkos tim nedostacima novi pravni sustav značio je napredak prema stanju prije njega. Ne treba zaboraviti da prijelaz iz ranijeg pravnog uređenja u novo nije ni mogao biti lagan i bez pogrešaka, jer se radilo o sustavima temeljenim na dvije do krajnosti udaljene gospodarske i političke osnove. Moglo se govoriti samo o tome je li pritom bilo moguće manje ili više griješiti. Taj dio modernizacije prava bio je nužan za lakši prijelaz na kasniji razvoj koji je označio usklađenje s pravnim rješenjima usvojenim u Europskoj uniji. Da nije bilo te ranije prijelazne faze, jedva da bi bila izvediva prilagodba nacionalnog prava europskoj pravnoj stečevini. Kolike god greške bile pritom napravljene, taj je posao stvorio temelj na kome se hrvatsko pravo moglo prilagoditi europskoj pravnoj stečevini.

4. Prilagodba europskoj pravnoj stečevini

7. Republika Hrvatska prošla je sve faze prilagodbe svog prava europskoj pravnoj stečevini. Sporazumom o stabilnosti i pridruživanju sklopljenim 2002. s Europskom unijom i državama članicama Hrvatska je preuzela obvezu da svoje pravo prilagodi toj stečevini pa su njime dobrim dijelom bili omeđeni i pregovori o stupanju u punopravno članstvo Unije. Riječ je o sedmoj generaciji pregovora o pristupanju Uniji koju su obilježile brojne posebitosti u odnosu na ranije generacije takvih pregovora, primjerice uvođenja poglavlja pregovaranja koja ranije nisu postojala, određivanja mjerila koje je trebalo ispuniti za otvaranje pregovora o pojedinim po-

¹ Za brojne primjere tipičnih pogrešaka u propisima kojima se potkrjepljuju ove tvrdnje v. u Barbić, J., Propisi o gospodarskom poslovanju i vladavina prava, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 51 (2001), 6, str. 1301-1332.

glavljima i ispunjenje mjerila postavljenih za njihovo zatvaranje. Hrvatska je danas pred ulaskom u Europsku uniju. Pregovori su završeni, propisi usklađeni s europskom pravnom stečevinom, pristupni ugovor potpisan, građani su se referendumom izjasnili za ulazak u Uniju pa se punopravno članstvo u Uniji, uz do tada monitoring o nekim poglavljima, očekuje 1. srpnja 2013. godine.

Pripreme za članstvo Republike Hrvatske u Europskoj uniji bile su provedba najveće reforme prava u hrvatskoj povijesti. O kolikom je zahvatu u pravni sustav riječ najbolje govori podatak da se procjenjuje kako je pravna stečevina Unije do završetka pregovora činila oko 110.000 stranica raznih pravnih izvora podijeljenih u tridesetak područja pravnog uređenja. Dinamika rasta europske pravne stečevine vidljiva je iz činjenice da je ona na početku pregovora Republike Hrvatske s Europskom unijom i državama članicama obuhvaćala dvadesetak tisuća stranica izvora manje, što znači da je samo u od prilike tih šest godina rasla u opsegu od preko 3.000 stranica godišnje. Nastavi li se taj trend, a za to postoje izgledi, lako je zamisliti kakav će posao biti pred državama kandidatkinjama koje će u narednom razdoblju pristupati u punopravno članstvo Unije. Valja imati na umu da je oko 80% pravnog sustava svake države članice Unije pod utjecajem europskog prava. Tako što ono nešto uređuje što valja primijeniti u svakoj državi članici ili utječe na širinu prostora u kome država može sama nešto pravno urediti. Stoga ne treba čuditi toliki opseg europske pravne stečevine.

Za države koje žele kandidirati za ulazak u punopravno članstvo u Uniji valja preporučiti da prije toga pri izmjenama u svojim propisima svugdje gdje je to moguće i u skladu s ostalim propisima ugrađuju i europsku pravnu stečevinu, kao što je to u Hrvatskoj još od 1993. učinjeno pri donošenju Zakona o trgovačkim društvima i njegovim nakon toga učinjenim izmjenama tako da je kasnije prilikom pregovora na tom području učinjeno vrlo malo, praktički samo ono što su zahtijevale kasnije donesene europske smjernice. Dobro je pri tome uzeti kao uzor pravni sustav neke od država članica u kojima je taj sustav dobro sređen, jer će to kasnije, nakon obavljene prilagodbe, biti od velike koristi kad se budu ugrađivale nove smjernice Unije.

Hipertrofija sekundarnih izvora tzv. europskog prava je očita i s obzirom na iskazane namjere opasno prijeti zagušenju i nepreglednosti onoga što će time u budućnosti nastati. Nije isključeno da pretjerano normiranje dovede u opasnost i pravnu sigurnost jer broj i veličina propisa ne jamče da se u istom razmjeru povećava i pravna sigurnost. Prijeđe li to neku razumnu granicu, propisi djeluju suprotno zamisli pri njihovu donošenju. Europska unija nije ništa naučila iz ilustrativnog primjera koji je u vezi s time pružila bivša Jugoslavija. Tamo je uz propise bilo zamišljeno da važan izvor prava bude i tzv. meko pravo (*soft law*) u obliku društvenih dogovora i samoupravnih sporazuma za koje se procjenjuje da ih je bilo oko 12 milijuna. To, međutim, u praksi nije izazivalo neke naročite teškoće jer ih se uglavnom nije primjenjivalo pa su više bili samo ukras, što nije slučaj s europskom pravnom stečevinom koju se mora striktno primijeniti s ozbiljnim posljedicama ako se to ne učini ili se ne čini kako je to predviđeno.

Predviđeno vrijeme za donošenje ogromnog broja propisa različitog pravnog ranga nije bilo primjereno veličini planiranog zahvata. Ono što su najstarije članice Unije desetljećima stvarale i ugrađivale u svoje pravne sustave, postepeno kako je nastajala europska pravna stečevina, Hrvatska je učinila u 2.060 dana (od 3.10.2005. do 30.6.2011.) u kom je razdoblju u pregovorima bilo i zastoja, vrijeme koje treba odbiti kad se računa pravo vrijeme utrošeno za intenzivan stalni rada na unošenju europske pravne stečevine u domaći pravni sustav. Inače od vremena kad je Hrvatska predala molbu za članstvo pa do vremena njezina ulaska u Europsku uniju 1. srpnja 2013. proći će deset godina i dva mjeseca. To nije najdulje vrijeme koje je državama članicama bilo potrebno da prođu taj put. Spomenuti protek vremena može poslužiti kao orijentacija državama kandidatima za ono što ih očekuje.

Tako kratko vrijeme u kome je obavljena prilagodba hrvatskog prava opsežnoj europskoj pravnoj stečevini imala je za posljedicu da se radilo na brzinu i kampanjski donošenjem ili izmjenama velikog broja propisa, među kojima su i najznačajniji zakoni na kojima počiva pravni sustav. Izmijenjeno je ili doneseno novih nekoliko stotina zakona i tisuće podzakonskih akata. Najveći broj zakona donesen je u grču po hitnom postupku, tj. uz samo jedno čitanje u Saboru. Neki su zbog toga mijenjani pa i više puta ubrzo nakon što su bili doneseni. Nekada je tome bio razlog u greškama i propustima do kojih je došlo zbog brzine pripremanja prijedloga propisa, ali i nove učestale smjernice kojima se stalno povećava ili mijenja europska pravna stečevina. Ubrzana prilagodba pravnog sustava standardima europskog prava, zbog neprimjerenosti za to predviđenog vremena poslu koji treba obaviti, dovodi do opasnosti da pravni sustav, tj. propisi koji ga čine ne budu međusobno dobro usklađeni.

Tako značajne i brze promjene ne bi mogle, bez ozbiljnih teškoća, provesti ni znatno bogatije zemlje sa stabiliziranim pravnim sustavima i stručnom razinom primjene prava znatno višom od Hrvatske. I u njima bi to izazvalo svojevrсни šok, ako izmjene ne bi bile primjereno dozirane po intenzitetu i vremenu provođenja. Istaknuti praktičari u tim zemljama ističu kako su u šoku zbog stalnih izmjena propisa izazvanih promjenama u europskoj pravnoj stečevini. U Hrvatskoj se taj zahvat, diktiran željom da se što prije nadoknadi ono što je ranije propušteno, umjesto postepeno proveo cjelovito i odjednom. Temeljito je izmijenjen cijeli pravni sustav. U njemu danas najveći dio čine gotovo preuzeti europski propisi ili propisi doneseni po uzoru na njih ili prema njima izmijenjeni izvorni domaći propisi, a manje su zastupljeni neizmijenjeni izvorno hrvatski propisi.

Kao i u ranijoj fazi stvaranja novog pravnog sustava ponovno je izostala potrebna stručna koordinacija pri donošenju propisa. Kontrola, znače li novi propisi i u kojoj mjeri prilagodbu europskom pravu, nije dovoljna i ne može se smatrati dostatnom stručnom koordinacijom. Posljedica toga su suprotnosti među prihvaćenim rješenjima, njihova nedoradenost, učestali slučajevi protuustavnosti propisa pa i konceptijski pogrešna rješenja kojima se ne može postići željeni učinak, oduzimanje stečenih prava i sl. Sve to slabi pravni sustav pa se mijenjaju propisi doneseni na brzinu, nekada i bez prave stručne rasprave i po hitnom postupku, kako bi se nedo-

staci uklonili. Očiti primjer grešaka pri izmjeni propisa su godinama činjene stalne izmjene Ovršnog zakona primjena kojih pridonosi pravnoj nesigurnosti. Kampanjsku prilagodbu akona europskom pravu pratili su nažalost i ne baš rijetki brzopleto stavljeni amandmani na zakonske prijedloge i njihovo nepromišljeno prihvaćanje od strane predlagatelja bez prethodnog konzultiranja sa strukom. Tome treba dodati i nekritičko usvajanje nekih domaćih “originalnih” pravnih rješenja za pojedina otvorena pitanja.

Nije, naime, dovoljno u propise ugraditi samo ono što znači prilagodbu europskom pravu, jer to, zbog prirode i načina djelovanja europskog prava, zahtijeva samo fragmentarne zahvate a time se ne rješava pitanje cjeline pravnog sustava. Prilagodba pojedinih rješenja u propisima tzv. europskom pravu ostaje bez željenog učinka, ako su nova rješenja dio nedovoljno uređenog i nedjelotvornog pravnog sustava. Europeizacija prava znači dovođenje cijelog pravnog sustava na onu razinu na kojoj su pravni sustavi razvijenih europskih zemalja a ne samo onih njegovih dijelova koji su uređeni europskim pravom.

Zato je prilagodbu hrvatskog prava europskom pravu trebalo iskoristiti za temeljito preispitivanje cijelog pravnog sustava. Ograničavanjem samo na unošenje u propise onoga što zahtijevaju pojedine norme europskog prava kojima se treba prilagoditi samo je djelomično obavljen posao modernizacije prava. Pristup cjelokupnom pravnom sustavu potreban je zbog potrebe djelovanja sredenog, dobrog i modernog pravnog poretka. Europsko pravo odnosno pravo najrazvijenijih zemalja članica Unije pri tome su koristan uzor.

Prihvaćanje rješenja iz anglosaksonskih pravnih sustava moguće je u mjeri u kojoj se mogu uklopiti u pravni sustav koji se temelji na srednjoeuropskoj pravnoj tradiciji. Pritom treba razlikovati je li riječ o nametanju takvih rješenja silom gospodarske ili političke dominacije jačega ili o rješenjima koja doista unapređuju pravni sustav i bolje odgovaraju suvremenim potrebama. Zato nije preporučljivo njihovo mehaničko unošenje u domaće pravo bez prethodne pažljive analize učinka takvih postupaka. I u tome se korisno poslužiti pravima uzorima o kojima je bilo riječi i prihvatiti način kako su takva rješenja unesena u spomenuta prava. Povijest pokazuje da globalizacija na području prava dovodi do prihvaćanja rješenja iz anglosaksonskog pravnog kruga i u kontinentalnim pravima. To je logična posljedica činjenice da se načini poslovanja i poslovne konstrukcije nastale u državama s pravnim sustavima koji pripadaju tom krugu prihvaćaju i izvan njih i postaju uobičajena poslovna praksa.

8. Europeizaciju prava treba stoga shvatiti kao širi proces od gole prilagodbe europskom pravu. Pritom se korisno poslužiti nekim pravom uzorom kao vodičem u tome poslu, što ne isključuje da se kao uzor ne uzmu i pojedina rješenja iz drugih prava u mjeri u kojoj se smatraju dobrim, korisnim i primjenjivim. Treba, naime, početi od toga da je u najrazvijenijim zemljama Unije razvoj prava u posljednja dva stoljeća išao postupno bez velikih potresa i promjena koje bi značile napuštanje jed-

nih i prihvaćanje sasvim novih potpuno oprečnih osnova na kojima počiva pravni sustav, kao što se to u istom razdoblju više puta dogodilo kod nas. Spomenute su zemlje tako izgradile stabilne pravne sustave koje stalno dorađuju pod utjecajem europskog prava. Logično je stoga koristiti se njihovim iskustvima, a ne izmišljati nova rješenja koja drugdje nisu prihvaćena.

Takav pristup modernizaciji prava donosi i druge prednosti. Pravni sustav ne čine samo propisi nego i način kako ih se primjenjuje. Europeizacija prava stoga znači i primjenu moderniziranog prava onako kako se to čini u razvijenim zemljama članicama Unije. Ocjena u kojoj je mjeri modernizirano pravo neke države članice u krajnjoj će liniji ovisiti o njegovoj primjeni. Prihvaćanje pravnih rješenja po uzoru na neko od razvijenih pravnih sustava omogućuje i korištenje dugo stvarane sudske prakse u zemlji čije se pravo koristi kao uzor i tamošnje bogate pravne književnosti. To je način da se u stvaranju i primjeni prava koriste najbolja iskustva drugih nastala u dugom razdoblju.

Tako se izbjegavaju nepotrebna lutanja u primjeni prava i ponavljanje tuđih pogrešaka, naročito kada je riječ o novim rješenjima prihvaćenim u pravu provođenjem njegove europeizacije. Brzina kojom se želi modernizirati pravo ne dopušta gubitak vremena da bi se pronašla najbolja rješenja i primjena prava uskladila sa zahtjevima koji se postavljaju pred razvijene europske zemlje. Treba se stoga koristiti s onim do čega su one u tome došle.

9. Europska pravna stečevina nastala je radi ostvarenja temeljnih tržišnih sloboda na kojima se zasniva Europska unija: slobodi kretanja osoba, kapitala, roba, pružanja usluga. Time se određuje i područje koje se uređuje tom stečevinom. Zato se prilagodba prava europskoj pravnoj stečevini ostvaruje prilagodbom propisa kojima se neposredno ili posredno uređuje ostvarenje tih sloboda. Riječ je o pravnom uređenju gospodarskog poslovanja i svega što je u vezi s time. Prilagodbu prava europskoj pravnoj stečevini treba stoga gledati i kao stvaranje pravnog okvira koji uređuje djelovanje na unutarnjem tržištu koje čine teritoriji svih država članica pa svaka država koja pristupa Uniji mora svojim pravnim sustavom osigurati ostvarenje spomenutih sloboda i na svom teritoriju. To vrijedi i za Hrvatsku za koju se može dati ocjena uspješnosti postupka prilagodbe prava koji je prošla.

Hrvatska je još uvijek u gospodarskoj krizi i u tome nije neki poseban izuzetak u odnosu na druge zemlje, neke su iz nje izašle a u nekima je kriza i dublja. U ekonomskoj se znanosti iznose razni prijedlozi o tome što poduzeti da se izađe iz krize. Pritom valja imati na umu da su pravo i ekonomija toliko isprepleteni da je teško reći gdje završava ekonomija a počinje pravo i obrnuto. Riječ je o njihovoj međusobnoj zavisnosti, snažnom utjecaju jednoga na drugo, jer se bez za to podobnog pravnog sustava ne može voditi ekonomija kako treba, a s druge strane pri stvaranju pravnog sustava ne smiju se zanemariti ekonomske zakonitosti. Stoga među mjere potrebne za oživljavanje gospodarstva treba ubrojiti i stvaranje pravnog okvira povoljnog za gospodarstvo. Poduzimanje samo gospodarskih mjera ne bi bilo dovoljno za postizanje željenog cilja.

Kada se govori o tome gdje se želi biti u neko zadano buduće vrijeme, ne smije se zanemariti odgovor na pitanje kakav je pravni sustav potreban da se postigne taj cilj. Tom sustavu ne treba kod toga pridavati preveliku važnost, ali ga se ne smije ni zanemariti jer on je ipak okvir u kome se gospodarstvo može kretati, a taj okvir može suziti ili proširiti područje djelovanja, olakšati ga ili otežati a u nekim stvarima ga nekada čak i onemogućiti. U odnosu na život nerealno postavljen pravni sustav neće na kraju uvijek spriječiti postizanje željenog poslovnog cilja ali će, zbog potrebe da se za to koriste zaobilazni putovi, za to biti potrebno više vremena pa će to u konačnici više stajati, što u natjecanju s drugima može biti pogubno.

Osnovno je pitanje je li pravni sustav podoban da potiče dobro poslovanje? S time se Hrvatska baš i ne može pohvaliti. Zašto? Prvo, zato što je i u pravu prošla tranziciju. Iz jednog sustava normi, kad je o gospodarstvu riječ, ušlo se u drugi i to ne toliko u uređenju ugovornih odnosa gdje razlike zaista nisu velike, nego u pravnim rješenjima koja se tiču uređenja pravnih subjekata u gospodarstvu i pitanja koja se uređuju javnopravnim propisima mjerodavnim za poslovanje. Nakon toga su isforsiranom brzinom, u neprimjereno kratkome roku, pravim zakonodavnim stampedom, donošeni novi propisi ili mijenjani postojeći radi prilagodbe prava pravnoj stečevini Europske unije.

Došlo je do pravog tsunamija na tom području. A posljedice su u pravu, kao i iza tsunamija u prirodi, lako usporedive: imamo brojne propise koji nisu međusobno usklađeni, kontradikcije i pravne praznine. Pri njihovu donošenju nije se dovoljno brinulo o tome na kom je području neki propis temeljni tako da se norme kojima se uređuje to područje moraju temeljiti na njemu i da se drugim propisima od njega propisuju izuzeci samo kad je to prijeko potrebno. Kako se radilo na brzinu i uglavnom često nekritički prepisivalo sekundarne izvore europskog prava često i pristupom *cut and paste* ili prava neke zemlje koje je služilo kao uzor pri čemu, zbog nedovoljne koordinacije jedni nisu vodili računa što rade drugi, dobiveni su propisi koji se međusobno uvijek baš i ne slažu.

Tome je dijelom pridonijelo i ropsko prevođenje stranog pravnog nazivlja i preuzimanje pravnih instituta iz drugih prava bez prave ocjene što oni znače u pravu iz kog su uzeti i bez valjane prosudbe odgovaraju li duhu domaćeg prava, odnosno može li ih se i kako te s kakvom prilagodbom unijeti u domaće pravo. Primjer zanemarivanja tog temeljnog pravila i umjesto toga ropskog prevođenja jest prijevod engleskog izraza *material fact* s „materijalna činjenica“ umjesto važna, bitna činjenica pa bi iz toga npr. proizlazilo da se burzu mora obavještavati o svakoj činjenici koja se tiče društva vrijednosnim papirima kojeg se trguje na uređenom tržištu vrijednosnih papira, a ne samo o onim bitnim. Slično je i s prijevodom engleskog izraza *classified document* koji je ropski preveden kao „klasificirani dokument“, „klasificirana isprava“ umjesto isprava s oznakom tajnosti, jer u hrvatskom jeziku glagol klasificirati znači nešto sasvim drugo.

Primjer kako pogrešan prijevod može dovesti do temeljite razlike između onoga što treba biti i rješenja iz prijevoda je prilagodba europskoj Uredbi o stvaranju europskog ovršnog naslova za nesporne tražbine. Pri tome se uzelo u obzir tekst Uredbe pisan na engleskom jeziku pa se umjesto naziva *naslov* (što je zapravo ispravno) koristio naziv *nalog* (engl. *order*) i u Noveli ovršnog zakona iz 2008. koristio naziv europski ovršni nalog za nesporne tražbine što kod nas znači neki akt suda radi određivanja i provedbe ovrhe, a ne nešto na temelju čega se tek određuje ta ovrha, a to je bitna razlika. Greška se mogla izbjeći da se provjerilo kakav se naziv koristi u verzijama Uredbe na drugim jezicima, prvenstveno na njemačkom Engleska verzija naslova Uredbe glasi *European Enforcement Order for uncontested claims* a njemačka *Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen*. Da se to učinilo, iz njemačke verzije Uredbe bi se vidjelo da se mora upotrijebiti naziv *ovršni naslov* a ne *ovršni nalog* što je velika, bitna razlika. Ima primjera da se zbog grešaka u prijevodu u više propisa za istu stvar koriste nazivi koji nisu identični. To može dovesti do nepotrebne rasprave o tome je li riječ o istom pravnom institutu ili se htjelo neku stvar u nekom propisu drukčije urediti.

Pri korištenju europskih pravnih izvora valja postupiti s dužnim oprezom i ne smije se ograničavati samo na jednu jezičnu verziju izvora. U pisanju tih izvora nije rijedak slučaj da se nazivlje koristi u skladu s njegovim značenjem u pravu države članice u kojoj je jezik na kome se izvor piše službeni jezik, a to obično upućuje na primjenu pravnih instituta iz tog prava. Posljedica toga je da ista stvar u raznim jezičnim verzijama nije izražena na isti način. Kada se rješenja iz europskih pravnih izvora ugrađuju u pravo nastalo po uzoru na germansku pravnu tradiciju, valja se koristiti izvorima europskog prava na njemačkom jeziku, jer je u tom pravu pravno nazivlje u posljednja dva stoljeća, uz ipak samo djelomični izuzetak razdoblja važenja jugoslavenskog prava, stvarano po uzoru na tu tradiciju. Izloženi primjer iz ovršnog prava očito pokazuje da kakvih posljedica može doći ako se tako ne postupi.

Učinak tog golemog posla je da se pravo moderniziralo, ali pravni sustav ne čine usklađeni propisi kao cjelina. U zakonodavstvu su korištena moderna pravna rješenja što je dobro, ali su u sustavu ona razbacana, popularno rečeno pravni je sustav uneređen. U njemu se danas teško snalaze i pravni stručnjaci, a da i ne govorimo o pripadnicima drugih struka koji po njemu moraju postupati i brzo donositi odluke u svakodnevnom poslovanju. Nije korištena poznata metoda prihvaćena u drugim pravima da se unošenjem u pravo rješenja iz neke smjernice to čini jednim zakonom za više zakona kako se ne bi dogodilo da se pri tome ne sagledava domet neke norme na pravni sustav kao cjelinu.

Stoga je prvi zadatak na tom području da se odmah pristupi ozbiljnom poslu sređivanja pravnog sustava kako bi ga se dovelo u red. Mora se uspostaviti takav pravni sustav u kome će se njegovi adresati lako snalaziti i koji u primjeni ne će izazivati toliko neizvjesnosti da je teško a nekada i gotovo nemoguće unaprijed točno procijeniti domet neke pravne norme, što je pogubno ne samo za građane i za

ostvarivanje i zaštitu njihovih prava nego i za poslovanje u gospodarstvu. Jedan od primjera nepreglednosti pravne regulative je i činjenica da se propisi mijenjaju i po nekoliko puta a da se službeno ne utvrđuju njihovi pročišćeni tekstovi nego se to prepušta privatnim zbirkama propisa za koje nema jamstva odgovaraju li tako redakcijski pročišćeni tekstovi stvarnom stanju. Na temelju njih sudovi i upravna tijela vode postupke i donose odluke pa nema uvijek garancije da se sudska i upravna praksa razvijaju u skladu sa stvarnim stanjem propisa. I kad se samo izuzetno službeno utvrdi pročišćeni tekst nekog zakona, kao što je to primjerice učinjeno sa Zakonom o trgovačkim društvima, to se čini tako da tekst nije bez odstupanja u odnosu na stvarno stanje činjenih promjena. To utječe na pravnu sigurnost, jer se u tolikim izmjenama najbolje ne snalaze ni oni koji primjenjuju pravo.

Druga stvar koja ne pogoduje poslovanju je sadašnji sustav lokalne i područne (regionalne) samouprave. Hrvatska se ubraja u najcentraliziranije države u Europi zato jer joj je teritorij raspoređen u suviše sitne dijelove (578 različitih jedinica u odnosu na 105 koliko ih je bilo 1990) pa se zapravo, protivno načelu supsidijarnosti čije provođenje zahtijeva Europska unija, o svemu odlučuje odozgo a ne tamo gdje je to najbliže onome na koga se odluke odnose tako da se na višu razinu odlučivanja prenosi samo ono o čemu se ne može odlučiti na onoj nižoj. Pravno uređenje samouprave valja uskladiti s europskom pravnom stečevinom tako da ne sprječava ni ne ograničava ostvarenje ranije spomenute četiri temeljne tržišne slobode na kojima počiva Unija. Na tome se već radi.

Jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave toliko su usitnjene da zbog stručne nesposobnosti ni uza sav svoj za njih prevelik upravni aparat nisu u stanju donositi valjane odluke a da se i ne govori o njihovu provođenju i o primjeni propisa uopće. Zato nastaju teškoće na lokalnoj razini, primjerice kad je riječ o ulaganjima koja se želi provesti, jer o brojnim stvarima vezanim uz njihovo ostvarenje odlučuju razna tijela na lokalnoj razini koja zbog stručne neekipiranosti nisu u stanju valjano prosuditi ono o čemu odlučuju i koja olako raspisuju parafiskalne namete brinući se isključivo o popunjavanju vlastitih proračuna zanemarujući pritom posljedice učinka onoga o čemu odlučuje na poslovanje. Nije zanemariv broj slučajeva da je postupanje tijela samouprave spriječilo ulaganja ili ih toliko otežalo, odugovlačilo da ih se nije moglo ostvariti u skladu s prethodnim zamislima. To je jedan od činitelja koji su doveli do nepovoljne investicijske klime, što se ogleda u padu ulaganja. Stoga je u pripremi nova teritorijalna podjela države kojom bi se trebalo omogućiti djelotvorniju javnu upravu i samoupravu podobnu da omogućiti ostvarivanje vrijednosti koje su zajednički temelj europskim društvima.

Tome treba dodati kronično sporo sudovanje koje otežava ostvarivanje i zaštitu prava. Brojni primjeri iz prakse upućuju na zaključak da imovina više nije zadovoljavajuće sigurna i da se u zaštiti svojih interesa ne može uvijek pouzdati u ishod mjera koje se u tom cilju poduzimaju, ne samo u pogledu vremena trajanja sudskih postupaka nego nažalost ni u pogledu njihova ishoda. Živi se i posluje u pravno

nesigurnim uvjetima, a to poskupljuje poslovanje, jer se sve to ugrađuje u cijenu za koju se prodaje roba ili pružanju usluge pa i cijena novca koja je zbog takvih uvjeta u usporedbi s drugim zemljama neprimjereno visoka.

Zato je prijevremena potreba da se uspostavi prihvatljiva razina vladavine prava. Ona zahtijeva:

a) razuman broj i opseg jasnih i međusobno usklađenih propisa koji se često ne mijenjaju, što je uvjet kojemu se kraj stalnog povećanja europske pravne stečevine što je treba sustavno unositi u domaće pravo praktički ne može udovoljiti, ali je u pogledu toga Hrvatska u istom položaju kao i države članice Unije;

b) stalnu primjenu propisa prema svima jednako i bez izuzetka uz odsustvo kampanja koje samo pokazuju da taj uvjet nije ispunjen;

c) mogućnost realne prosudbe koja pravna sredstva treba upotrijebiti da bi se ostvarilo ili zaštitilo neko pravo, vremena koje je za to potrebno i rezultata koji se time ostvaruje;

d) stručne, nezavisne, nepristrane i ažurne suce i upravne službenike koji se u radu pridržavaju etosa svog poziva i

e) nemogućnost svakog izvanpravnog utjecaja na onoga tko primjenjuje pravo.

Uspostavom vladavine prava sprječava se i korupcija. To zahtijeva hitno unapređenje djelovanja pravosuđa. Nešto je već i učinjeno, ali s time treba sustavno nastaviti. Gospodarstvo traži središnji pravni sustav i njegovo dobro djelovanje, jer pravo je onakvo kakvo je u primjeni a ne kakvo mu je slovo na papiru. Dok se ne uspostavi prijateljski pravni okvir za djelovanje onoga kome je namijenjen, teško je očekivati uvjete za dobro poslovanje. To naravno nije jedini pa ni najvažniji uvjet gospodarskog razvoja ali je uvjet bez kojega se ne mogu očekivati željeni gospodarski učinci u skladu s vizijom stanja u gospodarstvu u razdoblju koje je pred nama.

5. Izazovi pred kojima je pravnička struka

10. Za uspostavu zadovoljavajuće razine vladavine prava potrebno je da za nju budu osposobljeni i oni koji djeluju u primjeni prava. U tome važnu ulogu imaju pravници kojima nije lako snalaziti se u silnim učestalim promjenama u pravu s kojima se susreću, a naročito kad se njima u pravo uvode potpuno nove stvari. To je izazov koji stoji pred pravničkom strukom. Ona već danas djeluje u praktički potpuno novom pravnom okruženju u usporedbi s onim od prije desetak godina.

Dovoljno je samo napomenuti koliko je izmijenjen pravni sustav i u kojoj je mjeri, iako je i do tada bio opsežan, povećan prilagodbom prava europskoj pravnoj stečevini i da se i dalje stalno povećava. Ulaskom u punopravno članstvo u Europskoj uniji odluke Europskog suda i formalno postaju izvor prava. Sudski sustav u Uniji čine sudovi u državama članicama i Europski sud. Sudovanje počiva na naci-

onalnim sudovima ali pritom ne treba zanemariti ulogu Europskog suda koji tumači europsko pravo a primjenjuju ga nacionalni sudovi. On to čini na razne načine od kojih valja istaknuti tzv. prethodni postupak kad mu se obraćaju nacionalni sudovi da protumači europsko pravo koje moraju primijeniti pa su vezani njegovim tumačenjem. Druga uloga tog suda je u obavljanju sudskog nadzora nad valjanošću akata koje donose europske institucije, a treća da nadzire ispunjavaju li države članice obveze koje proizlaze iz njihova članstva u Uniji.

Glavni teret primjene europskog prava je na nacionalnim sudovima. Suci za to moraju biti pripremljeni, jer će to za njih biti novi veliki zadatak koji zahtijeva veliko znanje i stalnu informiranost o velikom broju normi europske pravne stečevine, opseg koje je već prikazan. Od njih se stoga očekuje velika kreativnost a to znači i promjenu načina njihova razmišljanja i pristupanja suđenju kakvo je ono danas. Suci pritom moraju uvijek razmišljati i o novoj dimenziji, tj. o postojanju europskog prava, utječe li ono u slučaju koji je pred njima na primjenu norme koju bi inače trebalo primijeniti i u kojoj mjeri te s kakvim učinkom. To je značajna novost u odnosu na način njihova rada dosad. No, zajedno s njima o tome moraju razmišljati i drugi pravni stručnjaci koji sudjeluju u postupku jer o tome moraju iznijeti svoja gledanja i potrebnu argumentaciju kojom potkrjepljuju svoje zahtjeve ili prigovore.

Za ilustraciju koliku će to promjenu izazvati može poslužiti primjer da stajalište Europskog suda može dovesti do toga da se ne primjenjuje neki nacionalni propis premda se iz njegove formulacije to ne bi moglo zaključiti. Treba ga, naime, tumačiti u skladu s praksom tog suda koja može biti takva da se neki propis, premda i dalje postoji u pravnom sustavu, u nekom slučaju ne može primijeniti jer bi to po mišljenju Europskog suda bilo protivno europskoj pravnoj stečevini, pa i kad to Sud nije izrekao u vezi s predmetom u kome odlučuje nacionalni sud. To je u neku ruku dijelom uvođenje sudskih presedana uobičajenih u anglosaksonskom pravnom okruženju u primjenu prava u državama čiji se pravni sustavi temelje na kontinentalnim pravnim tradicijama. Takav pristup primjeni prava zahtijeva temeljito poznavanje prakse tog suda uključujući njezino stalno praćenje a ona je vrlo opsežna i dinamična.

Druga važna promjena je u primjeni teleološke metode tumačenja propisa, tj. drukčije nego kod nas nažalost u praksi još uvijek dominantne metode gramatičkog tumačenja koja time postaje samo pomoćnim sredstvom tumačenja. To u primjeni prava znači da se iz cilja propisa, a ne primarno iz njegove jezične formulacije, izvlači zaključak kako primijeniti pravnu normu što može dovesti do stajališta kojemu se ne bi moglo naći uporište samo u jezičnom izričaju propisa. Nije bilo zapreke da se ta metoda tumačenja koristi i ranije, ali je praksa drukčija.

Promjena u načinu tumačenja propisa značajan je napredak u primjeni prava naročito ako se uzme u obzir kako se donose propisi i kako ih se formulira, od razine stručnog pristupa tome do utjecaja na njihov sadržaj. Zadržati se pri tumačenju samo na jezičnoj formulaciji propisa nije dobro, jer je ona nekada takva da je više plod brzine i površnosti pri njegovoj izradi nego punog izražavanja cilja koji se propisom

želi postići. Kako je dobar dio pravnog sustava mijenjan na temelju smjernica Europske unije kojima se traži da se u njega unesu u njima predviđena rješenja, mora se poznavati i opsežne preambule smjernica da bi se utvrdio cilj propisa koji se na temelju njih donose ili mijenjaju. Tako praksa Europskog suda i spomenute smjernice postaju nezaobilazan instrumentarij koji se mora poznavati da bi se pravilno tumačilo ono domaće pravo koje je nastalo pod utjecajem europske pravne stečevine. To za pravnike znači da pri davanju pravnih mišljenja ili poduzimanju pravnih radnji nije dovoljno da poznaju samo domaće pravne izvore nego moraju uzimati u obzir i onaj dio europske pravne stečevine koji je relevantan za predmet kojim se bave.

Nakon stupanja Republike Hrvatske u punopravno članstvo u Europskoj uniji to će doći još više do izražaja zbog promjena u sudovanju i načinu primjene propisa od strane sudova i upravnih tijela naročito s obzirom na ulogu Europskog suda i obveznost njegovih stajališta. Domaći sudovi, što je već rečeno, neposredno primjenjuju europsku pravnu stečevinu i tek ako dođe do nedoumica o tome kako je tumačiti, zastaju s postupkom i obraćaju se Europskom sudu za tumačenje koje ih obvezuje.

Za sagledavanje dosega promjena do kojih će doći u pravničkoj struci tome treba dodati i slobodu kretanja pravnih stručnjaka na cijelom području Unije, što će imati za posljedicu sudjelovanje i onih iz inozemstva u primjeni prava kod nas, u sudskim i upravnim postupcima i sl. To treba očekivati na području primjene prava kojim se uređuju temeljne tržišne slobode na kojima se temelji Europska unija i u stvarima koje se tiču prekograničnih odnosa. Riječ je o značajnim i ne malim područjima primjene prava. Nije bez značaja okolnost da je tu riječ o osobama kojima je primjena prava nastalog pod utjecajem europske pravne stečevine vrlo dobro poznata i da u tome imaju više iskustva od naših pravnika. Jezik im u tome ne će biti prepreka, jer će s njima zajedno djelovati i domaći kolege.

Veća protočnost bit će tamo gdje se usvoje međunarodni standardi, a to je naročito primjerice područje prava društava i trgovačkog prava. Tu su stvari vrlo slične i zapravo poslovne konstrukcije k nama dolaze iz drugih razvijenih zemalja. To je područje u kojem će iz inozemstva dolaziti pravnici s unaprijed pripremljenim modelima koje će primjenjivati i kod nas. Prilagodba prava europskoj pravnoj stečevini dovela je do toga da je veliki broj tih standarda manje-više ujednačen pa će tu i protočnost biti puno veća. Ona danas postoji tako što u pravilu velike inozemne odvjetničke kuće angažiraju domaće odvjetnike koji poznaju domaće pravo, a onaj drugi međunarodni dio posla obavljaju inozemni pravnici. Tako se neke stvari danas rade. Ne treba očekivati da će neki inozemni pravnik uređivati međe u Hrvatskoj ili baviti se smetanjem posjeda. To je ionako područje koje nije uređeno zajedničkim europskim pravnim standardima. Inače je sigurno da će doći do spomenutih kombinacija. Recimo, inozemni će odvjetnici otvoriti u Hrvatskoj podružnicu, zaposlit će nekoliko domaćih kolega koji će se baviti ovim našim specifičnim stvarima koje su vezane za nešto što se događa kod nas. Naravno, s vremenom to će se polje širiti i doći će do međusobnog prekrivanja.

Ulazak u Europsku uniju otklonit će pravne barijere, upravne barijere koje sada sprječavaju da inozemni odvjetnici neposredno djeluju u Hrvatskoj i obrnuto. Time će se zaoštriti konkurencija u pravničkoj struci. Moguće je okrupnjavanje odvjetničkih društava i tako stvaranje velikih društava s brojnim specijaliziranim pravnim stručnjacima, jer velika složenost prava zahtijeva i specijalizaciju. I sada nije moguće biti dobar pravnik općeg tipa, a svakim danom sve veća složenost pravnog sustava i značajno povećanje pravnih izvora koje pravnici moraju temeljito poznavati da bi mogli obavljati svoj posao zahtijeva specijalizaciju, a da se i ne govori o onome što tek predstoji.

Djelovanje pravnika iz inozemstva na neposredan ili posredan način imat će i svoju dobru stranu. Tako se prenose dugogodišnja stečena iskustva i tehnike rada velikih odvjetničkih društava poznate samo onim domaćim pravnicima koji djeluju na međunarodnom planu gdje su se već susreli s takvim pristupom poslu. To se već sada osjeća u razlici pri zastupanju pred sudovima i arbitražama, u formuliranju i izgledu podnesaka, od tehničkog opremanja do načina kako se iznosi meritum stvari, racionalnosti, sustavnosti izlaganja i dr. Tome će se morati prilagoditi cijela pravnička struka, ne zbog toga što to čine kolege iz inozemstva nego zbog sebe same žele li njezini pripadnici uspjeti u poslu kojim se bave. Sloboda pružanja usluga pružit će domaćim pravnicima mogućnost da djeluju i izvan granica zemlje, na cijelom području Europske unije koje je i za njih unutarnje tržište

Globalizacija u svim područjima života nije mogla mimoći ni pravo a samim time niti pravničku struku. To su posebno osjetili pravnici koji se bave tim poslom na međunarodnom planu. Engleski jezik postaje dominantan pravnički jezik, svojevrsna pravnička *lingua franca*. Utjecaj anglosaksonskog pristupa stvarima izuzetno je velik. Ugovori se sastavljaju pod tim utjecajem, postaju veliki, poprilično nepregledni, nakrcani, gledajući sa stajališta kontinentalnih pravnika, često nepotrebnim pa i nerazumljivim formulacijama, uglavnom zbog induktivnog a ne deduktivnog načina razmišljanja pravnika koji nisu obrazovani na kontinentalnim pravnim tradicijama. Na tom području dominira arbitražno rješavanje sporova pa arbitraža postaje svojevrsna moć. S time treba ozbiljno računati pa je prijeka potreba da se prati arbitražna praksa, naročito stajališta koja se zauzimaju u arbitriranju pri velikim svjetskim arbitražnim centrima. Tome treba dodati i reakcije nacionalnih sudova u slučajevima pobijanja arbitražnih odluka. Sve su to izazovi za pravnike, posebno one u gospodarstvu dodatni onima kojima su inače izloženi.

Pravnici se tako ponovno nalaze pred novim izazovom. Nijedna struka neće ulaskom države u Europsku uniju pretrpjeti tolike promjene kao pravnička struka. Iako sadašnje velike promjene nisu s obzirom na brojne temeljite promjene u pravnom sustavu do kojih je dolazilo u prošlosti pravnicima neka novost, jer su navikli na to da svakih petnaestak godina počinju raditi u bitno drukčijem pravnom okruženju, ovog je puta taj izazov drukčiji. Odnosi su složeniji, pravna regulativa obimnija i nažalost, iako je čine modernizirani propisi, još nije u toj mjeri sredena da čini kon-

zistentan pravni sustav, a još nema ni prakse domaćih sudova i upravnih tijela u primjeni prava usklađenog s europskom pravnom stečevinom. Mnogo je stvari još pod upitnikom, a ne može se odlagati primjena prava u novim uvjetima, nema vremena za odgodu da bi se upoznalo s novim stvarima.

Zato se od pravnika traži kreativnost, iako se u tome s obzirom na sadašnje stanje stvari očekuju i lutanja. Izlaz iz toga treba tražiti u stalnom stjecanju novih znanja, upoznavanju s novinama praćenjem pravne književnosti, ne samo domaće nego i one u vodećim državama članicama Unije i redovitim upoznavanjem s praksom Europskog suda. To je *condicio sine qua non* svih koji se bave pravom. Riječ je o najvećoj promjeni koju je ikada doživjela pravnička struka na ovim prostorima. Ona je mnogo veća od one do koje je došlo prijelazom iz jedne društveno-ekonomske formacije u drugu. Ako je riječ o najvećoj reformi prava koja je kod nas ikada provedena, logično je da je slijedi i najveća promjena kojoj su izloženi pripadnici pravničke struke.

Tome treba dodati da je u državama članicama oko 30% osoba koje djeluju u javnoj upravi uključeno u donošenje odluka u području javnih politika u Europskoj uniji koja se više ne temelji na vladanju nego na upravljanju u kome sudjeluju sve države članice. U toj velikoj skupini stručnjaka znatan broj čine pravnici. Tu je manjim dijelom riječ o osobama koje stalno djeluju u tijelima Unije, a veći dio je onih koji u njima povremeno djeluju na različitim razinama odlučivanja. Želi li država članica aktivno sudjelovati u upravljanju u Uniji i pritom artikulirati i zastupati svoj interes, mora to činiti putem stručno spremnih osoba koje znaju svoj posao. U tome nije zanemariva i uloga pripadnika pravničke struke.

Za sve to pravnička se struka morala na vrijeme pripremiti. To do sada nije učinjeno, osim samo u značajnijim odvjetničkim društvima koja se na međunarodnom planu već susreću s novim uvjetima primjene prava. Daleko je to od onoga što bi trebalo biti dovoljno za dobro buduće djelovanje pravnog sustava. Osim pravnicima koji se bave znanstvenim radom i rijetkih izuzetaka u odvjetničkim krugovima, pravničkoj populaciji to je još uvijek strano. Još je na vrijeme da se počne s pripremanjem. Pravnike se u tome ne smije ostaviti same, mora se organizirati način da budu sustavno informirani. Moraju to učiniti državne institucije za pravnike zaposlene u pravosuđu i javnoj upravi. Nešto od toga ali samo rudimentarno provodi se u Pravosudnoj akademiji. Zadatak je to i pravničkih udruga, ali one djeluju samo povremenim održavanjem stručnih skupova na kojima nažalost više dominiraju striktno domaće teme obradom kojih se daju upute kako primijeniti neki propis, a samo se povremeno raspravljaju pitanja vezana uz primjenu europskog prava. Za očekivati je da će se za odgovarajuće obrazovanje svojih članova pobrinuti i komore pravnika slobodnih profesija.

Glavni teret osposobljavanja za obavljanje posla u novim uvjetima je na pripadnicima pravničke struke, ali im se to mora omogućiti. Zasad su u tome prepušteni sami sebi i pojedinačnom snalaženju. Nema naznaka da se na tom području nešto

sustavno priprema. Nisu rijetki komentari starijih pripadnika struke, naročito onih na višim sudovima, da će oni kad slučajevi primjene prava u novim uvjetima dođu do njih već biti u mirovini pa nema potrebe da ulaze u tzv. novo pravo. Za mali broj pravnika to je tačno, ali daleko najveći dio pripadnika struke mora biti svjestan toga da mora biti spreman na promjene. U protivnom ne će više biti u stanju baviti se strukom na zadovoljavajući način s velikim izgledima da će u poslu griješiti i za to odgovarati. Riječ je o odgovornosti za štetu cijelom svojom imovinom, a to je najbolji poticaj da se primjereno osposobe za dobro obavljanje posla kako bi se spriječila tako neugodna posljedica učinjenih propusta i pogrešaka. Pripadnik svake struke dužan se osposobiti za posao koji obavlja, pravnici u tome nisu izuzetak.

ПРАВНИ СТАТУС МАЊИНСКИХ АКЦИОНАРА

Проф. др Марко Рајчевић

***Апстракт:** У овом раду разматран је правни положај мањинских акционара кроз приказан садржај принципа равноправности и кроз презентовања права и начин заштите права акционарске мањине. Указано је на потребу разликовања појма малих и мањинских акционара те потребу успостављања баланса између заштите позиције мањине и афирмације принципа већинског одлучивања у контексту значаја које акционарско друштво има у привлачењу заинтересованих инвеститора.*

***Кључне ријечи:** мањински акционари, равноправност акционара, права мањинских акционара.*

I. Уводне напомене

Акционарска друштва су најпогоднија правна форма за прикупљање значајних финансијских средстава ради реализовања озбиљних пословних подухвата. Објашњење зашто је то тако лежи у самој концепцији акционарских друштава. Наиме, чланови, односно акционари не одговарају за имовинске обавезе друштва, њихов пословни ризик ограничен је само на оно што су унијели у друштво, а перспектива партиципације у добрим пословним резултатима друштва кроз учешће у добити довољан је стимуланс за опредјељење улагача да своја слободна новчана средства уложе у куповину акција умјесто да их депонују у банку. Зависно од расположивих средстава за улагање, акционари могу бити у категорији оних који ће имати право да значајно или одлучујуће учествују у доношењу одлука на скупштини друштва, али је свакако највећи број оних улагача који нису у таквој позицији. У националним законодавствима је заокружена догматика два појавна облика акционарских друштава према начину оснивања, висини основног капитала, броју акционара и отворености за чланско учешће нових акционара, па у том смислу ваља разликовати отворена (масовна) акционарска друштва од затворених акционарских друштава.

* Проф. др Марко Рајчевић, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци.

Отворена акционарска друштва карактеришу се великим бројем акционара и великим основним капиталом, а у њима одлучујућу улогу у доношењу свих могућих одлука имају велики акционари. Утицај бројних малих акционара је миноран због чега се такви акционари најчешће понашају незаинтересовано и у принципу не учествују у раду скупштина. Кад имају амбицију да утичу на доношење одлука удружују се у удружења малих акционара, али и такви покушаји у правилу бивају неуспјешни, јер се акционари суочавају с потребом њиховог финансирања и организације њихових активности за шта је потребан ангажман некога ко ће за рад таквих удружења жртвовати своје слободно вријеме и адекватна новчана средства.¹

Када се овим околностима дода и чињеница да су у нашим приликама, због карактеристика ваучерске приватизације, мали акционари физичка лица која нису едукована за учешће на скупштинама нити имају минимална знања о начину функционисања акционарских друштава, добија се комплетна слика о позицији малих акционара у таквим акционарским друштвима.

Међутим, у земљама које имају развијено акционарство са дугогодишњом традицијом оваква слика о позицији малих акционара је другачија, не само због тога што су едукованији и упознати са својим правима, већ и због тога што су у статусу малих акционара и институционални инвеститори који морају да воде рачуна о интересима оних који су им повјерили старање о њиховим финансијским интересима и којима је инвестирање професионална дјелатност. У том смислу се и код нас у задње вријеме мијења ситуација. Но, без обзира на фактичку ситуацију дужност је законодавца да кроз релевантне прописе обезбиједи адекватну позицију малих акционара, те им тиме гарантује стандарде који су данас у националним и међународним оквирима уобичајени. Ова „дужност“ производ је потребе да се привуче инвестициони како домаћи тако и страни капитал, а до тога неће доћи ако се не обезбиједи ти стандарди.

Акционарско друштво није идилична средина у којој влада хармонија интереса. Напротив, у овим друштвима чест је конфликт интереса између различитих структура, па тако и између самих акционара, затим између акционара и управе друштва, односно између друштва и појединих акционара, односно чланова управе. Нарочито су латентни противрјечни интереси између великих и малих акционара. Акционарско друштво упркос постојању разних конфликта мора функционисати како би се остварила сврха његовог постојања, па су у том циљу осмишљена бројна правила и правне технике. Ова правила и технике посебно су усмјерени на успостављање равнотеже интереса између великих и малих акционара, а ти интереси су у међусобној интеракцији тако да се узајамно ограничавају.

У овом раду разматраће се питања везана за правни статус акционарске мањине у оквиру чега ће се разматрати принцип равноправности акционара, те права и начини заштите малих акционара.

¹ Ј. Барбић, *Право друштва-друштва капитала*, Загреб, 2000, стр. 104.

II. Појам мањинских акционара

На изглед је једноставно одредити ко је у акционарском друштву мањински акционар. Са аспекта броја посједованих обичних акција када једна акција даје један глас, мањински акционар, како се уобичајно мисли, је онај који има мањи број акција у односу на највећег акционара. То још не значи и да акционар са највећим бројем акција пресудно утиче на доношење одлука на скупштини акционарског друштва. Ово се нарочито односи на ситуацију распршеног (дисперзованог) власништва над акцијама у великим акционарским друштвима са великим бројем акционара, или у акционарским друштвима која су корпоративизована у процесу тзв. ваучерске приватизације. У таквим друштвима врло је тешко очекивати да на сједницама скупштина присуствује већа већина од укупно надполовичне, па се због тога у националним законодавствима прописује релативно низак кворум за одржавање скупштине и још нижи за поновљену скупштину. То резултира могућом контролом и са релативно ниским процентом броја акција, некад и испод 10% укупног броја обичних акција, а по правилу то је могуће остварити кад постоји више од четвртинске већине на страни једног акционара. С обзиром да постоји могућност заједничког дјеловања и удруживања акционара, није тешко замислити ситуацију да и акционар са највећим бројем гласова буде мањина, наравно под условом да се не ради о акционару који има најмање натполовичну укупну већину.

У законодавству, теорији и пракси утврђени су проценти већине као реперне тачке различитог интензитета утицаја, степена контроле над одлукама које се доносе на скупштини акционарског друштва. Тако је проценат власничког учешћа у капиталу са правом гласа изнад 25% значајно капитал учешће. Учешће изнад 50% је већинско, изнад 66% је близу апсолутног, с обзиром да се већина одлука доноси овом квалификованом (двотрећинском) већином, а изнад 75% контрола је апсолутна, јер мањина по капиталу не може блокирати одлуке које се доносе трочетвртинском већином. Кад је капитал учешће једног акционара веће од 90% могућа је и тзв. принудна продаја и истискивање малих акционара с обзиром на немогућност било каквог утицаја таквих акционара при доношењу скупштинских одлука. За позицију мањинских акционара као и позицију контролног акционара треба узети у обзир и чињеницу да се у праву хартија од вриједности користи установа обавезног обавјештавања акционарског друштва и регулаторног тијела за хартије од вриједности о стицању одређеног процента акција са правом гласа у отвореним и најчешће котираним друштвима кад се стекне, пређе или падне испод лимита од 10% (што је стандард за коришћење мањинских права акционара), 20% (стандард тзв. значајног капитал учешћа), 33% (стандард значајан за квалификовану већину), 50% (стандард значајан за квалификовану већину), 66% (стандард значајан за квалификовану већину), а некад и 75% (стандард значајан за консолидован би-

ланс и квалификовану већину) и 90% (стандард значајан за тзв. поједностављене фузије и принудну куповину или продају акција код отвореног или само котираног акционарског друштва) учешћа у капиталу акционарског друштва.² По Закону о привредним друштвима (ЗПД) контролни акционар је лице које само или са другим лицима која са њим дјелују заједно (заједничко дјеловање) има више од 50% гласачких права у привредном друштву (већинско учешће), а лице које само или са једним или више других лица има више од 20% гласова у скупштини привредног друштва има значајно учешће.³

Акционарска мањина у појмовном смислу није везана само за квантитативан однос према акционарској већини, односно учешћу у основном капиталу друштва, већ је за појам акционарске мањине најбитније питање како се гласало за конкретну одлуку која је донијета на скупштини друштва. Акционарска мањина су они акционари који нису гласали за усвојену одлуку, било тако што су били против или нису уопште гласали, односно били су уздржани. Да ли ће акционари гласати за одлуку или не, ствар је њиховог конкретног интереса, па је отуда и могуће замислити ситуацију да је и један акционар са значајним учешћем мањински акционар, без обзира на чињеницу што располаже са релативно највећим процентом гласова. Када се релевантним законом регулише статус мањинских акционара онда се најчешће регулише позиција несагласних акционара. Отуда би се могло рећи да су изрази „акционарска мањина“ и „несагласни акционари“ синоними. Дакле, статус мањинског акционара остварује се од случаја до случаја, тј. од скупштине до скупштине и он се у појмовном смислу може разликовати од тзв. малог акционара. Мали акционар је онај који не спада у категорије значајног, већинског и апсолутно већинског акционара. На једној скупштини акционарског друштва мали акционар не мора бити у категорији мањинских акционара ако се сходно својим интересима определијели да гласа на страни већине, односно, зависно од тачака дневног реда и одлука које се на скупштини доносе, он може бити и акционарска већина и акционарска мањина.

Без обзира што се, како је напоменуто, не може ставити знак једнакости између мањинских и малих акционара, то се ипак чини у законодавству тако да је појам мањинског акционара истовјетан појму малог акционара, што је у највећем броју случајева и тачно. Тако је најчешће да су мали акционари уједно и мањински те се и појављују као активно легитимисани покретачи спорова у оним ситуацијама када су надгласани па треба у одређеној процедури, што судској што вансудској, заштитити њихове интересе. Али, када им, на примјер, закон даје право да сазову скупштину акционарског друштва онда то право имају не мањински (несагласни) акционари већ мали акционари, зато што остварењу тог права не претходи гласање као услов сазивања скупштине, већ је

² М. Васиљевић, Пословно право, Београд, 2004, стр. 226.

³ Члан 258. Закона о привредним друштвима («Службени гласник Републике Српске», бр. 127/08, 58/09 и 100/11).

оно установљено конкретном законском нормом као право малих акционара којих мора бити у минимуму законског цензуса да би то право остварили (нпр. 5% или 10%).

Дакле, појам мањинског акционара је проистекао из омјера гласова на скупштини друштва, јер укупан број гласова мањине није довољан да се остваре њихови интереси уколико су они супротни интересима већине.⁴ Отуда би, правно гледајући, било најкоректније разликовање мањинских од малих акционара, јер тако, иако се то не наглашава, произилази из релевантних прописа. Ипак, законски прописи не спомињу мале акционаре већ само мањинске, а појам малих акционара је појам који се сусреће у правној теорији.

III. Принцип равноправности акционара

Акционарско друштво је заједница која, кад је у питању отворено друштво, настаје на основу уговора који је по својој грађанскоправној природи ортаклук. То значи да је то у моменту закључивања уговора заједница равноправних сауговарача, али из уговорне основе моментом регистрације настаје друштво институција која функционише по принципу демократских заједница у којој важи начело равноправности и у којој се одлуке доносе већином гласова.⁵ У акционарском друштву важи начело „једнак капитал – једнака права“, односно за вриједносно једнак улог добиће се једнака (иста) права. То је основни принцип унутрашњих односа у том друштву који није усмјерен толико на односе између акционара, него се поставља као основно чланско право које сваком појединачном акционару обезбијеђује да се брани од одлука и других мјера органа друштва, у првом реду скупштине. Суштински гледано, принцип једнаког положаја, равноправности, акционара забрана је органима друштва да крше права дионичара. Тако нпр. скупштина не би могла донијети одлуку да се неким акционарима исте класе акција исплати дивиденда, а другима не, или да се неким исплати пун износ дивиденде а другима само дио и томе слично. Наведено начело не значи да сви акционари морају имати иста права у друштву, већ да под истим условима имају једнак положај у друштву. Начело равноправности испољава се на два начина: а) једнак третман за једнак улог, што значи да тзв. главна права и обавезе појединог акционара зависе од учешћа у основном капиталу што се манифестује бројем и номиналном вриједношћу посједованих акција а од тога зависи и учешће у добити, право гласа на скупштини, право првенства при упису нових акција итд., у питању је дакле релативна једнакост,

⁴ У том смислу и М. Цидић, *Господарска друштва*, Мостар, 2010, стр. 427.

⁵ Акционарско друштво онако како је осмишљено и начином функционисања може се посматрати и као демократска заједница, видјети, И. Јанковец, *Елементи демократских односа у акционарском друштву*, „Правни живот“ бр. 11/2003; т. III стр. 5-15, Д. Радоњић, *Правило већине и заштита мањине*, *Право и привреда*, бр. 5-8/2004, стр. 88.

и б) за тзв. помоћна права вриједи начело апсолутне једнакости свих акционара, без обзира на број акција, као што су право учествовања на скупштини, право на информисање, право на побијање и поништај одлука скупштине и и томе слично, односно сваком акционару припашће то право без обзира на висину учешћа у основном капиталу.⁶

Принцип једнаког третмана односи се на акционаре исте класе, тј. у оквиру исте класе све акције треба да дају иста права. Овај принцип је један од основних принципа корпоративног управљања, а уграђен је и у наш Закон о привредним друштвима.⁷

Ипак, са акционарима се може различито поступати, али тако да то не вријеђа поменуто начело. Повреда равноправности акционара претпостављала би: а) да постоји неједнако поступање према неком акционару, б) да за такво поступање нема стварног (оправданог) разлога и в) да такво поступање не смије бити дозвољено одредбом оснивачког уговора (или статута) која је правно допуштена нити са пристанком акционара. Дакле, објективно неједнако поступање забрањено је само ако за то нема оправданог разлога. Различито поступање било би оправдано ако би се то чинило у интересу друштва, али не и у интересу појединих акционара или трећих лица. И када би се радило о поступању у интересу друштва оно мора бити прикладно, потребно и примјерено остваривању тог циља.⁸ Оснивачким уговором, односно статутом не може се, начелно посматрано, мијењати норма којом је утврђен једнак третман акционара, али се њиме може предвидјети постојање акција са различитим правима (и обавезама). Тада би се радило о издавању различитих класа акција, а акционари различитих класа не морају бити равноправни, али у оквиру исте класе морају. Сваки акционар се може одрећи свог права на једнак третман с обзиром да то право постоји у његовом интересу. Тако би се нпр. акционар могао одрећи права на дио његове дивиденде и пристати да се тај дио расподијели у корист другог акционара.⁹

Одлуке органа друштва које су донесене противно начелу равноправности могу се побијати као супротне закону, оснивачком акту или статуту.

⁶ Ј. Барбић, н.д., стр. 266-267.

⁷ Видјети тач. III А. ОЕЦД принципа корпоративног управљања (2004) и чл. 203. и 204. Закона о привредним друштвима.

⁸ Тако је Ј. Барбић, н.д., стр. 268; М. Васиљевић, Компанијско право – Право привредних друштва, Београд, 2011, стр. 307.

⁹ З. Арсић, Право на једнак третман акционара, Право и привреда, бр. 5-8/2004, стр. 86.

IV. Права мањинских акционара

Принцип једнаког третмана акционара је инструмент контроле утицаја и као такав представља облик заштите мањине.¹⁰ Заштита мањине, као једно од начела кроз које се успоставља и мјери демократичност односа у акционарском друштву, данас је подигнута на ниво стандарда. Осигурање једнаког третмана акционара и ефикасна заштита њихових права је једно од основних начела које се налази у модерним кодексима корпоративног управљања, а нарочиту пажњу му посвећују и директиве Европске уније које се односе на регулативу привредних друштава. Остварење принципа заштите мањинских акционара актуелно је као једно од основних питања реформе компанијског права у земљама Европске уније.

У функцији остваривања заштите мањине промовишу се и одређени принципи, и то: а) етичности и праведности; б) демократичности; в) равноправности акционара; г) доминације интереса друштва; д) лојалности према друштву. Национална права познају различите мјере заштите мањине. Те мјере могу се разврстати у судске, извансудске мјере (када се мањина користи својим правима на скупштини и својим правима у погледу разних форми институционалне контроле како унутрашње тако и спољне) те административне мјере заштите.¹¹ Већински начин одлучивања у акционарском друштву је легитимни начин остваривања интереса већине, али он се не може злоупотребљавати, као што се не смију злоупотребљавати ни права мањинских акционара. Тако се начело већине логично јавља као ограничење начела заштите мањине, али и обрнуто, начело заштите мањине је коректив начела већинског одлучивања у мјери којим се тим начелом спречава злоупотреба већине. У регулисању и примјени ових начела треба наћи адекватну равнотежу, а то није само ствар принципа и стандарда, већ је условљено и конкретним економским, политичким и социјалним циљевима пошто дате друштвене и економске околности могу утицати да у одређеним периодима буде наглашен један или други принцип. Ова супротстављеност циљева нарочито долази до изражаја у земљама у транзицији, којима је скоро истовремени циљ да кроз акционарство изврше својинску трансформацију, те да заштитом мањинских акционара привуку што већи број инвеститора а тиме и већа улагања. Због тога, у исто вријеме, постоје два дивергентна процеса, процес дисперзије власништва (масовног акционарства) и процес концентрације власништва који морају бити добро уравнотежени. У теоријском промишљању ове етапе су нужно логички раздвојене, али у примјени (пракси) могу да буду и плански фаворизоване, а могу бити и препуштене

¹⁰ Исто, стр. 81.

¹¹ М. Васиљевић, Компанијско право, стр. 322; Д. Радоњић, нав. дјело, стр. 88.

сукобу различитих интересних група, које могу, утицајем на субјекте и центре политичког одлучивања, усмјерити и одредијелити законска рјешења што доводи до несталних закона и правне несигурности.¹²

„Мањинске акционаре треба заштитити од злоупотреба од стране или у интересу акционара који имају већину акција и дјелују директно и индиректно, а такође им треба обезбиједити ефикасну правну заштиту.“¹³

Заштита акционарске мањине врши се у националним правима давањем конкретних права која су, мање више, већ свугдје препознатљива и уједначена што је последица успостављених и општеприхваћених стандарда. Она се могу груписати око неколико основних скупина. То су права у вези сазивања и рада скупштине друштва, права на судску заштиту, права на управну заштиту, права на захтијевање посебне или ванредне ревизије, права на излазак из друштва, те право на подношење захтјева за ликвидацију друштва.

Сва национална законодавства дају право малим акционарима да захтијевају сазивање скупштине преко овлашћених сазивача, а исто тако омогућава им се право да уврсте одређено питање на дневни ред скупштине. Захтјев за сазивање скупштине и уврштење одређеног питања на дневни ред мора бити благовремен и уредан, а потписници захтјева морају испунити прописани цензус за остваривање тих права који је различит и креће се од 5% (њемачко, аустријско, хрватско, словеначко право) до 10% учешћа у капиталу (швајцарско право), а највиши износ је 20% учешћа у капиталу колико тражи италијанско право кад се ради о захтјеву за сазивање скупштине. Евентуалне разлике између националних законодавстава могу се тицати питања ко је сазивач скупштине када то по захтјеву малих акционара не учини управа као овлашћени сазивач. Нека законодавства тада то право дају ванпарничном суду, а овлашћују га да и одређено питање по захтјеву малих акционара уврсти у дневни ред скупштине или да наложи управи да она то учини. По ЗПД, члану 268., акционарско друштво може сазвати и ванредну скупштину акционара, између осталог, и по писаном захтјеву акционара са најмање 10% акција са правом гласа о питању предложеном за ванредну скупштину. Захтјев мора бити датиран, потписан од свих акционара који га подносе и мора да садржи приједлог дневног реда, као и податке о идентификацији тих акционара, броју акција које сваки од њих посједује, циљу или циљевима због којих се скупштина сазива. Сматраће се да је захтјев примљен у акционарском друштву ако је адресован и уручен на управни одбор друштва у сједиште друштва означено у оснивачком акту. Датум стављања првог потписа на захтјеву означава дан на који се утврђује листа акционара који су овлашћени да поднесу захтјев. Управни одбор друштва мора у року од 10 дана од дана пријема захтјева донијети одлуку о прихватању или одбијању сазивања ванредне скупштине, и о својој образложеној одлуци обавијестити сваког акционара који је захтјев потписао. Захтјев за сазивање

¹² Д. Радоњић, нав. дјело, стр. 89.

¹³ Тач. III А. 2 ОЕЦД принципа.

скупштине акционара биће одбијен уколико не испуњава услове утврђене ставом 6. наведеног члана. Ако се ванредна скупштина акционарског друштва не одржи у року од 30 дана од дана пријема захтјева или на дан који утврди управни одбор, надлежни суд у вапарничном поступку може наложити њено одржавање по захтјеву било ког акционара потписника захтјева за сазивање, како је одређено чланом 269. ставом 2. Закона о привредним друштвима.

Мањински акционари, они који имају најмање 10% акција са правом гласа за избор управног одбора, могу утицати и на дневни ред тако што могу предложити и захтијевати да се највише два нова питања поставе на већ предложени дневни ред скупштине друштва. Такав приједлог мора се сачинити у писаној форми у року од 7 дана од дана објаве годишњег сазива сједнице скупштине, односно у року од пет дана од дана објаве сазива ванредне скупштине. Приједлог који се доставља управном одбору друштва мора садржавати разлоге за давање приједлога, укључујући и приједлог одлуке као и имена акционара који дају приједлог и број гласова којим располажу. Ако управни одбор акционарског друштва пропусти да у року од 72 часа од дана пријема захтјева на њега одговори надлежни суд у ванредном поступку има овлашћење да по захтјеву било ког од акционара који су упутили такав захтјев, наложи да се том захтјеву удовољи, о чему доноси одлуку у року од 48 часова од момента пријема захтјева.¹⁴ Мањински акционари могу утицати на начин рада скупштине акционарског друштва тако што могу захтијевати да скупштина о одређеним питањима одлучује тајним гласањем. Цензус који је потребан за остваривање овог права је најмање 10% гласова о питању о којем се одлучује, а проценат гласова рачуна се од броја присутних на скупштини са правом гласа о питању о којем се гласа, било да се ради о акционарима који имају тај проценат у свом портфељу било да га заступају. Ово право ограничава се на одлучивање о питањима која су предвиђена Законом о привредним друштвима. Ради се о избору или разрешењу директора или чланова управног одбора, независног ревизора, ликвидационог управника и финансијским извјештајима, извјештајима о пословању и усвајању система награђивања директора или чланова управног одбора друштва.¹⁵

Судска заштита малих акционара остварује се у упоредном законодавству путем двије врсте тужби које им стоје на располагању. То су индивидуална и деривативна тужба, а нека права поред тих тужби познају и тзв. колективну тужбу.¹⁶ Индивидуалну тужбу може подићи сваки акционар коме је одлукама органа друштва или радњама лица које имају дужности према привредном

¹⁴ Видјети члан 275. Закона о привредним друштвима.

¹⁵ Члан 288. ст. 1. Закона о привредним друштвима.

¹⁶ Врста колективне тужбе постојала би у случају права несагласних акционара који се не слажу са цијеном по којој су њихове акције откупљене од стране друштва. Одлука суда по тужби било ког несагласног акционара обавезаће друштво и према несагласним акционарима који тужбу нису поднјели. У том смислу М. Васиљевић, Компанијско право, н. дјело, стр. 140.

друштву¹⁷ проузрокована директно нека штета. Ова тужба се, према судској пракси, подизала због неисплате или утаје дивиденде, нетачно приказаних резултата пословања друштва како би се избјегла исплата дивиденде, повреде права пречег уписа акција при повећању основног капитала друштва, принуде акционара да упишу акције (при повећању основног капитала, под неповољнијим условима него остали акционари), онемогућавања остваривања права гласа и томе слично.¹⁸ Тужени по овој тужби је увијек друштво, односно друштво и чланови његових органа који су одговорни за насталу штету или и друга лица која имају дужности према друштву. Индивидуалну тужбу може подићи један акционар у своје име, али и у име више оштећених акционара.¹⁹ Деривативна (изведена) тужба је тзв. тужба за друштво. Ради се о томе да је дјеловањем лица која имају дужност према друштву настала штета за друштво и то зато што су та лица повриједила обавезу дужности према друштву. Проблем код овакве ситуације је у томе што штету треба да надокнади нпр. већински акционар као лице које има дужност према друштву, а он може блокирати одлуку органа друштва да против њега тужбу подигне. Зато се ова тужба подноси тек онда када мали акционар, односно акционари који имају или представљају најмање 5% акција основног капитала друштва, ни након писменог захтјева упућеног друштву нису успјели у намјери да друштво подигне тужбу против одговорних лица (нпр. већинског акционара). Дакле, примарни тужилац за накнаду штете је само друштво, а мали акционари су секундарни, јер они могу подићи тужбу тек када су по поднијетом писменом захтјеву за подизање тужбе од стране друштва одбијени или по том захтјеву није поступљено у прописаном року.²⁰ Тужба се подноси у име малих акционара, али за рачун друштва што значи да ће досуђена штета припасти друштву, а акционари ће имати право на накнаду трошкова спора.

Поред индивидуалних и деривативних тужби које се подносе за накнаду штете, мањински акционари имају могућност да подигну тужбе усмјерене на побијање одлука скупштина акционара. Ради се о праву сваког акционара који је на сједници скупштине гласао против предметне одлуке, али и акционара који није био прописно позван на сједницу скупштине или је онемогућен на други начин да буде на њој.²¹

Мањински акционари имају одређену управну (административну) заштиту преко овлашћења надлежних управних и регулаторних тијела у првом реду право на вођење управних поступака.²²

¹⁷ То су у нашем праву лица набројана у члану 31. ст. 1. Закона о привредним друштвима.

¹⁸ М. Васиљевић, Компанијско право, наведено дјело, стр. 139.

¹⁹ Исто.

²⁰ У нашем праву тај рок је 30 дана од дана поднијетог захтјева, члан. 41. став 2. тачка в. Закона о привредним друштвима.

²¹ Видјети члан 293-296. Закона о привредним друштвима.

²² Више о овом облику заштите и права мањинских акционара, посебно у британском праву, М.

Право на захтијевање посебне или ванредне ревизије имају мали акционари кад располажу законом прописаним цензусом за остваривање тог права. По нашем Закону о привредним друштвима на приједлог мањинских акционара који располажу најмање 20% акција основног капитала друштва, скупштина акционара може да изабере стручног повјереника ради прегледа финансијских извјештаја као и пословних књига друштва у последње три године.²³ Ако скупштина акционара по захтјеву мањинских акционара не донесе одлуку о избору стручног повјереника то ће учинити надлежни суд у ванпарничном поступку, ако се учини вјероватном постојање повреде закона или оснивачког акта. Кад именовани стручни повјереник сачини стручни извјештај мањински акционари имаће право увида у извјештај и документацију која му је приложена. Ако је извјештајем утврђено постојање неправилности, то може резултирати накнадом штете друштву, а кад је утврђено да неправилности нема мањински акционари који су злонамјерно или грубом непажњом тражили посебну ревизију солидарно ће друштву одговорати за причињену штету.

Право на излазак из друштва је право које припада мањинским акционарима у ситуацијама које су прописане законом. То су ситуације из којих произилази право мањинских акционара на откуп њихових акција било од стране друштва било од стране контролног акционара, и последице су чињенице да претходно коришћена права нису била ефикасна.²⁴

Мањински акционар који је гласао против или се уздржао да гласа за одлуку везану за: промјену оснивачког акта која погађа његова права, реорганизацију друштва, посао стицања или располагања имовином велике вриједности као и за било коју другу одлуку друштва која мијења његова права, ако је оснивачким актом одређено да има право на несагласност, имаће право да тражи од друштва плаћање износа једнаког тржишној вриједности његових акција. Ако се акционару исплате износи на које има право, а он сматра да је плаћени износ нижи од тржишне вриједности акција која је утврђења у складу са законом или ако друштво пропусти да изврши плаћање накнаде, мањински акционар ће имати право да поднесе захтјев за процјену вриједности акција од надлежног суда. Уколико је досуђена вриједност већа од оне коју је акционарско друштво исплатило акционару, одлука суда ће обавезати друштво да ту разлику исплати и свим несагласним акционарима без обзира што они нису подносили тужбу (захтјев) против друштва.²⁵

Право на излазак из друштва имаће мали акционар у процедурама преузимања или „истискивања“ које су прописане одговарајућим законским прописима.²⁶

Васиљевић, Пословно право, наведено дјело, стр. 223-226.

²³ Члан 325. Цензус за остваривање овог права у њемачком, аустријском, хрватском и словеначком праву је 5%, а у србијанском праву је 10%.

²⁴ Д. Марковић-Бајаловић, Право привредних друштва, Источно Сарајево, 2011, стр. 331.

²⁵ Види чл. 435. Закона о привредним друштвима.

²⁶ У нашем праву то су Закон о преузимању акционарских друштва и Закон о привредним друштвима.

По захтјеву мањинских акционара који у друштву имају најмање 20% акција основног капитала надлежни суд може наложити престанак друштва, тј. његову ликвидацију кад су се стекли прописани услови. Ако суд не покрене поступак престанка може наложити прописане мјере, између осталог, наложити куповину акција мањинских акционара који су поднијели захтјев за куповину од друштва по вриједности коју је утврдио суд на основу налаза независног процјењивача.²⁷

V. Закључак

Акционарско друштво је правно лице са својим персоналним и материјалним супстратом. Персонални супстрат чине и акционари који су то постали чињеницом да су у друштво унијели одговарајући улог који је одраз своје вриједности добио кроз одговарајући број акција. Акције су дио основног капитала а уједно су дио персоналне имовине акционара. Оне означавају и скуп права које акционар има према друштву. Тај скуп права одржава положај сваког акционара у друштву и он ће зависити од висине улога када су у питању основна права и обавезе, по начелу једнак положај за једнак улог. Мањински акционари морају у том контексту уживати одређена права у складу са усвојеним међународним стандардима оличеним кроз принципе корпоративног управљања и директиве Европске уније. Суштина заштите мањинских акционара је у адекватној заштити приватне својине, јер се мањинци даје могућност да, у прописаној процедури остварује права на заштиту својих имовинских интереса. Када се ти имовински интереси и додјељена права не могу остварити акционарска мањина има могућност да изађе из друштва.

Права која се дају мањинским акционарима коректив су права већине која не може остваривати своја права на штету мањине. Но, ни мањина не може својим правима угрожавати основни принцип сваке демократски организоване заједнице, да се одлуке доносе од стране већине.

Баланс интереса већинских и мањинских акционара нужно је успоставити како би акционарско друштво могло оправдати концепт свог постојања, а то је да се привуче што већи број улагача и тако обезбиједи економски потенцијал за остварење највећих пословних подухвата.

²⁷ Члан 337. ст. 4. тачка ђ. Закона о привредним друштвима.

Литература

- З. Арсић, Право на једнак третман акционара, Право и привреда, бр. 5-8/2004.
- Д. Марковић-Бајаловић, Право привредних друштава, Источно Сарајево 2011.
- Ј. Барбић, Право друштава-друштва капитала, Загреб, 2000.
- М. Васиљевић, Компанијско право-право привредних друштава, Београд, 2011.
- М. Васиљевић, Пословно право, Београд, 2004.
- М. Џидић, Господарска друштва, Мостар, 2010.
- И. Јанковец, Елементи демократских односа у акционарском друштву, Правни живот, бр. 11/2003.
- Д. Радоњић, Правило већине и заштита мањине, Право и привреда, бр. 5-8/2004.

LEGAL STATUS OF MINOR STAKEHOLDERS

Summary

The aim of this article is to consider legal status of minor stakeholders through principle of equality and presented modalities of protection of minor stakeholders' rights. The focus is on the need for differentiation between minor and small stakeholders and necessity to establish balance between protection of position of minority and affirmation of major decision principle in the context of importance which company has in the process of attracting interested investors.

Keywords: *minor stakeholders, equality of stakeholders, minor stakeholders rights.*

ПРАВНА ДЕЈСТВА ПЛАНА РЕОРГАНИЗАЦИЈЕ НА ТРЕЋА ЛИЦА

Др Драгиша Б. Слијепчевић*

Апстракт: У раду су сагледани правни аргументи о могућности проширења правних последица усвојеног плана реорганизације на трећа лица, под којима се подразумевају повериоци стечајног дужника који нису учествовали у поступку његовог усвајања. У том циљу сагледане су правне могућности покретања парничног поступка од стране поверилаца стечајног дужника чија потраживања нису обухваћена усвојеним планом реорганизације. Тим поводом изведен је закључак да се пресудом парничног суда може одлучити о основаности и начину намирења потраживања ових поверилаца. То се може учинити под условом да се парничном пресудом одреди намирење потраживања под условима и на начин како је то одређено од стране стечајног судије одобреним планом реорганизације. Таква одлука се може донети у поступку који ће се покренути не само према стечајном дужнику већ и према његовим правним следбеницима који су у складу са усвојеним планом реорганизације настали као резултат статусних промена стечајног дужника. У том случају парнични суд је у обавези да утврди измирење потраживања поверилаца који нису обухваћени планом реорганизације под истим условима и на начин који је тим актом прописан за измирење потраживања класе поверилаца у коју би се и то потраживање морало уврстити.

Кључне речи: План реорганизације, правна дејства, трећа лица, пресуда парничног суда.

*Др Драгиша Б. Слијепчевић, председник Уставног суда Републике Србије.

Увод

Реорганизација стечајног дужника представља релативно нов правни институт стечајног права у Републици Србији. Он је по први пут уређен Законом о стечајном поступку из 2004. године.¹ Овај правни институт је уведен на трагу покушаја превазилажења правних последица стечаја који се окончава банкротством стечајног дужника, односно престанком његове привредне активности и правног субјективитета. Реорганизацијом стечајног дужника ствара се правна могућност да се предузимањем мера предвиђених планом омогући не само наставак пословања одређеног привредног друштва, већ да се исто оспособи и за стицање прихода. Идентичан циљ реорганизације стечајног дужника опредељен је и новим Законом о стечају.² Бројне су мере које се у том циљу могу предузети. Оне се исказују кроз реализацију организационих, персоналних и правних мера којима се задире у финансијску структуру, структуру капитала и чланска права у стечајном дужнику, након чијег реализовања он наставља с пословањем у истом или измењеном правном облику.³ У склопу тих мера уређују се и обвезни односи стечајног дужника и његових поверилаца на начин прописан планом. Све то се не чини само ради очувања правног субјективитета стечајног дужника и подмирења потраживања његових поверилаца, већ се тим мерама настоји остварити његово економско оздрављење као крајни циљ реорганизације.⁴ При томе, овај циљ се може постићи само ако представља заједнички интерес свих учесника поступка реорганизације. То другим речима значи да се реорганизацијом, у првом реду, морају остварити економски интереси свих њених учесника. Остварење тог циља се може постићи само ако се кроз реорганизацију свим повериоцима и оснивачима – власницима стечајног дужника обезбеди већи степен задовољења њихових интереса од оног који би остварили у случају продаје његове имовине у поступку банкротства.⁵ То је основни циљ реорганизације стечајног дужника који се мора реализовати без обзира да ли се исти спроводи по унапред припремљеном плану или на основу плана усвојеног након покретања стечајног поступка.⁶

¹ „Службени гласник РС“, бр. 84/2004.

² То је учињено одредбом члана 155. Закона о стечају („Службени гласник РС“, бр. 104/09 и 94/11), тако што је могућност спровођења поступка реорганизације условљена обезбеђењем повољнијег намирња поверилаца у односу на банкротство и посебно постојањем економске оправданости услова за наставак дужниковог пословања.

³ J. Kilger „Die Reorganization insolventer Gesellschaften“, Zeitschrift für Rechtstheorie, 1984, Festschrift 2, str. 46.

⁴ J. Барбић „Преустрој“ Зборник радова: „Ново овршно из стечајног права“, Загреб 1996, стр. 254.

⁵ Д. Слијепчевић „Правни аспекти реорганизације стечајног дужника“, докторска дисертација, Београд, 2009, стр. 2010.

⁶ То је и одредбом члана 155. став 1. Закона о стечају прописани циљ реорганизације стечајног дужника, независно од начина спровођења тог поступка.

Иначе, реорганизација стечајног дужника је изузетно сложен правни подухват, јер се њоме задире у све правне области којима је уређено целокупно пословање стечајног дужника. Аутономијом воље учесника поступка реорганизације могу се битно изменити односи стечајног дужника и његових поверилаца, али исто тако и променити власничка структура и спровести статусне промене стечајног дужника. До тога се долази у складу са изгласаним и потврђеним планом реорганизације који има снагу извршне исправе и сматра се новим уговором за измирење потраживања која су у њему наведена.⁷ Тиме се плану реорганизације даје уговорни карактер, али истовремено одређује и његова принуда као посебно обележје правне природе ток акта. Уговорни карактер се одређује односом између стечајног дужника и стечајних поверилаца који су се изјаснили за његово усвајање. Међутим, тако успостављени односи се протежу и на све друге стечајне повериоце чија су потраживања планом обухваћена. Принудним дејством плана реорганизације под истим условима се намирују и потраживања поверилаца који су гласали против плана или се о њему нису изјашњавали. То дејство се протеже на све повериоце независно од њиховог статуса, врсте и висине обавезе. Битно је само да су њихова потраживања обухваћена планом реорганизације, без обзира да ли је исти усвојен након покретања стечајног поступка или као унапред припремљени план.⁸

Међутим, поставља се питање каква су права поверилаца стечајног дужника који су имали неизмирена потраживања на дан отварања стечајног поступка ако иста нису обухваћена усвојеним и потврђеним планом реорганизације. Посебно је спорно да ли се правна дејства плана реорганизације могу протезати на све повериоце упркос чињеници да у прописаном року нису благовремено пријавили своја потраживања према стечајном дужнику. Спорност овог питања се намеће из разлога што је Законом о стечају прописано да се предлози, изјаве и примедбе не могу подносити по истеку рока који је тим законом прописан за њихово подношење, односно да су рокови у поступку стечаја преклузивни.⁹ Осим тога, Законом о стечају је одређено и да стечајни и различни повериоци своја потраживања према стечајном дужнику могу остварити само у стечајном поступку.¹⁰ Зато се у судској пракси указала потреба за правно

⁷ То су правне последице плана реорганизације прописане одредбом члана 167. Закона о стечају. Оне подразумевају испуњење потраживања и права других лица искључиво према условима из плана реорганизације.

⁸ Повериоци стичу статус странке у поступку стечаја у складу са одредбом члана 51. Закона о стечају, под условом да су на дан отварања стечаја имали неизмирена потраживања као стечајни повериоци, односно да су имали обезбеђена потраживања као различни повериоци. Без пријаве потраживања дејства плана реорганизације се могу установити само у односи на оне повериоце чија су потраживања обухваћена унапред припремљеним планом реорганизације. Такав закључак се темељи на члану 167. став 1. Закона о стечају прописаним правним дејствима плана реорганизације.

⁹ Види одредбу члана 43. став 2. и члана 7. став 2. Закона о стечају

¹⁰ Обавеза таквог намирења потраживања стечајних и различних поверилаца прописана је

аргументованим разматрањем правног статуса поверилаца чија потраживања нису обухваћена планом реорганизације. Они се у том случају појављују као трећа лица у односу на повериоце чија су потраживања према стечајном дужнику уређена усвојеним и потврђеним планом реорганизације. Тиме се намеће потреба да се утврди да ли се и под којим условима правна дејства потврђеног плана реорганизације могу протезати и на повериоце чија потраживања њиме нису обухваћена.

Неучешће стечајних поверилацау поступку реорганизације

Поступак реорганизације стечајног дужника се спроводи према плану реорганизације сачињеном у писаној форми.¹¹ План реорганизације се може поднети истовремено са предлогом за покретање стечајног поступка или након отварања поступка стечаја у складу са Законом о стечају.¹² Међутим, без обзира да ли се реорганизација спроводи по унапред припремљеном плану или плану донетом након отварања стечајног поступка тај акт и у једном и у другом случају мора имати све законом прописане елементе.¹³ Један од тих елемената је и детаљна листа поверилаца са погледом на класе поверилаца и критерију на основу којих су класе формиране. Осим тога, сваки план реорганизације обавезно мора садржати и висину новчаних износа или имовине која ће служити за потпуно или делимично намирење према класи потраживања, одлучујући и обезбеђене и необезбеђене повериоце, као и средства резервисана за повериоце оспорених потраживања, као и поступак за измирење потраживања и временску динамику плаћања. Ови елементи плана реорганизације имају вишеструки значај за све повериоце који су у њему наведени. Он се, најпре, тиче утврђене висине њихових неизмирених потраживања према стечајном дужнику, а потом начина њихове исплате и рокова у којима ће стечајни дужник бити у обавези да то учини. У складу са тим опредељена је и класа у којој се налази сваки од поверилаца, као и редослед њиховог намирења. Међутим, ови елементи плана реорганизације се различито утврђују у зависности од тога да ли се реорганизација спроводи по унапред припремљеном плану или по плану

чланом 80. став 1. и 2. Закона о стечају, као правна последица отварања стечајног поступка која наступа по сили закона даном истицања огласа о отварању поступка стечаја на огласној табли суда.

¹¹ Види одредбу члана 155. став 2. Закона о стечају.

¹² Наведене могућности подношења плана реорганизације опредељене су одредбом члана 155. став 3. Закона о стечају. На тај начин нови Закон је изричито допустио могућност спровођења поступка реорганизације у предстечајном поступку и тиме отклонио недореченост ранијег Закона о стечајном поступку, који је ту могућност прећутно допуштао, али је није и изричито прописивао.

¹³ Садржина плана реорганизације прописана је императивном одредбом члана 156. Закона о стечају, којом су таксативно утврђени сви елементи које он мора имати.

поднетом након отварања стечајног поступка. У првом случају све наведене елементе утврђује и у план реорганизације уноси сам стечајни дужник, као једини овлашћени предлагач реорганизације по унапред припремљеном плану.¹⁴ Унапред припремљени план реорганизације се подноси пре отварања стечајног поступка, али уз истовремено подношење предлога за његово покретање. Зато се и листа поверилаца унета у такав план мора саставити од стране стечајног дужника, што се чини у одсуству било каквих пријава потраживања стечајних поверилаца. Тиме се отвара могућност изостављања са листе поверилаца неког од поверилаца чије потраживање стварно постоји али формално није означено у унапред припремљеном плану реорганизације. Отуда се поставља питање заштите и остварења права поверилаца изостављених са листе поверилаца у унапред припремљеном плану реорганизације. Они су у посебној правној ситуацији у односу на случај спровођења реорганизације по плану поднетом након отварања стечајног поступка. Специфичност њиховог положаја се огледа у чињеници да повериоци изостављени са листе не морају имати било каквог сазнања о спровођењу поступка стечаја по унапред припремљеном плану реорганизације.¹⁵ На тај начин може изостати било какво њихово учешће у поступку усвајања или оспоравања плана реорганизације. Због чињенице да њихова потраживања нису обухваћена планом реорганизације и да они нису учествовали у поступку његовог усвајања поставља се питање каква је правна судбина њихових потраживања. Спорно је да ли и ти повериоци могу остварити неизмирене износе свог потраживања према дужнику чији је унапред припремљени план реорганизације усвојен од стране повериоца који су њиме обухваћени. То је последица чињенице да се у случају усвајања унапред припремљеног плана реорганизације решењем стечајног судије истовремено отвара поступак стечаја потврђује његово усвајање и обуставља стечајни поступак.¹⁶ Дакле, усвајањем унапред припремљеног плана реорганизације истовремено је и отворен и обустављен поступак стечаја без учешћа поверилаца који нису били обухваћени усвојеним планом. Како се са усвајањем плана реорганизације стечај окончава тиме се изостављени повериоци са листе онемогућавају да своја потраживања остваре у том поступку. То захтева одговор на питање да ли су они у позицији да по окончању поступка стечаја остваре своја потраживања према стечајном дужнику у редовној парници.

¹⁴ Одредбом члана 158. став 1. Закона о стечају прописано је да стечајни дужник може истовремено са подношењем предлога за покретање стечајног поступка поднети и унапред припремљени план реорганизације, из чега јасно произлази да то овлашћење припада само стечајном дужнику, а не и другим овлашћеним предлагачима за подношење плана реорганизације након отварања стечајног поступка.

¹⁵ Пасивност њиховог положаја и ограничена могућност сазнања да се поступак реорганизације спроводи по унапред припремљеном плану опредељена је чињеницом да је одредбом члана 164. став 2. Закона о стечају прописано да се о рочишту за расправљање о том плану обавештавају само повериоци који су њиме обухваћени.

¹⁶ То су правне радње које стечајни судија мора предузети у складу са императивном одредбом члана 160. став 3. Закона о стечају.

Идентична правна питања се постављају и у односу на повериоце стечајног дужника који нису обухваћени планом реорганизације усвојеним након отварања стечајног поступка. Тим поводом настаје и посебна спорност о правима поверилаца који су изостављени из плана реорганизације зато што им је пријава потраживања одбачена као неблаговремена, односно што исту нису ни поднели до тренутка када је план усвојен и потврђен од стране стечајног судије. За разлику од поверилаца изостављених у унапред припремљеном плану они су својом кривицом лишени могућности учешћа у поступку стечаја у коме је план реорганизације усвојен. Тиме је и њихов правни положај знатно отежан. Дакле, и ови повериоци у поступку стечаја нису остварили своја потраживања, иако су били у прилици да то учине. Отуда, а с обзиром на чињеницу да је одредбом члана 80. став 1. Закона о стечају прописано да стечајни повериоци остварују своја потраживања према стечајном дужнику само у стечајном поступку, спорно је да ли су они са обуставом стечајног поступка због усвајања плана реорганизације лишени могућности да своја потраживања остваре у парничном поступку. Та спорност је последица императивности наведене законске одредбе због које би стечајни дужник у парничном поступку могао истаћи приговор недопуштености њихове тужбе, односно престанка потраживања због чињенице да је са окончањем стечајног поступка престала и правна могућност њиховог намирења према стечајном дужнику.

Следом изнетог у судској пракси је присутно становиште да се према стечајном дужнику могу намирити само они повериоци чија су потраживања планом обухваћена, а не и повериоци чије је учешће у том поступку изостало из било ког разлога.¹⁷ Ово из разлога што само за потраживања наведена у потврђеном плану реорганизације тај акт има снагу извршне исправе. Зато се неучешће у поступку реорганизације спроведене по плану поднетом после отварања стечајног поступка карактерише као раскидни услов чијим наступањем је престало потраживање тих поверилаца према стечајном дужнику.¹⁸ Исто правно дејство се приписује и окончању поступка стечаја по унапред припремљеном плану реорганизације. И тада настаје раскидни услов који се одређује Законом о стечају прописаном могућношћу да се потраживања стечајних поверилаца према стечајном дужнику могу намирити једино у поступку стечаја.

¹⁷ Заговорници овог становишта полазе од одредбом члана 167. став 1. Закона о стечају прописаних правних последица усвојеног и потврђеног плана реорганизације. С обзиром да је том одредбом прописано да потврђени план реорганизације представља извршну исправу и нови уговор само за потраживања која су у њему наведена, те чињеницу да су у плану реорганизације изостала одређена потраживања, сматрају да се сагласно одредби члана 80. Закона о стечају сва потраживања стечајних поверилаца могу намирити само у поступку стечаја и стога изводе закључак о њиховом престанку.

¹⁸ Сходно одредби члана 74. став 3. ЗОО наступањем раскидног услова уговор престаје да важи. Стога би у том случају, а због неучешћа у поступку стечаја, могло доћи и до престанка обавезе стечајног дужника према његовим повериоцима чија потраживања нису обухваћена усвојеним планом реорганизације.

Усвајањем унапред припремљеног плана реорганизације истовремено се отвара и обуставља поступак стечаја. Зато се, по изнетом становишту, и у том случају сматра да је са окончањем стечајног поступка престала правна могућност намирења потраживања поверилаца изостављених из унапред припремљеног плана, без обзира што су исти мимо своје кривице лишени могућности намирења по усвојеном плану.

Могућност намирења потраживања која нису обухваћена планом реорганизације

Могућност намирења потраживања изостављених из плана реорганизације одређује се правним дејством те чињенице. Ако њихово изостављање из плана реорганизације има за последицу престанак облигационог односа на коме су та потраживања утемељена, онда је и могућност њиховог намирења искључена. И обрнуто, ако та чињеница нема за последицу престанак ових потраживања она се са успехом могу намирити, упркос томе што су изостављена из усвојеног плана реорганизације. С тим у вези, најпре се мора сагледати правни учинак законског одређења да се потраживања стечајних поверилаца могу намирити само у поступку стечаја.¹⁹ Неспорно је да је свако усвајање плана реорганизације исходовано у претходно отвореном и обуставом окончаном стечајном поступку. Поступак стечаја се обуставља управо због чињенице да су усвојеним планом реорганизације уређени сви облигациони односи стечајног дужника и његових поверилаца. Тиме се елиминише постојање стечајног разлога због кога је поступак стечаја био покренут. Из тог разлога, доношењем решења о потврди усвојеног плана реорганизације, престају и све правне последице отварања стечаја.²⁰ Стечајни дужник наставља са обављањем привредне делатности у складу са усвојеним планом реорганизације. Из остварених прихода у наставку редовног пословања измирују се и његове обавезе према стечајним повериоцима, с тим што се то чини у висини и на начин одређен планом реорганизације. Шта више, у случају реорганизације спроведене по унапред припремљеном плану стечајни дужник може изаћи из финансијски тешкоћа само уз формалну констатацију постојања стечајног разлога, односно отварања и истовремене обуставе поступка стечаја. Стога се несумњиво може

¹⁹ То се мора учинити са аспекта правног домаћаја одредбе члана 80. Закона о стечају.

²⁰ То је изричито прописано одредбом члана 167. став 4. Закона о стечају. Међутим, ово законско решење је веома упитно због чињенице да се престанак правних последица стечаја везује за доношење решења о потврђивању плана реорганизације, а не за његову правноснажност. Међутим, одредбом члана 166. став 2, као и ставом 5. истог члана, прописано је да се поступак стечаја може обуставити тек након правноснажности решења о потврђивању плана реорганизације. Правноснажност тог решења је услов и за његово достављање регистру привредних субјеката. Због тога смо мишљења да се и престанак правних последица стечаја мора одредити са даном правноснажности решења којим је усвојени план реорганизације потврђен, а не са даном његовог доношења.

закључити да реорганизација најчешће нема утицаја на континуитет очувања правног субјективитета стечајног дужника. Само изузетно може доћи до престанка његовог правног субјективитета, али се и тада у складу са предвиђеним мерама реорганизације мора основати ново привредно друштво које ће преузети имовину и обавезе стечајног дужника. До тога може доћи у случају преноса дела или целокупне имовине на једно или више постојећих или новоформираних привредних друштава, или због његовог спајања или припајања другим правним лицима. Тада може доћи и до формално правног престанка субјективитета стечајног дужника, али и у том случају новоформирана или постојећа правна лица којима је стечајни дужник припојен односно са којима се спаја, представљају његове правне следбенике који у целости преузимају све његове обавезе утврђене планом реорганизације. Исти је случај и када се планом реорганизације предвиде друге статусне промене стечајног дужника, као што су подела или издвајање. И у тим случајевима су привредна друштва на која је пренета целокупна имовина и обавеза стечајног дужника, или само њихов део, његови правни следбеници.²¹ Дакле, независно од врсте статусних промена стечајног дужника друштво стицалац правни је следбеник свих његових обавеза у складу са извршеном статусном променом прописаном планом реорганизације. Такво правно следништво се успоставља независно од чињенице да ли стечајни дужник наставља са обављањем своје привредне активности у неизмењеној правној форми или то чини у складу са планом реорганизације одређеним статусним променама. Његове обавезе према дужницима не престају. Напротив, оне су правно валидне према свим повериоцима, с тим што друштво стицалац постаје солидарно одговорно са стечајним дужником за његове обавезе које нису њему пренете, а у складу са усвојеним планом реорганизације.²² И у случају задржавања правног субјективитета стечајног дужника и у случају његове статусне промене повериоци стечајног дужника могу остварити само планом одређене износе уз могућност њихове исплате у роковима и на начин који је одређен за класу у којој су та потраживања планом реорганизације сврстана.

Следом изнетог, мишљења смо да и повериоци стечајног дужника чија потраживања нису обухваћена планом реорганизације могу захтевати њихово испуњење од субјекта који је као њихов дужника одређен потврђеним планом реорганизације. Они то могу учинити без обзира што је одредбом члана

²¹ Статусне промене су дефинисане одредбом члана 423. став 1. Закона о привредним друштвима („Службени гласник РС“, бр. 39/11, 99/11) као реорганизација привредног друштва којом се преноси имовина и обавезе друштва преносиоца на друштво стицаоца. Тиме се јасно исказује и правно следништво између друштва преносиоца и друштва стицаоца његове имовине и обавеза, без обзира о којој врсти статусних промена се ради.

²² Правне последице статусних промена су прописане одредбом члана 505. Закона о привредним друштвима. Међутим, овде треба имати у виду чињеницу да су исте спроведене планом реорганизације. Зато се и начин одговорности друштва стицаоца за обавезе стечајног дужника може посебно уредити у складу са првом тачком првог става ове законске одредбе.

80. Закона о стечају прописано да стечајни повериоци могу остварити своја потраживања према стечајном дужнику само у поступку стечаја. При томе, на остварење њихових права према стечајном дужнику није од утицаја ни евентуална чињеница да су својим пропустом благовремене пријаве потраживања лишени могућности у поступку стечаја. Ова околност је небитна из разлога што је стечајни поступак окончан реорганизацијом стечајног дужника. Тиме је сачуван његов изворни правни субјективитет, или су пак његова имовина или обавезе прешле на нове привредне субјекте – друштва стицаоца. То значи да је стечајни дужник у обавези да измири и потраживања оних поверилаца који нису обухваћени планом реорганизације упркос чињеници да је над њим спроведен поступак стечаја у коме ти повериоци нису учествовали. Правни учинак законске наредбе да се сва потраживања стечајног поверилаца могу остварити у поступку стечаја, као и законом прописане преклузивности рока за пријаву потраживања, може се остварити само у случају када се стечајни поступак оконча банкротством стечајног дужника. Банкротством стечајног дужника престаје његов правни субјективитет, јер је његова имовина употребљена за сразмерно намирење потраживања свих поверилаца којима је у поступку стечаја то право признато. Иначе, стечај се увек спроводи у циљу колективног намирења стечајних поверилаца остварењем највеће могуће вредности стечајног дужника, односно његове имовине.²³ Међутим, банкротство у коме је извршена продаја целокупне имовине стечајног дужника или његова продаја као правног лица, има за последицу престанак правног субјективитета стечајног дужника. Стога је намирење потраживања поверилаца стечајног дужника над којим је спроведен поступак банкротства условљено њиховим учешћем у поступку стечаја. Из новчане вредности имовине стечајног дужника, или купопродајне цене остварене његовом продајом као правног лица²⁴, могу се намирити само они повериоци чија су потраживања призната у поступку стечаја. У противном, ако су повериоци пропустили да своја потраживања благовремено пријаве лишени су могућности било каквог намирења према стечајном дужнику. То је логична последица законског одређења стечаја као колективног сразмерног намирења поверилаца стечајног дужника. Колективно намирење је могуће и законом допуштено само за оне повериоце који су учествујући у поступку стечаја доказали постојање својих потраживања према стечајном дужнику. У противном, са окончањем поступка стечаја спроведеног банкротством престаје правни субјективитет стечајног дужника, због чега престају и његове обавезе према стечајним повериоцима који нису учествовали у том поступку²⁵.

²³ Тако опредељен циљ стечајног поступка прописан је чланом 2. Закона о стечају.

²⁴ У случају продаје стечајног дужника као правног лица поступак стечаја се сагласно одредби члана 136. став 1. Закона о стечају обуставља у односу на то правно лице и наставља у односу на стечајну масу, у коју улази новац добијен његовом продајом и имовина која није била предмет процене приликом утврђивања продајне цене.

²⁵ Ове правне последице наступају и када се стечај спроводи продајом стечајног дужника као правног лица. И тада по сили закона наступа немогућност намирења поверилачких потраживања

Окончањем стечајног поступка банкротством стечајног дужника наступила је његова правна смрт.²⁶ Из тог разлога престају и све обавезе стечајног дужника које он има у односу на све повериоце, без обзира да ли су и у којој мери намирене у поступку банкротства. Само изузетно и у случају банкротства могуће је измирење потраживања поверилаца који нису учествовали у поступку стечаја. До тога може доћи када су у поступку банкротства у потпуности намирена потраживања свих поверилаца који су учествовали у поступку стечаја и остваре остварени стечајни вишак. У том случају пренети стечајни вишак власницима капитала стечајног дужника представља део имовине из које се могу намирити и потраживања поверилаца који нису учествовали у поступку стечаја. Они се намирују по општим правилима имовинског права, а то значи само до вредности имовине која представља стечајни вишак.²⁷

Међутим, за разлику од банкротства које неминовно води престанку правног субјективитета стечајног дужника, реорганизација се спроводи у циљу наставка његових привредних активности и очувања његовог правног субјективитета. Дакле, у случају реорганизације и даље постоји дужник са неизмиреним обавезама према својим повериоцима. Он својом целокупном имовином гарантује за испуњење свих обавеза према свим повериоцима. Стога окончање поступка стечаја реорганизацијом стечајног дужника није и не може бити од утицаја на престанак његових обавеза према оним повериоцима чија су потраживања из било ког разлога изостављена из плана реорганизације. На правилност таквог становишта упућује и одредба члана 167. став 5. Закона о стечају. Њоме је признато право и повериоцима који нису обухваћени планом реорганизације да у року од годину дана од дана доношења решења о потврђивању унапред припремљеног плана могу тужбом, противтужбом или истицањем приговора у парници оспорити непостојеће или у већем износу планом обухваћено потраживање. Тиме се законодавац посредно одредио не само о статусу

према стечајном дужнику и његовом купцу, уколико су иста настала до датума обуставе стечајног поступка. Таква потраживања се могу намирити искључиво из стечајне масе према којој се поступак стечаја наставља. Зато неблаговремено пријављивање потраживања, или одсуство пријаве и у том случају има за последицу гашење свих потраживања која су постојала према стечајном дужнику до обуставе стечајног поступка, ако иста до тог времена нису и утврђена као пријављена и основана.

²⁶ Поступак стечаја спроведен банкротством стечајног дужника окончава се доношењем решења о његовом закључењу (члан 148. став 1. Закона о стечају). Ово решење представља и правни основ за брисање стечајног дужника из регистра привредних субјеката. Брисање стечајног дужника из регистра правних субјеката се спроводи по службеној дужности. То се чини на темељу одредбе члана 148. став 7. Закона о стечају као реализација правне последице окончања стечајног поступка банкротством.

²⁷ Поступање са вишком деобне масе уређено је одредбом члана 147. Закона о стечају. Њоме је опредељено да се стечајни вишак расподељује имаоцима удела или акција у привредном друштву у складу са правилима поступка ликвидације. Тако преузета имовина може сагласно одредби члана 453. Закона о облигационим односима послужити за намирење и оних поверилаца који нису учествовали у поступку стечаја.

су ових поверилаца у односу на унапред припремљени план реорганизације већ и њиховим потраживањима која тим планом нису обухваћена. Признањем права тим повериоцима да оспоравају потраживање других поверилаца која су као непостојећа и у већем износу призната обухваћена планом одређена су правна дејства усвојеног плана реорганизације и у односу на њихова потраживања. Она се исказују као законом признати правни интерес ових поверилаца да побијају непостојећа или превисоко призната потраживања обухваћена планом у чијем усвајању они нису учествовали. Правно дејство побијања се исказује у обавези враћања оспореног дела потраживања у стечајну масу, односно имовину стечајног дужника која служи за намирење потраживања свих његових поверилаца, па и оних који нису учествовали у поступку стечаја у коме је тај план усвојен.²⁸ То практично значи да се и правна дејства одредбе члана 80. Закона о стечају исказују само у њеном процесном учинку, а не и у погледу материјалноправних дејстава која би се могла исказати у престанку потраживања поверилаца који нису учествовали у поступку стечаја у коме је усвојен план реорганизације. У том поступку повериоцима стечајног дужника се, сагласно цитираној одредби, пружа могућност да у законом прописаном поступку пријаве своја потраживања, докажу њихову основаност и тако стекну извршну исправу за измирење истих. Дакле, обавезом учешћа у поступку стечаја стечајним повериоцима се пружа могућност да као странке тог поступка учествују у закључењу новог уговора – плана реорганизације који ће представљати извршну исправу за измирење њихових потраживања према стечајном дужнику. Стога се изостанком из тог поступка стечајни повериоци лишавају само процесне могућности да узму учешћа у закључењу новог уговора, односно усвајању плана реорганизације који би им омогућио принудно намирење неизмирених потраживања непосредним позивањем на усвојени план реорганизације.²⁹ Тиме су ови повериоци лишени могућности принудног намирења својих потраживања према стечајном дужнику по основу усвојеног плана реорганизације као извршне исправе. Међутим, то не значи да су због неучествовања у поступку стечаја у коме је усвојен план реорганизације исти лишени и сваке могућности намирења својих потраживања према стечајном дужнику. Том чињеницом они су ускраћени само за могућност коришћења усвојеног плана реорганизације за принудно намирење својих потраживања, јер тим планом њихова потраживања нису обухваћена. Извршна дејства усвојеног плана реорганизације се могу реализовати само у односу на потраживања која су њиме обухваћена. Стога су повериоци потраживања која нису обухваћена планом реорганизације у могућ-

²⁸ Види одредбу члана 130. став 1. Закона о стечају.

²⁹ Усвојени и потврђени план реорганизације сходно одредби члана 167. став 1. Закона о стечају представља извршну исправу за сва потраживања која су у њему наведена. Стога се неучествовањем у поступку његовог усвајања такви повериоци лишавају могућности да позивом на усвојени план реорганизације остваре принудно намирење својих потраживања према стечајном дужнику.

ности да њихово принудно намирење остваре само по основу посебне извршне исправе – пресуде коју ће издејствовати у парничном поступку против дужника над којим је вођен и окончан поступак стечаја усвајањем плана реорганизације. Они су овлашћени да у парничном поступку докажу основаност својих потраживања према стечајном дужнику иако нису учествовали у поступку стечаја у коме је дошло до уређења обвезних односа стечајног дужника са другим повериоцима означеним у усвојеном плану реорганизације. Међутим, то не значи да они у парничном поступку могу издејствовати намирење својих потраживања мимо услова одређених планом реорганизације. Напротив, стечајни дужник је у обавези да након усвајања плана реорганизације све радње предузима искључиво у складу и на начин како је то планом одређено. На то га обавезује императивна одредба члана 167. став 2. Закона о стечају. Зато се ни у покренутом парничном поступку после обуставе поступка стечаја стечајни дужник не може обавезати на испуњење обавеза мимо услова и мера прописаних планом реорганизације. Усвојени план реорганизације представља извршну исправу за измирење потраживања која су њиме обухваћена, али се тим правним актом истовремено опредељују и све будуће активности стечајног дужника. Из тог разлога се и одлуком парничног суда може определити обавеза измирења потраживања поверилаца који нису обухваћени планом реорганизације само у складу са условима који су тим правним актом одређени за испуњење потраживања свих осталих поверилаца који су учествовали у његовом усвајању.

Закључак

Новим Законом о стечају у многоме су надомештене претходно присутне мањкавости у уређењу правног института реорганизације. Тиме је учињен значајан корак и на плану отклањања бројних спорних момената у примени тог правног института у пракси. Међутим, одређене недоречености у законом спроведеној доградњи овог правног института и даље су присутне. Једна од њих се тиче и изостанка изричитог законског одређења о правима поверилаца који нису учествовали у поступку стечаја окончаним планом реорганизације.

Изналажење правилног решења тог спорног правног питања свакако представља евидентан захтев судске праксе. У том циљу, а сагласно изнетој аргументацији, мишљења смо да се под условима прописаним планом реорганизације може одлуком парничног суда определити и намирење потраживања поверилаца који нису учествовали у поступку стечаја у коме је план реорганизације усвојен. Усвојеним планом реорганизације опредељује се висина и услови измирења свих потраживања стечајног дужника сврстаних у одређене класе поверилаца. Он уједно представља извршну исправу за сва потраживања која су у њему обухваћена. Измирење тих потраживања може се и принудно реализовати под условима прописаним усвојеним планом реорганизације. Стога

се под истим условима може и пресудом парничног суда одредити намирење потраживања поверилаца који нису обухваћени усвојеним планом реорганизације. Такав поступак се може спровести не само према стечајном дужнику, већ и према његовим правним следбеницима који су у складу са усвојеним планом реорганизације настали као резултат статусних промена стечајног дужника. Они могу одговорати било самостално било солидарно са стечајним дужником. Обим њихове одговорности се опредељује планом реорганизације пренетом им имовином и обавезама стечајног дужника, односно прописаним условима за измирење потраживања која су планом обухваћена. То подразумева обавезу парничног суда да утврди измирење потраживања повериоца који нису обухваћени планом реорганизације под истим условима и на начин који је тим актом прописан за измирење потраживања класе поверилаца у коју би се и то потраживање морало сврстати.

Dr Dragiša B. Slijepčević,
president of the Constitutional Court of the Republic of Serbia

LEGAL EFFECTS OF THE REORGANIZATION PLAN ON THIRD PERSONS

Summary

In this paper are exposed legal arguments regarding possibilities of extension of legal effects of the reorganization plan on third persons, creditors of bankruptcy debtor who did not participate in the process of adoption of reorganization plan. In this sense, paper analyzes legal possibilities of creditors, whose claims were not part of the reorganization plan, to initiate a civil proceedings. The conclusion is that a civil court judgment can decide on merit and way of settlement of claims of these creditors. This can be done only if a civil court's judgment determines way of settlement of claims in the same manner as bankruptcy judge has approved in the reorganization plan. This decision can be adopted in a proceedings against not only bankruptcy debtor but also its successors incurred as a result of bankruptcy debtor changes. In that case, a civil court is required to determined settlement of claims of creditors whose claims were not part of the reorganization plan, under same conditions as those prescribed in the reorganization plan for creditors whose claims were part of the reorganization plan.

Key words: *the reorganization plan, legal effects, third persons, judgment of civil court.*

OPŠTI POGLED NA ZAKONE O STEČAJU

Prof. dr Mihailo Velimirović

FENOMEN STEČAJA

Stečaj je ekonomski, socijalni i pravni problem, pa kao fenomen proizvodi odgovarajuće posljedice ekonomskog, socijalnog i pravnog karaktera, a sve one su nepovoljnog dejstva.

Naslov ovog teksta određuje njegov sadržaj i usmjerava ga isključivo na stečaj kao pravnu kategoriju. U tom smislu, stečaj je oblik generalnog ili opšteg izvršenja na cjelokupnoj imovini stečajnog dužnika.

Pojam stečaja se u nauci shvata u materijalnopravnom i u formalnopravnom značenju. U materijalnopravnom smislu, pod stečajem se podrazumijeva finansijsko stanje u kojem se nalazi stečajni dužnik, koje se izražava njegovom obustavom plaćanja. U istom materijalno-pravnom smislu, pojam stečaja podrazumijeva sistem odnosa subjekata involviranih u taj problem. U formalnopravnom smislu, pod pojmom stečaja podrazumijeva se stečajni postupak, kao sistem procesnih radnji koje se odvijaju pred nadležnim sudom.

U stečajnom postupku se ostvaruju interesi različitih pravnih subjekata. Tu je u prvom planu problem zaštite interesa povjerilaca privrednog subjekta u stečaju, zbog čega se pokreće i vodi stečajni postupak. To je zaštita kredita, pravnog prometa, poslovne etike, dužničko-povjerilačkih odnosa. U tom pravcu se stečajni postupak pokazuje efikasnim načinom primjene prava, poslovnog povjerenja, sprovođenja sudskih odluka. Zatim dolazi problem ugroženosti interesa ulagača kapitala u dužnika koji je zapao u stanje insolventnosti i koji je stavljen pod stečaj. To su vlasnici organizacije koja je pala pod stečaj. Treću grupu problema, zbog otvaranja stečajnog postupka nad stečajnim dužnikom, čini socijalni položaj radnika, koji ostaju bez posla i socijalne sigurnosti. To su interesi upravljačkog sastava dužnika u stečaju. Zato stečaj ima šira ekonomska i društvena dejstva i posljedice, jer društvo gubi izvor svojih prihoda, a pojavljuju se i socijalno-politički problemi zbog nezaposlenih ljudi.

Uz sve teške i negativne posljedice stečaja privrednih subjekata, stečajni postupak ima i određena pozitivna dejstva, koja su ekonomskog i pravnog karaktera. Putem stečaja se ostvaruje poslovna i finansijska disciplina, bez koje ne može da uspješno funkcioniše privredni život privrednih subjekata. Stečajem se uspostavlja-

ju mehanizmi finansijskog restruktuiranja i rehabilitacije insolventnog privrednog subjekta. Stečaj je efikasan izlazni mehanizam iz neprofitnog poslovanja, kojim se prekida neproduktivna upotreba imovine stečajnog dužnika, prenosiće je na efikasnije subjekte poslovanja. Stečajem se obezbjeđuje nepristrasni mehanizam naplate potraživanja povjerilaca; to utiče na bolje ostvarivanje njihovih prava i njihovog ukupnog finansijskog položaja. Stečajni postupak u našim uslovima bio je i povoljna prilika za privatizaciju društvenih i državnih preduzeća u svojinske oblike privrednih subjekata.

Stečajni postupak štiti dužnika od povjerilaca, jer prestaje mogućnost njihovog pojedinačnog namirenja potraživanja, a uvodi se kolektivno ravnomjerno namirenje svih stečajnih povjerilaca. Ova zaštita dužnika naročito dolazi do izražaja u odnosu na moćne povjerioce, koji svojom nasrtljivošću guraju dužnika u još veće finansijske probleme. To isto čine i lokalni povjerioci, jer oni prije drugih imaju mogućnost da saznaju dužnikove finansijske probleme, pa po svaku cijenu nastoje da naplate ili da obezbijede svoja potraživanja. Stečaj štiti i povjerioce jednog od drugoga, jer onemogućava pojedinačno namirenje potraživanja i time sprečava da se jedini namire u cjelini svojih potraživanja, a da za druge ne ostane ništa.

Stečaj je nužno zlo koje niko ne želi, jer u njemu svi gube. Upravo zbog toga do otvaranja stečajnog postupka može da dođe samo izuzetno, i to pod strogim zakonskim uslovima. Otvoreni stečajni postupak se može voditi u dva pravca: u pravcu reorganizacije (sanacije) stečajnog dužnika ili u pravcu njegovog bankrotstva. Pod pojmom i postupkom reorganizacije se podrazumijeva namirenje povjerilaca stečajnog dužnika na način i pod uslovima koji su određeni planom reorganizacije. Pod bankrotstvom se, pak, podrazumijeva namirenje povjerilaca stečajnog dužnika prodajom cjelokupne njegove imovine. To dovodi do brisanja stečajnog dužnika iz registarskih knjiga i do njegovog prestanka postojanja kao pravnog subjekta. Zbog takvog sadržaja ovih postupaka i njihovih posljedica veoma je važno kako će se oni voditi i kako će se završiti. Ukoliko se postupak vodi u pravcu bankrotstva stečajnog dužnika, važno je na koji način će se unovčavati dužnikova imovina iz stečajne mase. A, ako će se postupak voditi u pravcu reorganizacije stečajnog dužnika veoma je važno da je za to pripremljen dobar stečajni plan.

KODIFIKACIJA STEČAJNOG PRAVA

Posebno crnogorsko stečajno zakonodavstvo je najnovijeg datuma, jer je nastalo prije devet godina kada je bio donesen prvi zakon ove vrste, pod naslovom Zakon o insolventnosti privrednih društava¹. Taj je Zakon prestao da važi 19. januara 2011. godine, jer je zamijenjen novim zakonom, čiji naslov glasi Zakon o stečaju².

¹ “Službeni list RCG”, br. 6/2002.

² “Službeni list CG”, br. 1/2011.

Zakon o stečaju nije jedini zakon stečajnog prava i on ne sadrži sva pravila potrebna za vođenje stečajnog postupka. On je zakon opšteg karaktera jer se primjenjuje na stečaj svih privrednih subjekata, osim onih njegovih odredbi čija se primjena isključuje posebnim zakonima o stečaju specifičnih privrednih subjekata. To su Zakon o stečaju i likvidaciji banaka i Zakon o stečaju društava za osiguranje, kao finansijskih organizacija. U stečajnom postupku tih privrednih organizacija shodno se primjenjuju u odredbi Zakona o stečaju, osim posebnih odredbi utvrđenih tim zakonima za ova privredna društva.

Iako sadrži cjeloviti sistem odredaba stečajnog prava, Zakon o stečaju ne može da obuhvati sva moguća pravila za stečajno pravne odnose. Zato on sadrži upućujuću odredbu, koja glasi: “Na pitanja koja nijesu uređena ovim zakonom shodno se primjenjuju odredbe zakona kojim se uređuje parnični postupak i postupak posredovanja” (čl. 7, st. 2)³.

Zakon o stečaju uređuje sistem odnosa i procesnih radnji u stečajnom postupku. U tom sistemu sve se grupiše u odnosu na tri odlučujuća faktora. To su: stečajni sud, koji upravlja stečajnim postupkom; stečajni dužnik, kojim upravlja stečajni upravnik, kao organ stečajnog postupka; povjerioci, radi čijeg namirenja potraživanja se otvara i vodi stečajni postupak.

ZAŠTO ZAKON O STEČAJU

Nazivom “Zakon o stečaju” pokriva se pravni problem stečaja kao fenomena, jer se radi o imovinskom problemu privrednog subjekta u stečaju, kojeg treba riješiti na odgovarajući način. Na to je upućivao i naš prethodni Zakon o insolventnosti privrednih društava, ali je on bio neadekvatan u svojoj sadržini i nepogodan u primjeni.

Zakon o insolventnosti privrednih društava bio je donesen u uslovima ondašnjih specifičnih društvenih okolnosti, a rađen je u vrlo kratkom vremenskom periodu, što je neubičajeno za donošenja zakona ove vrste. Međutim, uz brojne kritike upućene tome zakonu, potrebno je uvažiti najmanje dvije njegove pozitivne dimenzije. Prvo, to je samo ime zakona, jer je njime identifikovan pravni problem koji se rješava u stečajnom postupku. Drugo, to su odredbe zakona o sanaciji stečajnog dužnika putem njegove reorganizacije. Taj je zakon, naime, raščlanjivao regulativu stečajnog postupka na bankrotstvo, kao način prestanka stečajnog dužnika kao privrednog subjekta, i reorganizaciju kao način njegove sanacije i opstanka, oporavka i novog početka u privrednom životu. Takvo je suštinsko opredjeljenje svih sadašnjih stečajnih zakona, pa i novog crnogorskog Zakona o stečaju.

Zakon o insolventnosti privrednih društava bilo je potrebno napustiti i zameniti ga novim zakonom zbog brojnih njegovih nepotpunosti, nedorečenosti, pa i

³ Srbijansko stečajno pravo poznaje i druge izvore. To su: Kodeks etike za stečajne upravnike; Nacionalni standardi (za upravljanje bankovnim računima i novčanim sredstvima stečajnog dužnika; o načinima unovčenja imovine stečajnog dužnika, idr.).

pogrešnosti. Na to je dosta ukazivano u pravničkim tekstovima, kao i od strane pravnih stručnjaka koji su primjenjivali odredbe toga zakona. Ovdje navodimo samo dvije suštinske loše karakteristike Zakona o insolventnosti privrednih društava. Prvo, pravno-tehnička obrada teksta zakona i formulacije pojedinih odredbi su bili nepodesni i nijesu odgovarali evropskom načinu definisanja zakonskih pravila. A to je najveći stepen opštosti u definisanju pojedinih odredbi. Tekst Zakona o insolventnosti privrednih društava je rađen anglosaksonskim načinom formulisanja zakonskog pravila, a on je oslanjanje na sudske precedente.

U anglosaksonskoj stilistici tekstovi su razvučeni, sa brojnim stavovima i podstavovima, pa je dosta teško snaći se u tome prilikom primjene pojedinih pravila iz zakona. Drugo, Zakon o insolventnosti privrednih društava sadrži određena neadekvatno formulisana pravila, koja su se kosila sa jasno definisanim stavovima pravne teorije. Tako, na primjer, Zakon o insolventnosti je klasične mjere zaštite imovine dužnika u predstečajnom postupku nazvao upravne mjere, iako su to mjere građanskopravnog karaktera. Zatim, pod nazivom "Postupak poništenja" (Glava VII) obuhvaćena je materija klasičnog prava pobijanja pravnih radnji stečajnog dužnika. Time je učinjena materijalnopravna greška, jer je poboynost izjednačena sa ništavošću pravnih poslova, kao materije obligacionog zakona i drukčijeg pravnog osnova i sadržaja.

OPREDJELJENJE STEČAJNOG ZAKONODAVSTVA

U savremenom stečajnom zakonodavstvu, umjesto klasičnih naziva Zakona o stečajnom postupku, ističu se novi nazivi, koji upućuju na opredjeljenje zakonodavstva na problem stečaja kao ekonomskog, socijalnog i pravnog značaja. Tako, američki zakon iz 1978. godine nosi naslov Zakon o bankrotstvu (Federal Bankruptcy Act); ruski Zakon o bankrotstvu preduzeća, iz 1992. godine; engleski Zakon o insolventnosti (Insolvency Act), iz 1985. godine; francuski Zakon o sudskom oporavku i likvidaciji društva, iz 1984. godine; njemački Insolvenzijski zakon (Insolvenzordnung), iz 1994. godine.

U istom smislu su i naslovi zakona koji su doneseni na bivšem jugoslovenskom području. U Hrvatskoj to je Stečajni zakon, iz 1996. godine; u Crnoj Gori je bio Zakon o insolventnosti privrednih društava, iz 2002. godine; u Sloveniji Zakon o finansijskom poslovanju, insolvenzijskom postupku i prinudnom prestanku, iz 2007. godine; u Makedoniji Zakon o stečaju, iz 2006. godine. Novi crnogoski zakon nosi, takođe, naslov Zakon o stečaju; u Srbiji to je prvo bio Zakon o stečajnom postupku, iz 2004. godine, a sada je Zakon o stečaju, iz 2009. godine (ZOS); u Republici Srpskoj to je Zakon o stečajnom postupku, iz 2002. godine; a u Federaciji Bosne i Hercegovine takođe Zakon o stečajnom postupku, iz 2003. godine.

Suštinsko je opredjeljenje novog stečajnog zakonodavstva u normativnom odgovoru na pravno političko pitanje: koji je primarni cilj stečajnog postupka i u čiju

se korist on vodi. Ovo stoga što se kroz stečajni postupak prelamaju interesi više zainteresovanih lica: interesi povjerilaca, radnika i drugih zaposlenih lica, vlasnika privrednog subjekta, širi društveni interesi. S obzirom na te interese, u svim savremenim zakonima o stečaju je predviđeno da se stečajni postupak može voditi u dva pravca: u pravcu reorganizacije i sanacije stečajnog dužnika ili u pravcu njegovog bankrotstva i prestanka postojanja dužnika kao pravnog subjekta. Klasično je opredjeljenje i usmjerenje Zakona o stečaju skupno i ravnomjerno namirenje stečajnih povjerilaca, uz mogućnost preduzimanja sanacionog postupka putem prinudnog poravnjanja u stečaju. Savremeno je opredjeljenje zakona o stečaju, međutim, da povjerioci odluče u kojem je pravcu potrebno voditi stečajni postupak, što znači da se taj postupak i dalje vodi prvenstveno u njihovu korist. Ukoliko povjerioci procjene da se njihovi interesi mogu brže i bolje zadovoljiti reorganizacijom dužnika, oni će se opredijeliti za usvajanje stečajnog plana i pokušaj sanacije dužnika, radi stvaranja povoljnijih uslova za naplatu njihovih potraživanja od onih raspoređivanjem stečajne mase, namirenjem potraživanja putem isplatnih redova. Uspješnim završetkom postupka reorganizacije stečajnog dužnika zadovoljavaju se i interesi drugih involviranih subjekata: radnici ostaju na svojim radnim mjestima, vlasnici kapitala su zaštitili svoje pravo svojine, šira društvena zajednica je zadržala jedan od izvora svojih prihoda, a i oslobodila se socijalnih problema koji bi nastali da je privredni subjekat bankrotirao.

REFORME STEČAJNOG ZAKONODAVSTVA

Cjelokupno postjugoslovensko stečajno zakonodavstvo je temeljito reformisano u odnosu na prethodno stanje Zakona o stečaju. Ta reforma, razumije se, zadržala je sva dobra rješenja iz prethodnog jugoslovenskog zakona o stečaju, koji je, takođe, pratio savremena kretanja i potrebe iz materije stečajnog prava. Zato se radi o reformi reformisanog stečajnog zakonodavstva, s tim da ni tu nije kraj, jer se nameće potreba još novih zakonskih rješenja.

Reformisanost postojećeg postjugoslovenskog stečajnog zakonodavstva je naročito u sledećem. Prvo, proširen je krug stečajnih dužnika, kao pasivno legitimisanih subjekata stečajnog postupka. Drugo, uveden je sistem reorganizacije stečajnog dužnika, kao oblik njegove sanacije. Treće, drukčije je definisan položaj stečajnih povjerilaca, u pravcu povećanja njihovih ovlašćenja u stečajnom postupku; time je smanjena uloga suda u tome postupku, naročito u pogledu prava povjerilaca da odlučuju u kojem pravcu da se vodi stečajni postupak: u pravcu reorganizacije stečajnog dužnika ili u pravcu njegovog bankrotstva. Četvrto, redefinisani su stečajni razlozi. Peto, uvedeni su stečajni redovi za diobu stečajne mase i namirenje povjerilaca. Šesto, dopunjena je kategorija pobojnih pravnih radnji stečajnog dužnika. Sedmo, detaljnije je regulisan stečajni postupak sa elementima inostranosti ili međunarodni stečaj. Osmo, redefinisani su krug i sadržaj nadležnosti organa stečajnog postupka i

razgraničena su njihova ovlašćenja. Naročito je temeljito regulisan pravni položaj stečajnog upravnika: dat mu je novi sadržaj; utvrđeni su strogi uslovi za imenovanje nekog lica za tu funkciju i predviđena njegova odgovornost; osamostaljen je u vršenju svojih prava i u izvršavanju obaveza. Deveto, detaljno su regulisana prava izlučnih i razlučnih povjerilaca; postupak unovčenja imovine iz stečajne mase; stvorena je mogućnost ubrzanja vođenja stečajnog postupka.

Zakon o stečaju već svojim naslovom iskazuje opredjeljenost zakonodavca da u središte problema stavlja i drži stečaj kao teški problem. Zakone o stečaju su modernizovali stečaj, harmonizovali stečajno pravo sa savremenim stranim pravom visokorazvijenih zemalja, a naročito sa međunarodnom stečajnom regulativom (primarni i sekundarni stečaj). To se ogleda u više pravaca. Stvorene su pretpostavke modernije procedure bankrotiranja, jer se omogućuje izlazak iz stanja insolventnosti ili prezaduženosti ("stanja poluživota"). Zakon o stečaju stvara proceduralne uslove da se to stanje razriješi blagovremeno, brzo i jeftino. Bržom i efikasnijom procedurom stečaja smanjuju se troškovi, a cilj je toga da se sačuva i održi što je više moguće vrijednosti imovine stečajnog dužnika, uz što minimalnije gubitke.

Zakon o stečaju je bolje regulisao vođenje stečajnog postupka, naročito razgraničenjem uloga pojedinih učesnika u tom postupku. Zakon je smanjio broj organa postupka, jer sudsku funkciju vrši samo stečajni sudija, koji upravlja cjelokupnim postupkom. Zakon o stečaju je temeljito regulisao pravni položaj stečajnog upravnika, koji upravlja stečajnim dužnikom, tj. stečajnom masom, koja je centralna tačka stečaja, jer povezuje sve učesnike toga postupka. U istom smislu dobro je regulisano učešće povjerilaca u postupku stečaja, sa gledišta njihovog prava da odluče u kojem pravcu će se voditi stečajni postupak: u pravcu reorganizacije i sanacije dužnika ili u pravcu njegovog bankrotstva i prestanka postojanja kao privrednog i pravnog subjekta.

Zakon o stečaju je proširio mogućnost postupka reorganizacije dužnika i njegovo ubrzanje; on je predvidio mogućnost da se plan reorganizacije podnese unaprijed, tj. istovremeno sa podnošenjem predloga za pokretanje stečajnog postupka. To može da učini dužnik, jer je on najbolje upućen u sve probleme u poslovanju preduzeća, kao i u mogućnost njegove finansijske i svake druge sanacije. On je, uostalom, i najzainteresovaniji za svoju sanaciju.

Zakon o stečaju je proširio krug stečajnih razloga. Pored trajne nesposobnosti za plaćanje (insolventnost) i preteće insolventnosti, novi razlozi su prezaduženost i nepostupanje dužnika po usvojenom planu reorganizacije, kao i u slučaju da je taj plan izdejtvovan na prevaran ili nezakonit način (ponovno otvaranje istog stečaja).

Zakon o stečaju je prvi put u ovoj materiji definisao nekoliko osnovnih načela, kao orijentacionih pravila za vođenje stečajnog postupka. Zakon o stečaju je prihvatio pravila međunarodnog (prekograničnog) stečaja iz Model-zakona UNCITRAL-a, iz 1997. godine.

Zakon o stečaju je zadržao sva davno dobro definisana pravila o izlučnim i razlučnim povjeriocima; pravila o pravnim posljedicama otvaranja stečajnog postupka. Zakon o stečaju u pogledu prestanka radnih odnosa zaposlenih lica nije prihvatio odredbe Konvencije Međunarodne organizacije rada o zaštiti potraživanja radnika u slučaju platežne nesposobnosti (insolventnosti) poslodavca⁴, što ne smatramo ispravnim.

HARMONIZACIJA STEČAJNOG ZAKONODAVSTVA

U evropskoj je tradiciji da zakoni budu pristupačno napisani, dobro sistematizovani i da njihove odredbe budu jasno stilizovane, a to znači da budu u ustaljenoj formi i sa adekvatnim sadržajem. U tom smislu je aktuelna harmonizacija domaćih privrednopravnih propisa sa propisima Evropske unije, a ne sa propisima anglosaksonskog prava. To je evropejizacija prava i stvaranje jedinstvenog evropskog privatnog prava, pa i onog njegovog dijela koji se naziva Stečajno pravo. Naime, Rimski sporazum iz 1957. godine o osnivanju Evropske ekonomske zajednice i Evropske zajednice za atomsku energiju, kao preteče Evropske unije, utvrđena je obaveza “usklađivanja (harmonizacije) nacionalnih zakonodavstava u mjeri u kojoj je to neophodno za funkcionisanje zajedničkog tržišta” (čl. 13). Konceptija evropskog zajedničkog tržišta polazi, ipak, od opredjeljenja da je unutrašnje evropsko tržište prostor bez unutrašnjih granica, na kome se vrši slobodno kretanje lica; slobodni promet roba i kapitala, slobodno vršenje usluga. Pravni uslov za to je da svi donesu propise koji označavaju zajedničko (komunitarno) nasleđe i čine komunitarne tekovine prava.

Harmonizacija stečajnog zakonodavstva se vrši na užem - lokalnom prostoru (npr. u Bosni i Hercegovini) i na evropskom nivou. Harmonizacija stečajnog prava na širem evropskom prostoru je izvršena u onim zakonima koji su u potpunosti naslonjeni na odgovarajući zakon određene evropske države (na primjer na njemački *Insolvenzgesetz*). Što se, ipak, tiče harmonizacije ovdašnjih zakona o stečaju sa izvornim evropskim pravom, to je djelimično izvršeno sa evropskom Konvencijom o međunarodnim aspektima stečaja, koja je donesena u Istanbulu 1990. godine (*Istanbul Convention*). Sada se harmonizacija stečajnog prava vrši sa direktivama Evropske unije za pojedine oblasti prava. Za stečajno pravo u obzir dolaze sljedeće direktive: Direktiva o koordinaciji zaštite akcionara i drugih lica u pogledu objavljivanja sudskih pismena: ukidanja prava raspolaganja imovinom dužnika; otvaranje stečajnog postupka i nimenovanja stečajnog upravnika; zastoj stečajnog postupka. Zatim dolaze sljedeće direktive: Direktiva o prestruktuiranju društva za osiguranje, Direktiva o prestruktuiranju i likvidaciji kreditnih institucija, Direktiva o konačnosti

⁴ Konvencija br. 173, iz 1992. godine. Takođe, Direktiva Evropske unije za usaglašavanje zakona zemalja članica, koji se odnose na zaštitu radnika u slučaju insolventnosti njihovih poslodavaca, iz 1980. godine.

poravnanja i sistemi za poravnanje, Direktiva za aranžman za finansijski kolateral, Direktiva za usaglašavanje zakona zemalja članica koje se odnose na zaštitu radnika u slučaju insolventnosti njihovih poslodavaca, Direktiva o insolventnoj proceduri.

Pravo Evropske unije nije jedino koje vrši uticaj na ovdašnje zakonodavstvo, jer se recepcija stranog prava vrši i mnogo šire. Na to obavezuju neki međunarodni ugovori, a u nekim slučajevima se koriste i važni međunarodni tekstovi za izradu domaćih zakona, iako oni nijesu obavezni. Postoje i drugi načini uticaja na harmonizaciju zakonodavstva, kao što su model-zakoni. Model-zakoni pomažu redaktorima domaćeg zakona u sastavljanju teksta zakona. Iz oblasti stečajnog prava poznat je Model-zakon o prekograničnoj insolventnosti. Sadržaj toga Modela je doslovno preuzet i prenesen u crnogorski Zakon o insolventnosti privrednih društava; u srbijanski zakon o stečaju; crnogorski Zakon o stečaju.

U toku je, dakle, postupak ostvarivanja zajedničke pravne regulative na lokalnom, regionalnom i globalnom planu. Tim putem se sadržaji nacionalnih zakona usklađuju sa regionalnim i univerzalnim pravnim standardima. Opšti pravni standardi ostvaruju međutim, dovoljno prostora za prilagođavanje domaće regulative svojim potrebama i mogućnostima. Tendencija je da se harmonizacija prava vrši postepeno, s tim da ona vremenom dobije karakter univerzalnosti prava različitih poredaka. Tim putem bi se umjesto različitih nacionalnih pravila uvela jedinstvena opštevažeća pravila. U najširem smislu, primjer za to je rad na izradi Evropskog građanskog zakona (*E v r o p e n c i v i l c o d e*).

Događaju se, dakle, globalna kretanja, u čijem toku treba stvarati ili novelirati nacionalno pravo, uvažavajući regionalne i svjetske standarde. Bolje je tako raditi no na brzinu preuzimati normativna rješenja iz stranih pravnih sistema.

PRAVNO-TEHNIČKA OBRADA ZAKONA

Veliki strani uticaji na domaće zakonodavstvo imaju sadržinsku dimenziju i leksičko dejstvo. Sadržinska dimenzija stranog uticaja ima suštinski značaj. Ona je izraz potrebe da se prate i da se prihvate savremena zakonodavna rješenja iz najrazvijenijih djelova svijeta. Prema tim rješenjima se formulišu univerzalna pravila međunarodnog prava. Za to je najpogodnije kompanijsko pravo kao cijelina, s obzirom na njegove funkcije i tradicionalni karakter *i u s m e r c a t o r u m*.

Sadržaj i sistematizacija teksta zakona, stil njegovog pisanja, stručna terminologija, formulacija odredbi su rezultat redaktorskog znanja i umjeća. Redaktorima zakonskih tekstova se povjerava da ih formulišu na najbolji mogući način. Zakonodavac vjeruje redaktoru teksta budućeg zakona i povodi se za njegovim predlozima. U stvari, oni koji odlučuju o donošenju određenog zakona, u najboljem slučaju, znaju vrlo malo suštinu njegove sadržine, a moguće je da uopšte i ne znaju materiju koja je predmet regulisanja. Uz to, kad se ima u vidu da su sastavljači zakonskog teksta strani stručnjaci, u pitanje može da dođe sadržaj, stil i primjena zakona. Jer strani stručnjaci ne poznaju domaće uslove, kulturu i odnose u društvu. Doda li se

tome i industrijska brzina sastavljanja budućeg zakonskog teksta, upitna stručnost njegovog sastavljača, rezultat je neminovno loš zakonski tekst.

Na sadržaje ovdašnjih zakona veliki uticaju su izvršila strana stečajna zakonodavstva, a u određenim sadržajima je prihvaćena međunarodna stečajna regulativa. U tom smislu se može kazati da je vršena harmonizacija stečajnog zakonodavstva na užim i širim geografskim prostorima. Na to su svakako, uticali i pisci zakonskih tekstova, pa se iz sadržaja zakona može odrediti i odakle su oni došli i kojoj pravničkoj školi pripadaju.

Na hrvatski Stečajni zakon je uticaj izvršio njemački Insolventni zakon (Insolvenzordnung), iz 1994. godine (koji je stupio na snagu 1. januara 1999. godine), s tim što je zadržan ukorijenjen domaći naziv zakona u terminologiji, teoriji i praksi. Inače “s aspekta novog hrvatskog uređenja insolventnijskih pravnih situacija možda bi adekvatniji naziv bio Insolventni zakon”. Ovaj hrvatski zakon je imao veliki uticaj na dva bosanska zakona o stečajnom postupku, ali su oni drukčijeg imena, kraćeg su sadržaja i obima. Razlika između njih samo u naslovu zakona, jer je prihvaćen njemački zakonski termin “insolventnost”. Slovenački zakon o stečaju je najobimniji, a po svom nazivu i taj zakon sadrži strukturu bivšeg jugoslovenskog Zakona o stečaju, prinudnom poravnanju i likvidaciji.

Crnogorski Zakon o stečaju, po svojoj strukturi i po sadržaju u velikoj mjeri se podudara sa srbijanskim Zakonom o stečaju. Razlike su samo u tome što srbijanski zakon ne predviđa stečaj preduzetnika i sadrži nekoliko stečajnih krivičnih djela.

Uticaji stranih zakonodavstava na domaće zakonodavstvo je sasvim normalno i prihvatljivo, jer se radi o provjerenim rješenjima teškog i komplikovanog problema stečaja. Uostalom, i bivši starojugoslovenski Stečajni zakon, iz 1929. godine bio je sastavljen po uzoru na austrijski Stečajni red (Konkursordnung), iz 1914. godine. Taj naš bivši zakon je bio moderan i sadržajan tekst, pa je stalno vršio uticaj na kasnije novojugoslovenske zakone o stečaju. To se naročito odnosilo na njegovu terminologiju i na pojedine pojmove i sadržaje, kao: stečajna masa, dioba stečajne mase, izlučni i razlučni povjerioci, pravo slijeđenja, organi stečajnog postupka, prinudno poravnanje i dr.⁵

Američki Zakon o bankrotstvu izvršio je, u jednom dijelu, direktni ili indirektni uticaj na skoro sve ovdašnje zakone o stečaju, to su odredbe XI poglavlja toga zakona, koje se odnose na reorganizaciju stečajnog dužnika, jer su svi oni, osim slovenačkog zakona, prihvatili taj pravni institut.

Pravno-tehničke poslove sastavljanja zakonskih tekstova na ovim prostorima u velikoj mjeri obavljaju strani stručnjaci. To su eksperti za izradu pojedinih zakonskih tekstova, iako je pitanje da li su to oni i u svojim zemljama. Oni taj posao obavljaju bilo kao pisci cjelokupnog zakonskog teksta, bilo kao savjetnici domaćih eksperata koji rade na izradi određenog budućeg zakona. Koliko je uspjeh angažovanja stranih eksperata na izradi tekstova nekih zakona vrijeme pokazuje kvalitetom

⁵ Dr Mihailo Dika: Insolventnijsko pravo, Zagreb, 1998, str 3.

njihove primjenjivosti, ali i analizom kvalifikovanosti specijalista za pojedine segmente prava. Tipični primjer za to bio je Zakon o insolventnosti privrednih društava, iz 2002. godine.

Strani pravni stručnjaci smatraju da je pisanje zakonskih tekstova biznis, a da je pravo socijalno inženjerstvo i da se pravno-tehničkim rješenjima može projektovati pravni razvitak. U tom pravcu ekipe stranih pravnih stručnjaka odlaze kao misionari u zemlje u razvoju i u zemlje u tranziciji na izvršavanje postavljenih zadataka proizvodnje projekata budućih zakonskih tekstova. Tim putem oni žele da transformišu pravne poretke zemalja u kojima djeluju prema modelima koje su ponijele iz svojih država i koje su naučili u svojim pravničkim školama. Moguće je da strani pravni stručnjaci, pisci tekstova određenih zakona, njihove sadržaje podešavaju i usmjeravaju prema interesima subjekata iz zemlje koje su došli. Na takav mogući zaključak upućuju i neka rješenja iz ovadašnje zakonodavne i životne stvarnosti.

Djelatnost stranih pravnih stručnjaka za izradu zakonskih tekstova ima i svoju ideološku dimenziju, jer oni nameću strane vrijednosti, naročito u komercijalnim i drugim privrednim odnosima, koji su inače dosta vrijednosnosno neutralni, pa su i prihvatljivi, ali samo pod uslovom da vode računa o domaćim potrebama i mogućnostima. Sve to se teže ostvaruje u širim socijalnim odnosima, jer su se u njima formirala standardna pravila ponašanja i ustalila se pravna kultura življenja. U toj kulturi narod zna kako, kad i gdje će se koristiti pravo, pravne ustanove i pravni postupci, pa se prema tome i ponaša.

Sve veće prisustvo angloameričkog prava, a time i amerikanizacije prava, dovodi do toga da u “izradi ovog harmonizovanog zakonodavstva često se javljaju i rješenja koja su tuđa, kako našem tako i evropskom pravu, tako da se postavlja pitanje da li mu harmonizujemo naše pravo sa pravom Evropske unije ili sa anglosaksonskim pravom. Taj uticaj dolazi iz vanevropske familije prava, a ne od strane stručnjaka evropsko-kontinentalnog prava”⁶. To “samo po sebi može biti dobro, ako je to prisustvo rezultat naučne i životne potrebe. Ali, ako je to prisustvo vođeno nekom metapравnom ambicijom i snagom akumulirane izvan pravne energije, onda to čini jednu penetraciju nedovoljno naučno i stručno objašnjenu. Ona dovodi u pitanje ne samo pravne spomenike evropske pravne civilizacije, već i samu suštinu i formu prava koja je na ovom kontinentu preživjela sve vjekove”. Potrebno je, dakle, “uskладiti evropsku filozofiju opštosti pravnih kategorija sa pragmatikom i kazuistikom anglosaksonskog prava”⁷. Problem je, dakle, u drukčijim pristupima evropskog kontinentalnog prava i angloameričkog prava, a to su za nas dominantni pravni sistemi i dominantne pravne škole.

Crnogorski Zakon o stečaju i srbijanski Zakon o stečaju su izbjegli tu zamku.

⁶ Dr Slobodan Perović: BUDUĆNOST PRIRODNOG PRAVA (Završni dokument, Kopaonik, 2006, str. 57).

⁷ Dr Slobodan Perović: BESEDE SA KOPAONIKA, Beograd, 2005. str. 527-528. Detaljno o tome: Dr Mihailo Velimirović: Dejtonski ustav i harmonizacija kompanijskog prava (Republika Srpska - deset godina Dejtonskog mirovnog sporazuma; Banja Luka, 2005. izdavač Akademija nauka i umjetnosti Republike Srpske, knj. VIII).

STIL ZAKONA

U uslovima direktnog ili indirektnog učešća ili samo uticaja stranih pravnih stručnjaka ili međunarodnih institucija i organizacija u izradi naših zakona evidentna je potreba čuvanja i zaštite nacionalnog jezika, pisma i pravne terminologije. Na tome je potrebno insistirati u savremenim uslovima dinamičnog zakonodavnog razvoja. Ovo iz više razloga.

Jezik ili stil pisanja zakona su veoma važni za razumijevanje i njihovu pravilnu primjenu. Sadržina svakog zakona čini njegovu suštinu, a ostvarivost je njegova najveća vrijednost. Jer, što vrijedi i najbolji zakon ako se njegove odredbe ne mogu primjeniti. Sve to objektivno zavisi od sadržine zakona, od njegove pravno-tehničke strukture i jezičkog izraza zakonskog teksta. Jezik i stil zakona treba, naime, da bude leksički korektno izraženi, a to znači da budu u duhu nacionalnog književnog jezika.

Pravni jezik ima svoje specifičnosti, koje se mogu posmatrati iz dva ugla. Specifičnost pravnog jezika odnosi se na način formulisanja sadržaja zakona; ono treba da bude jasno, određeno, precizno i dosljedno u upotrebi pojedinih riječi i izraza. To je najbolje iskazano u maksimi da stvaralac zakona “treba da misli kao filozof, a da govori kao seljak” (Jering). Jezik i stil zakona su njegova spoljna forma. Ako bi to bilo uvijek moguće, idealan je onaj stil pisanja zakona u kojima je “riječima tijesno, a mislima prostrano” (Andrić). To zavisi isključivo od pisca ili redaktora zakonskog teksta, jer stil je sam čovjek (Bifon). Pisac zakona ne treba da bude samo vrstan poznavalac prava i ne samo teoretičar koji uopštava postojeće i poznato, već i mislilac koji projektuje nova rješenja i daje odgovore na pitanja i problem. Zato su potrebni znanje i vještina, koji su glavna osobenost sastavljača zakona, a koji se stiču učenjem, prirodnim darom, iskustvom i savršenim poznavanjem književnog izraza svoga naroda. Primjer dobrog stila zakona je francuski Code Civile (1804) i naš Zakon o obligacionim odnosima (1978). Dobar stil zakona podrazumijeva kratke i jasne rečenice, raspoređene u uže zakonske odredbe i stavove. Nasuprot tome, nije dobar stil zakona razvučenih zakonskih odredbi, sa dugim rečenicama, opisivanjima i dugim nabranjima dozvoljenog i nedozvoljenog. Neki put se, međutim, zakonsko pravilo ne može forumulisati na uopšteni način, već je jedino moguće da se to učini opisivanjem njegovog sadržaja. To je naročito slučaj sa sadržajim finansijskih propisa i uopšte zakona privrednog značaja, zbog velike imperativnosti njihovih odredbi.

Na dobar stil zakona utiče i pravilna upotreba stranih riječi i pojmova. U savremenom zakonodavstvu, naročito onom kompanijskog sadržaja, i uopšte zakona koji regulišu najšire ekonomske odnose, neminovna je upotreba stranih riječi i termina zbog nastanka novih pojmova i materijalnih sadržaja. To su novi pojmovi: lizing, licenca, alotma, factoring, frašininz, forgetting, inženjering, sef i dr. U svakodnevnoj su upotrebi i drugi strani poslovni termini, kao što su broker, tender, brend, diler, stend baj i dr. Bolje je te nazive izvorno upotrebljavati nego ih opisno prevoditi ili

im izmišljati domaća imena. Naša poslovna javnost i građanstvo uopšte treba da se privikavaju na nove termine u svome jeziku i da ih prihvate kao svoje. U tom smislu je sastavljen i objavljen na srpskom jeziku "E v r o r e č n i k", (Eurovoc), koji sadrži 6500 pojmova.

STRUKTURA ZAKONA O STEČAJU

Za razliku od Zakona o insolventnosti privrednih društava, čiji je sadržaj bio ispreturan, Zakon o stečaju je logično struktuiran. Njegov sadržaj je podešen ostvarenju ciljeva stečajnog postupka, pa je materija u njemu dobro sistematizovana, povezana, dosta lako shvatljiva i pogodna za primjenu.

Sadržaj Zakona o stečaju je suštinski raspoređen u četiri osnovne međusobno dobro povezane cjeline. Prvo, to su osnovne odredbe, što je karakteristično i za sve druge zakone koji su pisani evropskim pravničkim rukopisom. U tom dijelu Zakon o stečaju je definisao osnovne pojmove i načela stečajnog postupka, što nije činjeno u starijim zakonima ove vrste. Definisanje osnovnih načela ima veliki praktični značaj, jer pomaže sudijama i drugim stručnjacima da se mogu lakše snaći u svom poslu primjene nekog zakonskog pravila. Drugo, to su odredbe o bankrotstvu stečajnog dužnika, koje čine suštinu čitavog stečajnog postupka, jer se i pravila o reorganizaciji stečajnog dužnika primjenjuju u uslovima otvorenog stečajnog postupka nad stečajnim dužnikom. U tom dijelu Zakona o stečaju smještene su pravila o svim procesnim radnjama koje se tiču dužnika, povjerilaca, stečajni razlozi, stečajne procesne radnje, pravne posljedice otvaranja stečajnog postupka, stečajna masa, završetak stečajnog postupka. Treće, to su odredbe Zakona o stečaju o reorganizaciji stečajnog dužnika, kao načina njegove sanacije. Četvrto, Zakon o stečaju je uredio materiju međunarodnog stečaja ili tzv. sukob stečajnih zakona. To su odredbe namijenjene stečajnom sudu i stečajnom upravniku, kao predstavniku stečajnog postupka u drugoj državi. Radi se o osnovnom ili primarnom stečaju i o posebnom ili sekundarnom stečaju, o priznanju i izvršenju inostranih stečajnih odluka. Sve su te odredbe preuzete iz Model-zakona o prekograničnoj insolventnosti, koji je sastavila Komisija Ujedinjenih nacija za međunarodno trgovačko pravo (UNCITRAL).

U tekstu Zakona o stečaju propušteno je da se uvrste odredbe o sudskoj (prinudnoj) likvidaciji privrednog subjekta. To je prepušteno regulativi budućeg Zakona o privrednim društvima, kao vansudska likvidacija. Oni su vjerovatno imali u vidu da se u slučaju likvidacije privrednog subjekta radi o solventnoj organizaciji, pa tome nije mjesto u stečajnom postupku insolventnog dužnika. Problem je, međutim, što se Zakonom o privrednim društvima reguliše postupak redovne likvidacije, kao dobrovoljni vansudski postupak. Do toga dolazi na osnovu odluke organa upravljanja privrednog subjekta, a likvidacioni postupak sprovodi likvidator imenovan od strane organa upravljanja te organizacije.

Sudska likvidacija je, međutim, prinudnog karaktera, jer do nje dolazi mimo volje organa ili vlasnika organizacije u likvidaciji. To se ne dešava zbog insolventnosti privrednog subjekta, već iz određenih drugih razloga, kao: privredni subjekat ne ispunjava uslove za postojanje, zabrana rada od strane nadležnog organa, prestanak privrednih uslova za opstanak privredne organizacije, neobavljanje djelatnosti u određenom vremenskom periodu, blokada donošenja odluka u privrednom društvu. U tim ili drugim odgovarajućim slučajevima utvrđuju se i rješavaju se različiti imovinsko-pravni odnosi, a naročito dužničko-povjerilački. Likvidator koji sprovodi postupak dobrovoljne likvidacije nema kapacitet prinude za sprovođenje radnji i odluka sa kojima se ne slaže neko od involviranih subjekata likvidacionog postupka. Taj kapacitet ima samo sud.

Zbog toga se pravi razlika između dobrovoljne i prinudne likvidacije privrednog subjekta. Tako je to bio regulisao bivši jugoslovenski Zakon o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji⁸. Prema njemu (čl. 153-159) postupak prinudne likvidacije je bio sudski postupak. Zakonska odredba o prinudnoj likvidaciji obično upućuje na shodnu primjenu odredbi stečajnog zakona, ako drugim zakonom nije drukčije propisano (čl. 158. ZOS).

Postoje i praktični razlozi da se odvojeno normiraju postupci dobrovoljne i prinudne (sudske) likvidacije privrednog subjekta, a to znači da se ova druga likvidacija reguliše u Zakonu o stečaju. Radi se o sljedećem.

Prema Zakonu o stečaju (čl. 59) predlog za pokretanje stečajnog postupka podnosi i likvidacioni upravnik privrednog subjekta. Do toga dolazi ako se u likvidacionom postupku privrednog subjekta utvrdi da je on insolventan, zbog čega ne može da izvrši sve svoje imovinsko-pravne obaveze. Pokretanje stečajnog postupka na osnovu toga predloga likvidacioni postupak prerasta u stečajni postupak. Kako je stečajni razlog za toga dužnika utvrđen u likvidacionom postupku, to nema potrebe da se to ponavlja u prethodnom stečajnom postupku. To tako biva kad je prinudna likvidacija privrednog subjekta regulisana u Zakonu o stečaju, ali tako ne može da bude kad se to stanje utvrđuje u vansudskom postupku, pa se to ponavlja u prethodnom stečajnom postupku. To direktno utiče na dužinu trajanja stečajnog postupka, a izaziva i povećane sudske troškove, što se kosi na načelom ekonomičnosti toga postupka.

⁸ "Službeni list SFRJ" broj 84/1989.

ПОВЕЗАНА ДРУШТВА У ПРАВУ ПРИВРЕДНИХ ДРУШТАВА И ПРАВУ КОНКУРЕНЦИЈЕ

Др Дијана Марковић-Бајаловић*

Апстракт: Повезана привредна друштва су релативно честа појава у економији. Упркос томе, она нису детаљно правно уређена. Право привредних друштава БиХ и Србије само површно уређује појам и врсте повезивања привредних друштава и у том погледу није усклађено са правом Европске уније. Чињеница повезаности привредних друштава има веома велики значај у праву конкуренције, због тога што је субјект права конкуренције економска јединка, без обзира да ли поседује правни субјективитет и правну самосталност. Отуда се и правно самостална привредна друштва која послују као економска целина сматрају једним субјектом. У овом раду се анализирају појам повезаних привредних друштава у праву привредних друштава и појмови предузећа, односно повезаних учесника на тржишту и привредног субјекта под контролом другог привредног субјекта у праву конкуренције Европске уније, Србије и БиХ. Уочава се да у погледу централне садржине тих појмова постоји поклапање, али да у погледу ширине њиховог обухвата постоје велике разлике, како у законском регулисању, тако и у судској и управној пракси. У праву конкуренције квалификација повезаних привредних друштава као једног субјекта права изазива бројне правне последице, од којих је најзначајнија да матично друштво, чак и када нема доказа о његовој умешаности у радње које представљају повреду правила конкуренције, може бити санкционисано заједно са зависним друштвом. Аутор се залаже за детаљније и прецизније законско уређивање појма повезаних привредних друштава, односно аналогних правних појмова у праву привредних друштава и праву конкуренције и за експлицитно прописивање свих правних последица проглашавања повезаних привредних друштава у материјалноправном смислу субјектом права.

Кључне речи: повезана привредна друштва, предузеће, учесник на тржишту, привредни субјект, матично и зависно друштво, холдинг, концерн, право привредних друштава, право конкуренције.

* Редовни професор Правног факултета Источно Сарајево.

Повезана друштва су раширена појава у савременом привредном животу. Иако се у упоредном законодавству различито означавају и различити су начини успостављања веза између друштава, заједничка карактеристика повезаних друштава у свим правним ситемима је да се два или више самосталних привредних друштава ставља под јединствено управљање. Правно гледано, постоји неколико самосталних субјеката, са посебном имовином, члановима и органима друштва, запосленима. Економски гледано, сви они чине једну целину, један привредни субјект, односно предузеће.¹

Право не може да занемари економску реалност, па се повезана друштва посебно регулишу законима о привредним друштвима и другим прописима којима се уређује привредно пословање. Постојање економских веза међу привредним друштвима изазива одређене правне последице на плану имовинске и казнене одговорности привредних друштава и њихових органа, са аспекта примене института пробијања правне личности, у области рачуноводства и пореског права, итд.

Велики значај економска несамосталност повезаних привредних друштава има у праву конкуренције, где чињеница правне самосталности бива потиснута у корист чињенице економске повезаности. Разлог томе је једноставан. Право конкуренције уређује понашања учесника тржишне утакмице којима се онемогућава или ремети слободна тржишна утакмица. Учесници тржишне утакмице су економске јединке, без озбира да ли се састоје од једног или више правних субјеката. Отуда су адресати норми права конкуренције управо те економске јединке. Тако се у одредбама Уговора о функционисању² и другим актима Европске уније посвећеним праву конкуренције користи термин предузеће (енгл. *Undertaking*, нем. *Unternehmen*, франц. *Enterprise*, итал. *impresa*). У Закону о заштити конкуренције Републике Србије³ користи се израз учесник на тржишту, док се законодавац у Закону о конкуренцији Босне и Херцеговине⁴ определио за израз привредни субјект. На сличан начин поступљено је и у законима о конкуренцији других држава у региону.⁵ Поред тога, закони о конкуренцији уређују и појам повезаних учесника на тржишту,⁶ односно при-

¹ Иако се у домаћем законодавству појам предузеће користи и као правни појам, у овом раду користи се преваходно у свом економском смислу, да значи јединствену економску целину. У том свом значењу појам предузеће шири је од појма привредно друштво.

² *Treaty on the Functioning of the European Union*, O.J. C115,09.05.2008.

³ „Сл.гласник РС“, бр. 51/2009, у даљем тексту: Закон Србије.

⁴ „Сл. гласник БиХ“, бр. 48/2005, 76/2007 и 80/2009, у даљем тексту: Закон БиХ.

⁵ Хрватски законодавац користи израз подузетник (Закон о заштити тржишног натјечања, „Народне новине“, бр. 79/2009), словеначки *podjetje* (Закон о preprečevanju omejevanja konkurence, „Uradni list RS“, бр. 64/2007), а македонски предпријатије (Закон за заштита на конкуренцијата, „Сл. вестник РМ“, бр. 145/2010).

⁶ Чл. 5 Закона Србије.

вредног субјекта под контролом другог привредног субјекта,⁷ који је сличан, иако не у потпуности истоветан појму повезаних привредних друштава у праву привредних друштава.

Иако концептуално оправдан, такав начин законодавног уређивања у пракси отвара два важна проблема:

1) када ће се два или више правно самосталних привредних друштава сматрати једним субјектом у праву конкуренције, то јест који степен и облик повезаности су неопходни да би били третирани као један субјект и

2) које су реперкусије међусобне повезаности привредних друштава у праву конкуренције?

На наведена питања покушаћемо да дамо одговор у овом раду.

1. Повезана друштва у праву привредних друштава

Правна теорија одређује повезана друштва као правно самостална привредна друштва која су подвргнута једном економском циљу и којима се управља из једног центра.⁸ Поред тога, истиче се да повезана друштва често у јавности иступају као јединствен субјект, под заједничком фирмом.⁹

Јединствено управљање постиже се на различите начине. Најчешће, обједињавање управљања и вођења послова повезаних привредних друштава остварује се путем чланства (учешћа у капиталу) једног друштва у другом друштву, коришћењем гласачких права у органима друштва које члански однос обезбеђује. Централизација управљања може се постићи и тако што се веза између друштава успостави закључивањем појединих врста уговора, који за циљ или последицу имају стављање два или више привредних друштава под јединствено управљање. Најкарактеристичнији пример таквог уговора је уговор о вођењу послова друштва, одн. предузетнички уговор, пореклом из немачког права, који је од скоро регулисан у правима Републике Српске и Србије.¹⁰ Коначно, у пракси је присутна и комбинација обе методе – повезивање путем капитала и путем уговора. Врло често се мањинско учешће једног друштва у капиталу другог друштва, које само по себи није довољно да осигура контро-

⁷ Чл. 2 т. 2 Закона БиХ.

⁸ Ј. Барбић, *Право друштава, Опћи дио*, Загреб 2006, с. 615-616; М. Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2009, с. 498.

⁹ А. Cahn, D. Donald, *Comparative Company Law*, Cambridge 2010, с. 677.

¹⁰ У Закону о привредним друштвима Републике Српске („Сл. гласник РС“, бр. бр. 127/2008 и 58/2009, у даљем тексту: ЗПДРС) користи се назив уговор о посебним односима матичног и зависног друштва уместо назива уговор о вођењу послова друштва, предузетнички уговор, или уговор о контроли, који су уобичајени у упоредном законодавству и правној литератури. У новом Закону о привредним друштвима Србије („Сл. гласник РС“, бр. 36/2011 и 99/2011, у даљем тексту: ЗПДС) назива се уговор о контроли и управљању. Види: Д. Марковић-Бајаловић, *Уговор о вођењу послова друштва*, Зборник Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, 2007, с. 153-168.

лу над управљањем, ојачава закључењем уговора који пружа мањинском члану овлашћења у управљању и вођењу послова. У свим описаним случајевима између повезаних друштава успоставља се однос доминације, односно подређености. Управљање повезаним друштвима сконцентрисано је у једном друштву које се назива матично, контролно, владајуће, надређено, кровно или холдинг друштво, или, изузетно, у физичком лицу, ако оно непосредно контролише два или више привредних друштава. Остала друштва која су под јединственим управљањем називају се зависна или подређена друштва. Сва друштва заједно чине групу друштава, која се у упоредном законодавству назива још и концерн (нем. *Konzern*) или холдинг (енгл. *Holding*).

Привредна друштва могу ступити у однос повезаности и тако што ће на равноправним основама своје пословање подврћи јединственом управљању. И у том случају везе се могу успостављати путем капитала, уговора или комбинацијом ових метода. Пример повезаности на равноправним основама путем капитала су друштва са узајамним учешћем, код којих свако од повезаних друштава има учешће у капиталу другог друштва. У таквом случају узајамно учешће у капиталу обезбеђује координацију управљања повезаним друштвима, иако ниједно друштво нема моћ да управља другим друштвима. Тако повезана друштва могу успоставити заједнички орган или тело преко кога ће реализовати координацију управљања (концерн са елементом једнакости немачког права).¹¹ Координација управљања може се постићи и путем уговора који друштвима – уговорним странама даје овласти да равноправно сарађују у пословању. Добар пример за такав однос је уговор о заједничком улагању, који има за предмет сарадњу уговорних страна у реализацији одређеног пословног подухвата или оснивање заједничког привредног друштва у коме обе уговорне стране равноправно врше управљачка права.

Закони о привредним друштвима не уређују исцрпно повезивања привредних друштава. У фокусу пажње законодавца су превасходно питања заштите мањинских чланова и поверилаца зависних друштава,¹² док су питања појма повезаних друштава, метода и врсте повезивања препуштена на разматрање правној теорији и судској пракси.

Тако је у ЗПДРС дефинисање појма повезаних привредних друштава сведено на набрајање техника повезивања: „Повезана привредна друштва чине два или више привредних друштава која се међусобно повезују, и то: а) учешћем у основном капиталу или ортачким удјелима (друштва повезана капиталом); б) путем уговора (друштва повезана уговором) и в) путем капитала и путем уговора (мјешовито повезана друштва).“¹³ Слично је поступио и законодавац Србије.¹⁴

¹¹ В. Барбић, *op.cit.*, с. 635-538.

¹² S. Jasmer, M. Ramm, M. Stöterau, *Handels und Gesellschaftsrecht*, Бремен 2004, с. 274.

¹³ Чл. 357 ст. 1.

¹⁴ Чл. 649 ЗПДС.

Језичким тумачењем наведене одредбе може се извести закључак да свако, па и минимално учешће једног привредног друштва у капиталу другог привредног друштва или сваки уговорни однос између два привредна друштва даје основа да се она назову повезаним привредним друштвима. Чини се да такво тумачење није исправно, већ се појам повезаних привредних друштава мора тумачити у светлу одредбе чл. 357 ст. 2, према којој повезана друштва обухватају једно матично (контролно) и једно или више зависних (подређених) друштава и одредбе којом се дефинише појам контролног члана, односно акционара.¹⁵ Својство контролног члана (акционара) у смислу чл. 358 ЗПДРС има лице које само или са другим лицима која са њим заједнички делују има више од 50% гласачких права на основу обичних акција (већинско учешће) и на други начин врши контролни утицај над управљањем и вођењем послова привредног друштва на основу свог својства члана, односно акционара, или на основу закљученог уговора у складу са тим законом. Оба услова, по слову закона, морају бити кумулативно испуњена, јер су алинеје а) и б) чл. 358 ст. 1 повезане везником „и“.¹⁶ Одатле произилази да повезана привредна друштва у смислу ЗПДРС постоје ако:

1) једно друштво (матично, контролно) има већинско учешће у капиталу другог (зависног, подређеног) друштва и

2) то друштво на други начин врши контролни утицај над управљањем и вођењем послова зависног друштва, било по основу свог својства члана, односно акционара, било по основу закљученог уговора о посебним односима матичног и зависног друштва или уговора о преносу добити.

Језичким тумачењем чл. 358 ст. 1 ЗПДРС даље се изводи закључак да чињенице поседовања већинског учешћа у капиталу зависног друштва или постојања закљученог уговора о посебним односима матичног и зависног друштва нису довољне за стварање правне претпоставке о постојању односа матичног и зависног друштва, већ је неопходно показати да матично друштво у конкретном случају и фактички врши утицај на управљање зависног друштва.

Повезана привредна друштва према Закону о привредним друштвима Федерације БиХ¹⁷ су друштва између којих постоји однос владајућег и завис-

¹⁵ Чл. 358 ст. 1 у вези са чл. 359 и чл. 364 ЗПДРС.

¹⁶ У члану 367 Закона о привредним друштвима Србије из 2004. („Сл. гласник РС“, бр. 125/2004), одакле је дефиниција контролног члана преузета у законодавство Републике Српске, наведени услови су алтернативно постављени, јер су одвојени тачком и запетом. У смислу чл. 367 Закона Србије из 2004. контролни члан или акционар јесте лице које само или са другим лицима која са њим делују заједно има већинско учешће у капиталу привредног друштва и више од 50% акција са правом гласа или на други начин врши контролни утицај над пословањем привредног друштва на основу свог својства члана или акционара или на основу закљученог уговора у складу са тим законом.

¹⁷ „Сл. новине Федерације БиХ“, бр. 23/1999, 45/2000, 2/2002, 6/2002, 29/2003, 68/2005, 91/2007, 84/2008 и 63/2010, у даљем тексту: ЗПДФБиХ.

ног друштва. Однос владајућег и зависног друштва постоји ако једно друштво има већинско учешће у основном капиталу другог друштва или на основу закљученог уговора са тим друштвом има право да именује већину чланова надзорног одбора тог другог друштва, односно већину гласова у скупштини.¹⁸ Већинско учешће у капиталу владајуће друштво може остварити самостално или посредством другог лица које акције или уделе у зависном друштву држи за његов рачун, непосредно или посредно, преко другог њему зависног друштва. Законодавац Федерације БиХ повезаним друштвима означава и друштва са узајамним учешћем у капиталу. Друштва са узајамним учешћем у основном капиталу су повезана друштва код којих свако друштво има учешће у основном капиталу другог друштва.¹⁹

Закони оба ентитета познају и појмове холдинга и концерна, као посебне облике друштава која се налазе у међусобном односу доминације, односно подређености. Законодавац Српске појам холдинг везује за ситуацију у којој контролно друштво искључиво обавља делатност управљања и финансирања зависних друштава,²⁰ док у складу са ЗПДФБиХ холдинг настаје када зависна друштва на основу закљученог уговора о вођењу послова пренесу на владајуће друштво овлашћење за јединствено вођење послова повезаних друштава.²¹ Ако матично друштво, поред делатности управљања зависним друштвима обавља и неку пословну делатност као претежну делатност, такав облик повезивања назива се концерн у законима оба ентитета.²² У ЗПДС такав облик повезивања назива се група друштава.²³ У ЗПДС назив холдинг користи се у истом значењу као и у ЗПДРС – означава друштво које контролише једно или више друштава и има искључиву делатност управљања и финансирања тих друштава.²⁴ Може се приметити да законодавци БиХ и Србије користи термине холдинг и концерн у различитом значењу од оног које имају у другим правним системима (из којих су, уосталом, ти термини преузети). Холдинг је назив за групу друштава пореклом из англосаксонског права. Иако је у пракси честа појава да кровно друштво искључиво обавља делатност управљања и финансирања зависних друштава, то није *differentia specifica* холдинга. Концерн је израз пореклом из немачког права. Концерн у немачком праву може имати елементе надређености, када једно друштво доминира осталим друштвима члановима концерна (синоним за холдинг англосаксонског права) или равноправности, када се друштва чланови концерна својевољно стављају под јединствено управљање. Никако није по-

¹⁸ Чл. 46 ст. 1 ЗПДФБиХ.

¹⁹ Чл. 47 ЗПДФБиХ.

²⁰ Чл. 357 ст. 5 ЗПДРС.

²¹ Чл. 48 ЗПДФБиХ.

²² Чл. 357 ст. 4 ЗПДРС и чл. 47 ЗПДФБиХ.

²³ Чл. 551 ЗПДС.

²⁴ Чл. 552 ЗПДС.

себна одлика концерна немачког права да кровно друштво, поред делатности управљања и финансирања зависних друштава, обавља и неку другу пословну делатност.

Законодавства БиХ и Србије појам повезаних привредних друштава (или однос матично, одн. контролно друштво и зависно, одн. подређено друштво) везују преваходно за однос у коме једно друштво, непосредно или посредно, само или заједно са другим лицима, има већинско учешће у капиталу другог друштва. То је логично, јер већинско учешће у капиталу готово без изузетка даје могућност матичном друштву да одлучујуће утиче на исход гласања у органима зависног друштва, а тиме и на управљање и вођење послова зависног друштва, јер је број гласова у скупштини и органима управљања по правилу сразмеран величини учешћа у основном капиталу друштва.

Међутим, такво схватање је преуско, чак и ако се законској дефиницији да значење обориве правне претпоставке.²⁵ Оно одступа од дефиниције матичног и зависног друштва која је у праву Европске уније дата Седмом компанијском директивом.²⁶ У складу са чл. 1 Директиве, однос матичног и зависног друштва постоји у следећим случајевима:

а) када матично друштво има по основу својих удела или акција већину гласачких права у зависном друштву;

б) када друштво које је члан, односно акционар другог друштва, без обзира на величину учешћа у капиталу, има право да именује већину чланова управних и надзорних органа зависног друштва;

в) када друштво које је члан, односно акционар другог друштва, без обзира на величину учешћа у капиталу, има право да врши одлучујући утицај на њега на основу уговора закљученог са тим друштвом, уговора о оснивању или уговора чланова;

г) када је једно друштво члан или акционар другог друштва, а већина постојећих чланова управних и надзорних органа тог друштва је изабрана искључиво његовим гласовима;

д) када је једно друштво члан или акционар другог друштва, а самостално контролише, у складу са уговором чланова друштва, већину гласачких права у том друштву.²⁷

²⁵ Одредба чл. 47 ст. 1 ЗПДФБиХ је стилизована као правна претпоставка, док се одредба чл. 358 ст. 1 ЗПДРС не може, како смо напред показали, тако тумачити.

²⁶ *Seventh Council Directive of 13 June 1983 based on the Article 54 (3) (g) of the Treaty on consolidated accounts*, 83/349/ЕЕС, ОЈ L1/2007 (пречишћен текст), 01.01.2007.

²⁷ У случајевима описаним под г) и д) закључак о постојању односа матичног и зависног друштва се изводи само ако се неко друго друштво не налази у положају описаном под а), б) и в). Такође, државе-чланице су слободне да примену одредаба наведених под г) и д) вежу за ситуације у којим једно друштво има најмање 20% учешћа у капиталу другог друштва.

Из наведене дефиниције проистиче да се однос матичног и зависног друштва поистовећује са сваким правним или фактичким односом у коме једно друштво има могућност одлучујућег утицаја на управљање другим друштвом. Такав однос ће готово увек постојати када једно друштво има већинско учешће, односно већински број гласова у другом друштву, из разлога напред објашњених. Он може постојати и у другим ситуацијама, када мањинско учешће у капиталу, уговори закључени са другим друштвом или његовим члановима или комбинација ових елемената стављају једно друштво у положај да утиче на управљање другим друштвом.²⁸ Иако је дефиниција из Седме компанијске директиве прописана са ограниченим циљем – ради увођења обавезе израде консолидованог финансијског извештаја за повезана привредна друштва, она се по аналогији може применити и у другим областима права. Обавеза израде консолидованог финансијског извештаја прописана је управо због чињенице да повезана друштва послују као јединствена економска целина, те је ради пуне информације и заштите интереса акционара, чланова и поверилаца међусобно повезаних друштава потребно да се резултати њиховог пословања приказују кроз консолидоване извештаје.²⁹

2. Појам повезаних друштава у праву конкуренције

Појам повезаних привредних друштава како је дефинисан законодавством о привредним друштвима у праву конкуренције има супсидијаран значај, јер се прописима у области заштите конкуренције он посебно дефинише.

Тако се у складу са чланом 2 ст. 2 Закона БиХ, привредним субјектом под контролом другог привредног субјекта сматра привредни субјект у коме други привредни субјект, непосредно или посредно, има више од половине акција или удела, може остваривати више од половине гласачких права, има право на постављање више од половине чланова управе, надзорног одбора, или другог тела за управљање и вођење послова или на други начин има право на управљање пословањем привредног субјекта.

²⁸ Пример усклађености са европским законодавством пружа хрватско законодавство, које дефинише зависно друштво као правно самостално друштво на које неко друго друштво може имати превладавајући утицај. Чл. 475 ст. 1 Закона о трговачким друштвима Хрватске („Народне новине“, бр. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 107/07 и 146/08, у даљем тексту: ЗТДХ).

²⁹ У пореском праву ЕУ појам матично и зависно друштво користи се још у ширем значењу и обухвата сваки однос у коме једно друштво има мањинско учешће у капиталу другог друштва изнад утврђеног процента. Изменама Директиве бр. 90/435/ЕЕЗ о заједничком систему опорезивања матичних и зависних друштава извршеним 2003. године тај проценат је смањен са ранијих 25% на свега 20%, ако се ради о друштвима са седиштем у различитим државама чланицама, односно 10% ако се ради о друштвима са седиштем у истој држави чланици (*Council Directive 2003/123/EC, O.J. L7, 13.01.2004.*).

У чл. 5 Закона Србије повезани учесници на тржишту се одређују као два или више учесника на тржишту који су тако повезани да један или више учесника на тржишту контролише другог или друге учеснике на тржишту. Контрола над учесником на тржишту одређена је као могућност одлучујућег утицаја на вођење послова другог или других учесника на тржишту. Законодавац Србије иде и корак даље настојећи да издвоји типичне ситуације када ће се сматрати да постоји одлучујући утицај учесника на тржишту над другим учесником, или учесницима на тржишту. То су ситуације када учесник на тржишту има положај контролног члана или акционара у смислу прописа којима се уређује положај привредних друштава (ЗПДС) или има могућност одлучујућег утицаја на вођење послова по основу својине или других имовинских права на имовини или делу имовине другог учесника на тржишту, на основу права из уговора или хартија од вредности, по основу потраживања или средстава обезбеђења потраживања или услова пословне праксе које одређује.

У оба наведена примера законске норме су формулисане као обориве правне претпоставке. Оне су довољно еластичне да се могу применити на различите фактичке ситуације, чиме се оставља простор органу надлежном за примену норми права конкуренције за широко тумачење. Позитивна страна таквог начина законског дефинисања огледа се у томе што се избегава стварање правних празнина. Лоша страна је у томе да недовољно одређен правни појам изазива правну несигурност, макар у периоду док се пракса примене закона од стране тела за заштиту конкуренције и судова надлежних у другом степену не искристалише. Посебно се у том погледу издваја дефиниција повезаних учесника на тржишту из Закона Србије, која оставља простор да се закључак о постојању односа повезаних учесника на тржишту изведе из готово сваке пословне везе која постоји између привредних друштава.

У својој досадашњој пракси Комисија за заштиту конкуренције Републике Србије се у пар наврата користила претпоставком постојања повезаних тржишних учесника. У случају Салфорд³⁰ поступак је вођен ради утврђивања злоупотребе доминантног положаја против акционарских друштава „Млекара Суботица“ и „Имлек“, зависних друштава у већинском власништву друштва „Danube Foods Group“. Комисија је два правно самостална акционарска друштва посматрала као једног учесника на тржишту, захваљујући чињеници да се оба друштва налазе под контролом „Danube Foods“. Сходно томе, доминантан положај млекара је установљен на основу података о укупном тржишном учешћу обеју млекара на тржишту откупа сировог млека. Комисија се није бавила питањима да ли је понашање млекара у односима са произвођачима млека било синхронизовано од стране кровног друштва и да ли млекаре самостално формирају своју генералну пословну политику или то чини друштво „Danube Foods“? Иако случај у време писања овог рада није правноснажно окончан,

³⁰ Решење Комисије објављено је на сајту: www.kzk.org.rs

став Комисије може се сматрати потврђеним, јер странке против којих се водио поступак нису оспориле чињеницу припадности повезаним друштвима. У случају *Western Union*,³¹ поступак за злоупотребу доминантног положаја вођен је против заступника компаније *Western Union* у Србији, друштава „Еки Трансфер“ и „Тенфоре“. Компанија *Western Union* је на тржишту Србије наступала скоро искључиво преко поменутих заступника,³² који су се бавили закључивањем подзаступничких уговора о услугама брзог трансфера новца са банкама на територији Србије. Комисија је заузела становиште да два заступника компаније *Western Union*, заједно са још две банке које у имале директне уговоре о заступању са *Western Union*, имају колективан доминантан положај. Иако *Western Union* није имао никакво учешће у основном капиталу „Еки Трансфер“ и „Тенфоре“, Комисија их је сматрала једним учесником на тржишту због следећих чињеница: да остварују јединствену пословну политику компаније *Western Union* на тржишту Србије, да наступају на тржишту под фирмом свога принципала и да се према крајњим корисницима представљају као један економски ентитет.³³ Комисија је извела закључак о постојању колективне доминације „Еки Трансфер“, „Тенфоре“ и две банке-генерална заступника, иако је по нашем мишљењу, ако је хтела да буде доследна свом ставу да се ради о повезаним учесницима на тржишту, требало применити концепт индивидуалне доминације. Уговором о заступању заступник преузима обавезу да иступа у име и за рачун заступаног, као његов *alter ego*. Радње заступника приписују се заступаном, а економски ефекти посла заступања остварују се у имовини заступаног. Иако се овом случају није радило о повезаним привредним друштвима у значењу које тај појам уобичајено има у праву привредних друштава, становиште Комисије да *Western Union* и његови заступници на тржишту Србије чине једну економску целину чини се исправним. Заступници компаније, иако правно самостална привредна друштва, били су у уговорној обавези да извршавају њене налоге и остваривали су њене економске интересе. Корисници услуга брзог трансфера новца улазили су у непосредан уговорни однос са компанијом *Western Union*. Следствено томе, требало је посматрати положај компаније *Western Union*, која, заједно са својим уговорним заступницима на тржишту Србије, чини један економски ентитет. Стога је требало да Комисија утврди доминантан положај те компаније. Чини се да ни сама Комисија није била сигурна да ли се у конкретном случају ради о повезаним учесницима на тржишту или о институту колективне доминације - независним учесницима који су повезани економским везама, тако да заједнички делују

³¹ Решење Комисије објављено је на њеном сајту.

³² Од укупно 2 банке, *Western Union* је имао директно закључене уговоре о заступању само за две банке, док је са свим преосталим банкама закључио уговоре преко својих заступника „Еки Трансфер“ и „Тенфоре“.

³³ Стр. 19 Решења.

као један учесник на тржишту,³⁴ те је у образложењу одлуке користила оба појма истовремено.

У праву конкуренције ЕУ уочљив је различит приступ у примени појма предузеће на односе повезаних привредних друштава, за сврхе примене одредаба чл. 101 и 102 Уговора о функционисању ЕУ (повреде конкуренције или класични *antitrust*), с једне стране, и прописа у области контроле концентрација, с друге стране.

У низу случајева који су имали за предмет повреде конкуренције из чл. 101 и 102 Уговора, европски органи су појам предузеће тумачили тако да се односи и на групу друштава која чини једну економску целину, односно која се налази под јединственим економским управљањем.³⁵ Европски суд је заузео став да већинско или, чак, стопроцентно учешће једног привредног друштва у капиталу другог друштва само ствара претпоставку да прво друштво одлучујуће утиче на пословну политику другог друштва.³⁶ Претпоставка је оборива, јер повезана друштва могу доказивати да, упркос већинском или стопроцентном учешћу, зависно друштво води самосталну пословну политику. У случају *ICI v. Commission*, Комисија је утврдила да је компанија *Imperial Chemical Industries* давала налоге својим зависним друштвима да подижу цене у истом проценту, чиме су ограничили конкуренцију на тржишту. Суд правде је заузео став да давање налога од стране матичног друштва и поступање зависних друштава у складу са њима, супротно чл. 101 Уговора, заједно чине основ да се матично друштво прогласи одговорним за радње зависних друштава.

У случају *Commercial Solvents v. Commission*, стране против којих је вођен поступак због злоупотребе доминантног положаја, компанија *Commercial Solvents* и друштво *Istituto Chemioterapico Italiano*, оспориле су чињеницу да су повезана друштва. Суд правде није прихватио њихову одбрану, имајући у виду следеће: компанија *Commercial Solvents* имала је учешће у капиталу и своје представнике у органима друштва *Istituto Chemioterapico Italiano*; у својим финансијским извештајима наводила је поменуто друштво као своје зависно друштво; компанија *Commercial Solvents* се није устезала да своју могућност утицаја на управљање зависним друштвима стварно искористи. Комисија је располагала доказима да је компанија *Commercial Solvents* издала забрану својим зависним друштвима, међу којима је био и *Istituto Chemioterapico Italiano*, да даље врше дистрибуцију неопходних сировина за производњу лека против туберкулозе, односно да је наложила понашање које је било предмет

³⁴ Чл. 17 ст. 1 Закона Србије из 2005.

³⁵ *United Brands Company and United Brands Continental BV v. Commission*, 27/76, 1978, ECR 207.

³⁶ *ICI v. Commission*, 48/69, 1972, ECR 619, *Commercial Solvents v. Commission*, сједињени случајеви 6/73 и 7/73, 1974, ECR 223, *AKZO Nobel v. Commission*, 97/08. У том смислу и Барбић, *op.cit.*, с. 632.

поступка. Комисија и Суд су сматрали да није неопходно да се оба учесника у поступку понашају као једна економска целина у свом укупном пословању, већ да је довољно да су се у конкретном случају понашали тако у односу према оштећеној страни.

Случај *Akzo Nobel*³⁷ потврђује наведене ставове и иде корак даље у формулисању концепта јединствене економске целине у европском праву конкуренције. У овом случају Суд правде је још једном поновио да контролно учешће матичног друштва у капиталу зависног друштва ствара обориву правну претпоставку о одговорности матичног друштва за радње зависног друштва, те да се матично друштво може ослободити одговорности само ако поднесе доказе у прилог тези да су зависна друштва водила аутономну пословну политику. У конкретном случају Комисија је прогласила одговорним матично друштво за радње четири зависна друштва у њеном стопроцентном власништву. Суд правде је потврдио одлуку Комисије, истакавши да су услови примене правне претпоставке испуњени ако Комисија установи постојање одговарајућег учешћа у капиталу, а да је на друштвима против којих се води поступак да изнесу доказе о самосталном вођењу пословне политике. Случај представља искорак у односу на ранију праксу Комисије и Суда правде, због тога што је Суд заузео став да се претпоставка не може оборити подношењем доказа о аутономном доношењу одлука у области пословања у којој је учињена повреда конкуренције, ако повезана друштва чине јединствену економску целину, те због тога матично друштво стратешки утиче на укупно пословање зависних друштава. Ако између матичног и зависног друштва постоје такве правне и економске везе на основу којих се може извести закључак о утицају матичног друштва на стратегију пословања зависног друштва, Комисија није обавезна да докаже да је матично друштво утицало на зависно друштво да учини повреду конкуренције у конкретном случају.

Наведени став је логична консеквенца концепта да је јединствена економска целина, односно предузеће у терминологији европског права, субјект права конкуренције.³⁸ Ако повезана друштва на тржишту иступају као јединствен субјект, правна самосталност повезаних друштава нема значаја. Штавише, није од значаја ни чињеница да матично друштво није у конкретном случају утицало на зависно друштво да изврши радњу која му се ставља на терет, ако повезана друштва генерално функционишу као једна целина. У случају да се покаже да повезана друштва, упркос контролном учешћу у капиталу имају самосталност у пословању, теза о јединственој економској целини отпада и, као последица тога, нема одговорности матичног друштва за радње зависног друштва.

У пракси су ретке, али ипак могуће ситуације да друштво у стопроцентном или већинском власништву другог друштва има аутономију у доношењу

³⁷ *Akzo Nobel NV and others v. Commission*, T-112/05, 2007, ECR II-05049.

³⁸ С. Kersting, *Wettbewerbsrechtliche Haftung in Konzern*, Arbeitspapiere des Instituts für Unternehmensrecht, Heinrich Heine Universität Düsseldorf, бр. 7/2011.

пословних одлука. То може бити случај када матично друштво због принудних мера државе не врши управљачка права у зависном друштву. Друго, већински или стопроцентни власник може уговором препустити управљање зависним друштвом другом лицу које није члан, или има мањинско учешће у капиталу зависног друштва. Коначно, могуће је да матично друштво због политичких, пореских или других разлога препусти зависном друштву аутономију у вођењу пословања.³⁹

У европском праву досад нису забележени случајеви да је концепт јединствене економске целине за сврхе примене чл. 101 и 102 Уговора ЕУ примењен на друштва повезана мањинским учешћем у капиталу и/или уговором. Европска комисија и Суд правде кретали су се готово искључиво на сигурном терену стопроцентног или изразито великог већинског учешћа.

Међутим, концепт јединствене економске целине недавно је проширен тако да обухвати и заједничка улагања – друштва у подељеном власништву два друштва. У случају *EI du Pont de Nemours v. Commission* и *Dow Chemical v. Commission*,⁴⁰ Суд правде је потврдио став Комисије о постојању јединствене економске целине у ситуацији када родитељска друштва контролишу пословање зависног друштва преко заједничког органа у коме седе њихови службеници највишег ранга, са задатаком да одобрава пословне планове, именује директоре зависног друштва и одобрава финансијску политику и уговоре о кредиту изнад одређеног износа. Комисија је такође узела у обзир да управни одбор зависног друштва није имао независне чланове. Заједничко тело је доносило одлуке једногласно, што је практично значило да је свака од матичних компанија имала право вета на одлуке које тело доноси. Иако није било директних доказа о томе да су матичне компаније иницирале учешће у картелу зависног друштва, Комисија је сматрала да заједничко тело матичних компанија није могло бити без сазнања о противправном понашању, односно да сама чињеница да су друштва-родитељи имали могућност усмеравања пословања зависног друштва ствара основ за одговорност матичних друштава за радње зависног друштва. Комисија није прихватила ни приговор учесника у поступку да ниједно од матичних друштава није могло самостално да исходује доношење пословних одлука зависног друштва, јер је свако од њих располагало „негативном контролом“, односно имало је могућност да спречава доношење одлука коришћењем права вета.

У области контроле концентрација повезана привредна друштва дефинисана су чл. 3 Уредбе Савета ЕУ о контроли концентрација.⁴¹ Концентрације

³⁹ Н. Schröter, Т. Jakob, W. Mederer, *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*, Baden-Baden, 2003, с. 250.

⁴⁰ Т-76/08 и Т-77/08, 2012.

⁴¹ *Council Regulation No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentration between undertakings*, OJ L24, 29.1.2004.

се генерално дефинишу као промена контроле над предузећем или његовим делом на трајној основи. Концентрација може бити резултат статусних промена спајања, односно припајања и стицање контроле над предузећем или његовим делом од другог предузећа или његовог дела или лица које већ контролише друго предузеће.⁴² Пошто статусне промене спајања и припајања доводе до губљења правне самосталности њихових учесника, оне нису од значаја за разматрања у овом раду, већ је потребно пажњу усмерити на појам контроле у смислу Уредбе о контроли концентрација. Контрола се дефинише као могућност вршења одлучујућег утицаја на предузеће.⁴³ Одмах се уочава да је за примену правила о контроли концентрација довољно да постоји само могућност вршења одлучујућег утицаја на предузеће, док је за потребе примене чл. 101 и 102 неопходно показати да се та могућност и стварно користи, или барем да нема доказа да повезана друштва воде самосталну пословну политику. Ово стога што правила о контроли концентрација у праву конкуренције имају за сврху *ex ante* контролу груписања привредних друштава, у фази када привредно друштво још није стављено под јединствено управљање од стране другог друштва или лица које га контролише. У тој фази још увек нема економског јединства међу друштвима учесницима концентрације, јер оно тек треба да настане, након што концентрација буде одобрена. Отуда орган надлежан за контролу концентрација може само да врши процену да ли ће након спроведених радњи настати правна и/или фактичка ситуација у којој ће неко лице имати могућност да одлучујуће утиче на пословање привредног друштва.

Управо то је разлог што европски законодавац много више пажње посвећује појму контроле над предузећем у области контроле концентрација. У циљу правне сигурности и ефикасног спровођења поступка контроле концентрација неопходно је да орган надлежан за тај поступак (у европском праву Комисија ЕУ) и сами учесници концентрације унапред знају када концентрација у смислу права ЕУ настаје, а то се може постићи, између осталог, прописивањем основа и начина стицања контроле.

Средства стицања контроле над предузећем могу бити куповина (или други начин стицања) хартија од вредности или имовине предузећа или закључење уговора који даје контролу над предузећем или његовим делом. Основ контроле према томе могу бити:

- а) право својине на целини или делу имовине предузећа;
- б) права или уговори који дају одлучујући утицај на састав, гласање или одлучивање органа предузећа.⁴⁴

Различити начини стицања контроле детаљно су објашњени у Консолидованом процедуралном обавештењу Комисије ЕУ.⁴⁵ Комисија наводи да је

⁴² Чл. 3 ст. 1 Уредбе 139/2004.

⁴³ Чл. 3 ст. 2.

⁴⁴ Чл. 3 ст. 2 Уредбе о контроли концентрација.

⁴⁵ *Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) 139/2004 on the*

најчешћи начин стицања контроле стицање акција или удела, што може бити комбиновано са закључењем уговора чланова или стицањем имовине предузећа. Други начин стицања контроле јесте закључење уговора којим се на дугорочној основи преноси контрола над управом и ресурсима предузећа, у складу са националним законодавством. То могу, примера ради, бити предузетнички уговори или уговори о давању у закуп предузећа. У изузетним ситуацијама уговори о дугорочном снабдевању производима који су од стратешког значаја за пословање предузећа или уговори о кредиту, комбиновани са гласачким правима, могу имати за последицу фактичку контролу над предузећем.⁴⁶ Основ стицања контроле могу бити и правни послови којима се стиче право својине на целини или делу имовине предузећа. Услов је да та имовина чини самосталну економску целину, која је подобна да остварује приход на тржишту, као што је нпр. производни погон, услужни објекат и сл. Пренос права интелектуалног власништва (лиценце на патенте, робне или услужне жигове, ауторска права) може представљати основ контроле уколико су испуњени исти критеријуми.⁴⁷

Контрола може бити индивидуална или заједничка. Индивидуална контрола постоји ако једно предузеће има моћ да одређује стратешке пословне одлуке другог предузећа. У том случају реч је о позитивној контроли. Индивидуална контрола може бити и негативна, ако члан или акционар има право вета на стратешке пословне одлуке, иако нема могућност да наметне такве одлуке. Индивидуална контрола може постојати *de iure* или *de facto*. *De iure* контрола постоји ако члан или акционар има већински број гласова у органима друштва или посебна права у управљању друштвом на основу преференцијалних акција или удела или на основу оснивачких аката или уговора чланова. *De facto* контрола постоји у ситуацији када мањински члан или акционар у пракси остварује већину гласова у скупштини друштва у дужем временском периоду, у првом реду захваљујући тенденцији (не)присуства акционара са одређеним бројем гласова на седницама скупштине.

Заједничка контрола постоји када чланови друштва (редовно два, а евентуално и више) морају постићи консензус око стратешких пословних одлука. Заједничка контрола редовно постоји у облику једнаких удела у друштву, али може постојати и ако мањински члан или акционар има право вета на доношење стратешких пословних одлука, на основу уговора о оснивању или уговора чланова. Потребно је истаћи да право вета које се уобичајено даје мањинском члану или акционару ради заштите његових финансијских интереса, као што су нпр. право вета на доношење одлука о изменама оснивачког акта, повећању или смањењу капитала и ликвидацији друштва, није довољан основ за извођење закључка о постојању заједничке контроле у смислу Уредбе ЕУ о контроли

control of concentration between undertakings, OJ C95/2008, 16.04.2008.

⁴⁶ *Ibidem*, тач. 17-20.

⁴⁷ *Ibidem*, тач. 24.

концентрација. Потребно је да се право вета односи на стратешке пословне одлуке, као што су нпр. одлуке о именовану и разрешењу чланова менаџмента и одобравању финансијског плана. Коначно, заједничка контрола постојаће и када два или више чланова друштва постигну споразум о заједничком деловању у органима друштва или у пракси поступају на одговарајући начин, јер су повезани јаким заједничким интересима.⁴⁸

3. Консеквенце у праву конкуренције

Чињеница постојања повезаних привредних друштава у праву конкуренције изазива вишеструке последице.

Као прво, нема повреде правила о забрани споразума којима се спречава, ограничава или нарушава конкуренција⁴⁹ када је споразум закључен између друштава која припадају истој групи друштава. Ово стога што се и у одсуству споразума између друштава чланова групе исти циљ може постићи коришћењем овлашћења у управљању којима располаже матично друштво. На пример, уместо да са зависним друштвима закључи уговоре о ценама у даљој продаји производа која продају друштва чланови групе, матично друштво може дати одговарајуће налоге управама зависних друштава или издејствовати доношење одговарајућих одлука преко својих представника у органима зависних друштава и тако елиминисати конкуренцију међу друштвима члановима групе.

Друго, приликом утврђивања постојања доминантног положаја за сврхе примене правила о забрани злоупотребе доминантног положаја,⁵⁰ узима се у обзир тржишна позиција групе као економске целине, што значи да ће се сабирати тржишни удели и посматрати у својој укупности остали чиниоци који се односе на сва друштва чланове групе. У коначном исходу може се извести закључак о постојању доминантног положаја групе друштава на релевантном тржишту. Супротно поступање значило би да друштво са доминантном тржишном позицијом може да заобиђе закон, тако што ће се раздвојити на два или више правно самосталних субјеката како би смањило свој тржишни удео.⁵¹

Треће, матично друштво одговара за повреде конкуренције учињене од стране његових зависних друштава. Видели смо да европски органи стоје на становишту да матично друштво одговара без обзира на кривицу, односно чак и када нема доказа да је утицало на зависно друштво да учини радњу која представља повреду конкуренције. Одговорност постоји само на основу

⁴⁸ *Ibidem*, тач. 62-80.

⁴⁹ Рестриктивни споразуми у смислу чл. 10 Закона Србије, односно споразуми из чл. 5 Закона БиХ

⁵⁰ Чл. 16 Закона Србије и чл. 10 Закона БиХ.

⁵¹ R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The Law and Economic of Article 82 EC*, Oxford, Portland, 2006, с. 33.

чињенице да се матично и зависна друштва понашају као једна економска целина. Наведени став је изложен бројним критикама у европској литератури, што је очекивано ако се зна да се висина казни које се плаћају за повреде правила конкуренције одређују у процентуалном износу у односу на укупан приход групе и да матично и зависно друштво солидарно одговарају за плаћање новчане казне. Тако се истиче да се поступање европских органа супротставља елементарним правним принципа о одговорности на основу кривице и претпоставци невиности.⁵² Браниоци става, с друге стране, истичу да је реч о доследној примени концепта јединствене економске целине у праву конкуренције. Под претпоставком да матично и зависно друштво чине јединствену економску целину, односно предузеће у терминологији европског права, исправно је да сва заједно одговарају за повреду конкуренције коју је учинило зависно друштво.⁵³ Овде се *stricto sensu* нити не ради о одговорности матичног друштва за радње зависног друштва, јер материјалноправно, са аспекта прописа о заштити конкуренције, постоји један субјект, предузеће као економска целина. Према томе, радње које учини зависно друштво престављају радње економске целине којој припада. С друге стране, у процесноправном смислу матично и зависно друштво морају се третирати као засебни правни субјекти, који се заједно проглашавају одговорним за радње економске целине којој припадају. Матично и зависно друштво са процесноправног аспекта представљају правну заједницу коју чини два или више правних лица.⁵⁴ У европској литератури се истиче да у том погледу она имају положај аналоган друштву грађанског права без својства правног лица.⁵⁵

Конечно, у области контроле концентрација припадност групи друштва такође изазива две значајне консеквенце. С једне стране, реорганизационе промене које се одвијају унутар једне групе друштва не представљају концентрацију, јер не долази до промене у контроли над друштвима члановима групе. Стога нема обавезе пријаве концентрације органу надлежном за контролу концентрација, ако се спроводи реорганизација унутар групе друштва. С друге стране, свако стицање својства матичног друштва или контролног члана, односно акционара, будући да доводи до промене контроле над зависним друштвом, ствара обавезу пријаве концентрације органу надлежном за контролу концентрација, ако су испуњени и други законски услови.

Наведене правне последице нису експлицитно регулисане законима о конкуренцији. У Закону Србије правни положај повезаних учесника на тржишту лаконски је одређен једним ставом: „Повезани учесници на тржишту у смис-

⁵² Види Kersting, *op.cit.*, с. 5.

⁵³ *Ibidem*, с. 11.

⁵⁴ У случају *TKS/Thyssen*, сједињени случајеви C-65/02 P C-73/02 P, 2005, Суд правде је нашао да је пропуст Комисије што није позвала матично друштво да да посебно изјашњење као странка у поступку, пре него што га је прогласила одговорним за радње зависног друштва.

⁵⁵ *Ibidem*, с. 12.

лу овог закона сматрају се једним учесником на тржишту⁵⁶. Статус повезаних привредних друштава у праву конкуренције БиХ је још мање одређен, јер се законодавац задовољио тиме да каже да се „...овај закон примењује и на привредне субјекте који имају контролу над другим привредним субјектом, те на привредне субјекте под њиховом контролом.“⁵⁷ Имајући у виду да судска пракса у правним системима Србије и БиХ нема прецедентни карактер као што је то случај у праву ЕУ, настале правне празнине не могу се попунити тумачењем од стране тела за заштиту конкуренције и судова надлежних у другом степену. Проблем још није у пракси уочен, али ће постати акутан онога тренутка када се тела за заштиту конкуренције буду одважила да матичном друштву изрекну казну за повреду конкуренције коју је учинило зависно друштво, ослањајући се законске одредбе о повезаним учесницима на тржишту, односно о привредним субјектима под контролом другог привредног субјекта.

Закључак

Анализа спроведена у овом раду показала је да постоји велики степен сагласности законодавства БиХ и Србије, с једне стране, и права Европске уније, с друге стране, у погледу централне садржине појма повезаних привредних друштава. Повезана привредна друштва су друштва у коме једно друштво одлучујуће утиче на управљање другим привредним друштвом/има, на основу чињенице већинског учешћа у капиталу, односно већинског броја гласова у органима друштва. Постојање већинског учешћа у капиталу или већинског броја гласова, зависно од правног система и правне области, има третман правне претпоставке да друштва функционишу као једна економска целина, која се може оповргнути доказима да повезана друштва воде аутономну пословну политику, или нужног, али не и довољног услова да се друштва могу квалификовати као повезана.

Много мањи обим сагласности постоји приликом издвајања других облика правних и економских веза, који се могу подвести под појам повезаних привредних друштава. Он може означавати и привредна друштва која су повезана мањинским учешћем у капиталу, уговорима који дају овлашћење на управљање друштвом или његовом имовином, или односима финансијске или економске зависности. Он може означавати како друштва која су успоставила однос доминације-подређености, тако и друштва која се налазе у равноправном односу. Он, коначно, може означавати једнину или множину субјеката, било на нивоу испољавања одлучујућег утицаја на управљање, било и на нивоу пријема тог утицаја.

Упркос ширини законских дефиниција, или управо због тога, у пракси, како европских органа, тако и органа за заштиту конкуренције у региону,

⁵⁶ Чл. 5 ст. 3 Закона Србије.

⁵⁷ Чл. 2 ст 2 Закона БиХ.

појам повезана привредна друштва користи се превасходно у свом неспорном значењу – да именује однос у коме једно друштво врши одлучујући утицај на управљање другим друштвом посредством свог већинског или стопроцентног учешћа у капиталу другог друштва.

Правне последице квалификовања два или више правно независних друштава као повезаних друштава у праву конкуренције се крећу у широком распону од изузимања од одговорности за поједине повреде конкуренције, с једне стране, до солидарне одговорности свих друштава за радњу коју учини једно од повезаних друштава, с друге стране. Без претеривања се може рећи да су повезана друштва у праву конкуренције попримила статус мета-субјекта права, у односу на појам привредног друштва као правног лица, односно, субјекта права.

Ради унапређења правне сигурности неопходна је даља разрада и прецизирање појма повезаних привредних друштава, како у праву привредних друштава тако и у праву конкуренције БиХ и Србије. Законодавство и пракса органа ЕУ показују да је упутно прописати кумулативне услове који се тичу правног и/или чињеничног склопа који ствара основ за претпоставку постојања односа повезаних друштава и квалитета доказа који се траже да би правна претпоставка била потврђена, односно оповргнута. Друго, неопходно је јасно и прецизно прописати које су све консеквенце квалификације привредних друштава као повезаних друштава, јер увођење нове правне категорије без истовременог прописивања њеног места и положаја у правном систему отвара простор за арбитрарност у примени правних норми.

Summary

Groups of companies are relatively common economic phenomenon, although they are only to a slight degree regulated in company law. Serbian and Bosnian company law define the group of companies in such a way to list methods for their constituting. It is quite clear that definitions of group of companies in Serbian and Bosnian company law are not harmonized with EU company law in that aspect. The fact that two or more companies lie under common management is of great importance in competition law, since it is the economic entity which is relevant in this area of law, no matter whether it possesses legal personality and autonomy. That is why legally autonomous companies which operate as economic entity are materially treated as one person. In this article the concept of undertaking, i.e. connected market participant and economic subject under control of another economic subject in the competition law of the European Union, Bosnia and Herzegovina and Serbia are analyzed. It is noticed that although there exists similarity in their customary meaning, significant differences in their outer boundaries are still present, in legal regulation as well as in administrative and courts' practice. In competition law,

the qualification of a group of companies as an undertaking causes numerous legal consequences, the possibility of sanctioning parent company for wrongdoings of its subsidiary, even if there are no proofs that the parent company was involved in competition law infringements, being the most significant. The author supports the idea of harmonized, detailed and precise legal regulation of the concept of group of companies, i.e. analogous legal terms in company law and competition law and exact regulation of legal consequences of qualification of a group of companies as one person in material sense.

ODOBRAVANJE PLANA REORGANIZACIJE STEČAJNOG DUŽNIKA U PRAVU REPUBLIKE MAKEDONIJE

Prof. dr Danče Manoleva-Mitrovska*
Mr Vladimir Mitrevski**

***Apstrakt:** Reorganizacija je novi oblik sanacije stečajnog dužnika. To je znatno širi i funkcionalni pravni put sanacije stečajnog dužnika u odnosu na njemu slične pravne institute. U savremenom stečajnom pravu primarni je cilj stečajnog postupka da se pokuša sanacija stečajnog dužnika njegovom reorganizacijom, pa tek ako to nije moguće da se izvrši postupak njegovog bankrotstva. Sanaciju stečajnog dužnika putem njegove reorganizacije prihvatili su svi zakoni o stečaju sa bivšeg jugoslovenskog prostora.*

I u pravu Republike Makedonije postoji mogućnost za sprovođenje reorganizacije stečajnog dužnika. Tu je izraženo jasno opredeljenje prvenstveno za reorganizaciju stečajnog dužnika u odnosu na stečajnu likvidaciju. To je zbog toga što reorganizacija predstavlja najadekvatniji oblik zaštite pravnih i ekonomskih interesa stečajnih poverilaca. Na taj način se postiže višestruka korist za sve subjekte na koje se odnosi plan reorganizacije.

U makedonskom Zakonu o stečaju iz 2006. godine sadržane su odredbe o reorganizaciji stečajnog dužnika i to u tri dela: u prvom je regulisano sastavljanje plana reorganizacije, u drugom delu je obuhvaćeno prihvatanje i odobravanje plana, dok je u trećem delu normirano pravno dejstvo odobrenog plana o reorganizaciji, kao i nadzor sprovođenja odobrenog plana.

Reorganizacija stečajnog dužnika se vrši usvojenim planom reorganizacije koji se sačinjava u pismenom obliku. Taj se plan usvaja odlukom stečajnih poverilaca, a on sadrži odgovarajuće modalitete reorganizacije. Njega potvrđuje nadležni sud. Reorganizacijom stečajnog dužnika stvara se novi pravni odnos između njega i njegovih poverilaca, jer je on imovinsko-pravnog sadržaja, do čega se dolazi na ugovorni način.

* Проф. др Данче Манолева-Митровска, редовни професор, Правни факултет „Јустинијан Први“, Универзитет Св. Кирил и Методиј, Скопје

** Mr Владимир Митревски, асистент, Правни факултет, Универзитет „Гоце Делчев“ Штип

U teoriji nije definisana pravna priroda reorganizacije stečajnog dužnika i plana reorganizacije po kome se ona vrši. Čini se da to još nije moguće zbog vremenske kratkoće njihovog postojanja u pravnom sistemu i primene u praksi.

Ključne reči: *reorganizacija, plan reorganizacije, faze u postupku reorganizacije, stečaj, stečajni postupak, insolventnost, stečajni dužnik, stečajni poverilac.*

UVOD

Reorganizacija je planirani process, čije finalne posledice kao pozitivne rezultate, mogu se jasnije sagledati od posledica kada se unovčava imovina stečajnog dužnika i kad se sprovodi njegova likvidacija.

Reorganizacija je novi oblik sanacije stečajnog dužnika. Ona je znatno širi i funkcionalniji pravni put sanacije stečajnog dužnika u odnosu na njoj sličan pravni institut - prinudno poravnavanje. Sanaciju stečajnog dužnika putem njegove reorganizacije¹ prihvatili su svi zakoni s bivšeg jugoslovenskog prostora. U njima je iskazano jasno opredeljenje prvenstveno za reorganizaciju stečajnog dužnika, a kad to nije moguće i njegov bankrot. Na taj način u ovoj materiji izvršena je potpuna unutrašnja i vanjska harmonizacija stečajnog prava. Time je sanacija stečajnog dužnika putem njegove reorganizacije dobila funkcionalnu prednost u odnosu na stečajnu likvidaciju. Ovo zbog toga što reorganizacija predstavlja najadekvatniji oblik zaštite pravnih i ekonomskih interesa stečajnih poverilaca. Na taj način se postiže višestruka korist za sve subjekte na koje se odnosi plan reorganizacije. Ona je, pre svega, korisna za stečajnog dužnika, jer se njenom realizacijom uklanja stečajni razlog. Ona je i u interesu poverilaca, jer vodi ka uspešnom namirenju njihovih potraživanja u većoj meri od onog što bi dobili bankrotstvom stečajnog dužnika. Nesumnjivu korist od reorganizacije imaju i zaposleni radnici stečajnog dužnika, kao i društvena zajednica. Ovo iz razloga što se reorganizacijom čuva pravni subjektivitet stečajnog dužnika i obezbeđuje da isti nastavi sa svojim privrednim aktivnostima.

Reorganizacija se može realizovati kako u predstečajnom, tako i u stečajnom postupku. U slučaju da se stečajni dužnik odluči za reorganizaciju u predstečajnom postupku, to će predstavljati najbrži i najefikasniji put njegovog ekonomskog ozdravljenja. Identični cilj se postiže i reorganizacijom u stečajnom postupku, ali se do njega dolazi kroz znatno duži vremenski period i kroz nekoliko faza u samom postupku stečaja.

¹ Reorganizacija, kao pravni institute, prvi je put uvedena Zakonom o stečaju u SAD iz 1978. god. odakle je preuzeta u pojedina evropska stečajna prava. Poglavljem XI ovog zakona (bankruptcy reorganization) predviđeno je da sudija može ostaviti dužniku rok od 120 dana za podnošenje plana reorganizacije sa ciljom izbegavanja stečaja pod uslovom da plan bude prihvaćen (David G. Epstein, Steve H. Nickles at all: Bankruptcy - Volume 1 Sections 1-1 to 6-45, 1992, str. 111).

I. REORGANIZACIJA U PRAVU REPUBLIKE MAKEDONIJE

U pravu Republike Makedonije postoji mogućnost kroz posebni postupak-postupak o reorganizaciji trgovačkih društava u stečaju, da se provede sanacija tog trgovačkog društva. Ovo je nova mogućnost koju daje stečaj, a koja je povezana sa procesom transformacije privrede, odnosno njezine privatizacije.²

Naime, promene u Republici Makedoniji posle njenog osamostaljenja, uvođenje novog trgovačkog modela u privredi i stvaranje uslova za uvođenje privatne svojine, nametnulo je potrebu za donošenjem više novih zakona čiji je cilj bio završiti proces reorganizacije privrednih subjekata, što je počelo donošenjem Zakona o preduzećima, novembra 1989. godine.

Donošenje ovog zakona stvorilo je uslove i potrebu da se donese novi zakon o stečaju, s obzirom da Zakon o prinudnom poravnavanju, stečaju i likvidaciji, od 29. decembra 1989. godine nije mogao slediti nastale promene. Naime, Skupština Republike Makedonije, 22.10.1997. godine, donela je Zakon o stečaju³ koji je sadržao ukupno 350 članova, grupisanih u 13 delova i to sledećim redosledom: opšte odredbe; stečajni postupak; pravne posledice otvaranja stečajnog postupka; upravljanje i raspolaganje stečajnom imovinom koja ulazi u stečajnu masu; namirenje poverilaca u stečajnom postupku; lično upravljanje; oslobađanje od preostalih dužnika trgovaca pojedinaca; posebni vidovi stečajnih postupaka za dužnika pojedinca sa statusom trgovca; stečajni postupak sa inostranim elementom; odgovornost za neblagovremeno podnošenje predloga za pokretanje stečajnog postupka; kaznene, prelazne i završne odredbe, kao i stečajni plan, odnosno plan za reorganizaciju kao novi pravni institut.⁴

Uvođenje stečajnog plana je novina i mogućnost za reorganizaciju poduzeća nad kojim je otvoren stečajni postupak.

Zakon o stečaju Republike Makedonije, od dana donošenja do donošenja novog zakona o stečaju, menjan je i dopunjavan u 4 navrata: 2000, 2001, 2002. i 2004. godine. Dopune i izmene zakona odnosile su se na brzinu i efikasnost stečajnog postupka i faktičkog tretiranja stečaja kao instituta tržišne privrede sa konkretnom preciznom i efikasnom pravnom regulativom. U međuvremenu donete su nove direktive Evropske unije, preporuke Svetske banke o primeni stečaja, kao i pravilnik

² Više o tome: Prof. dr Danče Manoleva-Mitrovska, "Pravna regulativa na stečajot vo pazarnoto stopanstvo", Naučni projekt: Konstituiranje na Republika Makedonija kako moderna pravna država, Praven fakultet, Skopje, dekmври 1996. god., str. 71; "Transformacija na preprijatijata vo stečaj sporod makedonskoto pravo", Prvi zagrebačko-skopski pravni kolokvij, Zbornik radova, Zagreb 2000. god., str. 257 i dr.

³ Videti: Službene novine RM br. 55/1997.

⁴ Više o tome: Prof. dr Danče Manoleva-Mitrovska, "Novi pravni ramki za stečajot vo makedonskoto pravo", Naučen skup, Novo privredno zakonodavstvo, Kragujevac, 2005. godine, str. 169.

zakona o stečaju UNICITRAL. Zbog toga se i pristupilo donošenju novog zakona o stečaju Republike Makedonije⁵, 2006. godine⁶.

Odredbe o reorganizaciji u ovom zakonu sadržane su u tri glave i to: u prvoj glavi regulisano je sastavljanje plana o reorganizaciji, u drugoj glavi uređeno je prihvatanje i odobravanje plana o reorganizaciji i u trećoj glavi normirano je pravno dejstvo odobrenog plana o reorganizaciji i niz normi kojima je predviđen nadzor sprovođenja plana o reorganizaciji.

Reorganizacija se sprovodi nad stečajnim dužnikom koji je nesposoban za plaćanje svojih obaveza.⁷ Smatra se da nesposobnost plaćanja obaveza dužnika nastaje nakon 45 dana od dospevanja obaveza.

Stečajni postupak koji obuhvata reorganizaciju sprovodi se prema planu o reorganizaciji koji se sastavlja u pismenoj formi.⁸ Pritom trebaju biti ispunjeni uslovi predviđeni zakonom o podnošenju plana o reorganizaciji kao i način sprovođenja plana o reorganizaciji. Zakonom je predviđeno više mogućnosti u ovom smislu, a to su: dopušta se dužniku da upravlja delom ili celom svojom imovinom, dužnik će se ujediniti s jednom ili više osoba, prodaće se jedan deo ili cela imovina sa ili bez prava odvojenog namirenja, opredeliće se način namirenja stečajnih poverilaca, podmiriće se neka ili sve obaveze dužnika prema poveriocima sa udelima i akcijama koje poseduju sudružnici, to jest akcionari; dodatno ulaganje; obaveze dužnika pretvoriće se u kredite⁹ itd.

Sve ove mogućnosti mogu postati realne ako su realizovane sa određenom procedurom koja sadrži više faza koje su neophodne za realizaciju cilja, i to: daje se predlog o pokretanju postupka o reorganizaciji; rasprava i izjašnjenje poverilaca po predluga pokrenuca postupka o reorganizaciji ; priprema plana o reorganizaciji; ispitno ročište, skupština, rasprave i izglasavanje predloženog plana o reorganizaciji; zaključenje stečajnog postupka; izvršavanje odobrenog plana o reorganizaciji i nadzor i kontrola sprovođenja istoga

⁵ Više o tome: Prof. dr Danče Manoleva-Mitrovska, "Institut stečaja u novom makedonskom stečajnom pravu", Međunarodna naučna konferencija, Niš, 2006. godine, str. 52.

⁶ Cilj ovog zakona, pored ostalog je da eliminiše sve barijere za što veću efikasnost sprovođenja stečaja i stečajnog postupka. Naime, u Makedoniji još su u proceduri 28 stečajnih postupaka pokrenuti po normama Zakona o prinudnom poravnanju, stečaja i likvidacije iz 1989. godine, kao i 169 stečajnih postupaka pokrenuta po Zakonu za stečaj iz 1997. godine.

⁷ Više o ovome: Prof. dr Danče Manoleva-Mitrovska: "Uslovi stečaja u makedonskom pravu", Savetovanje Oktobarski pravnički dani, Banja Luka, oktobar 2009. godine, i Pravna riječ br. 20/2009, str. 457.

⁸ Pokretanje postupka prema poglavlju 11 američkog stečajnog zakona je dobrovoljna aktivnost preuzeta od strane stečajnog dužnika u cilju zaštite njegovih aktuelnih poslova od dospelih potraživanja. Kada je iniciran sam postupak reorganizacije, istog trena se stopiraju sva potraživanja i prekidaju se sve pokrenute parnice prema kompaniji (David G. Epstein, Steva H. Nickles at all - Bankruptcy – Volume 1, Sections 1-1 to 6-45, 1992, str. 69).

⁹ Član 215 iz Zakona o stečaju u Republici Makedoniji br. 34/2006.

Predmet ovog rada biće prihvatanje i odobravanje plana reorganizacije stečajnog dužnika.

II. PLAN O REORGANIZACIJI

Plan o reorganizaciji stečajnoga dužnika je složeni pravni akt. Sprovođenjem plana o reorganizaciji, stečajni dužnik je u mogućnosti da dobije neophodnog vremena i prostora kako bi stabilizovao posao u svom preduzeću. Preuzimanje više mera, pravne, ekonomske, finansijske, organizacione prirode, nudi stečajnom dužniku i stečajnom poveriocu veći broj akcija za izlaz iz krize u kojoj su se našli iz objektivnih ili subjektivnih razloga.

U teoriji preovlađuje mišljenje da je plan o reorganizaciji (stečajni plan) osnovan akt (sporazum) koji je donesen saglasnošću kvalifikovane većine stečajnih poverilaca o modalitetima reorganizacije dužnika, a koji potvrđuje nadležni sud i za poverioce ima snagu izvršnog naslova. Planom o reorganizaciji se potvrđuju mere koje se preduzimaju prema stečajnom dužniku kako bi on nastavio sa poslovanjem. Stečajni plan se donosi u sudskom postupku i prema određenim načelima, kao što su načelo dobrovoljnosti, načelo ravnopravnosti učesnika u postupku, načelo ograničenja prava dužnika i načelo javnosti. Realizacija plana o reorganizaciji se sastoji od nekoliko faza:

1. Predlog plana o reorganizaciji

Predlog kojim se pokreće postupak o reorganizaciji stečajnog dužnika mogu podneti subjekti ovlašteni zakonom: dužnik, poverioci i Skupština poverioca. Dužnik i poverilac mogu podneti predlog kojim se pokreće postupak o reorganizaciji u istom trenutku kada dostavljaju i predlog kojim se pokreće postupak o reorganizaciji u istom trenutku kada dostavljaju i predlog kojim se pokreće stečajni postupak.¹⁰

Poverilac daje predlog o pokretanju reorganizacijskog postupka i nakon otvaranja samog stečajnog postupka sve do dana održavanja obaveštajne skupštine. Također, poverioci imaju mogućnost da daju predlog o reorganizaciji na skupštini poverilaca, koja donosi odluku i daje instrukcije stečajnome upravniku kako bi pripremio i doneo predlog o pokretanju reorganizacijskog postupka.¹¹

¹⁰ Nakon pokretanja postupka o reorganizaciji po Američkom stečajnome pravu sledi: Formiranje odbora poverioca, priprema izveštaja o finansijskom stanju i planovima, održavanje sastanka poverilaca, razvijanje strategije primene realizacionog plana sa strane menadžera i borda direktora, uspostavljanje saradnje menadžmenta sa poveriocima, implementacija plana reorganizacije (David G. Epstein, Steve H. Nickles as att: Bankruptcy Volume 1 Sections 1-1 to 6-45, 1992, str.184).

¹¹ Član 216 iz Zakona o stečaju u Republici Makedoniji.

Naime, poverioci mogu podneti plan o reorganizaciji nakon nastanka pravnih posledica otvaranjem stečajnog postupka, sve do izveštajne skupštine, kada pored odluke o produženju poslovnog poduhvata ili njegovog zatvaranja će se glasati i nakon podnesenog plana o reorganizaciji. U ovom slučaju, u zavisnosti kada je podnet plan o reorganizaciji, poverioci na izveštajnoj skupštini poverilaca mogu odlučiti da produže poslovni poduhvat dužnika, a da ovlaste poverioca koji je podnio predlog plana da isti podnese u roku od 45 dana do stečajnog sudije zbog provođenja postupka i njegovog odobrenja. Rok od 45 dana započinje isticati prvog narednog radnog dana nakon održavanja izveštajne skupštine poverilaca, na kojemu je bila donesena odluka o spremanju plana o reorganizaciji. Ovaj rok nije prekluzivan i može biti produžen za još 15 dana ako bude podnesen zahtev stečajnom sudiji i on isti odobri takav zahtev. U osobito složenim postupcima ovaj se rok može produžiti za još 60 dana ali za to se mora doneti odluka sa strane odbora poverilaca koja treba biti izglasana dvotrećinskom većinom članova odbora poverilaca.

Bitno je za stečajan postupak koji se vodi o dužniku, predložiti takav plan koji će ispuniti dve pretpostavke:

Prva pretpostavka je da predloženi plan bude sprovodljiv i da ima ekonomski efekat koji je povoljniji za poverioce u odnosu na ono što bi bilo postignuto unovčavanjem imanja dužnika.

Druga pretpostavka je da predloženi plan o reorganizaciji bude prihvatljiv za sve poverioce. U stečajnom postupku po pravilu svi poverioci imaju zajednički interes koji se sastoji u podmirivanju svojih potraživanja. Međutim, nemaju svi poverioci jednak položaj u stečajnome postupku u odnosu na prioritet podmirivanja potraživanja. Potraživanja poverioca mogu se klasificirati u više grupa, što sa svoje strane stvara dodatni problem u prihvatanju plana o reorganizaciji, jer nemaju svi poverioci iz svih grupa iste interese.¹²

Sve ovo vodi prema otežavanju priprema i odobrenja prihvatljivog plana o reorganizaciji. Potrebno je sakupiti dovoljno informacija o stanju u kojemu se nalazi dužnik, odnosno njegov faktički ekonomsko-finansijski položaj, da bi se mogla imati dobra osnova o pripremi plana o reorganizaciji.

Nakon što se sakupe dovoljno fakata o ekonomskom stanju dužnika, odnosno ako on sam oceni da preduzeće ima mogućnost da produži poslovni poduhvat, ukoliko je isti zajedno sa predlogom o otvaranju stečajnog postupka podneo i plan o reorganizaciji, pristupa se njegovoj pripremi.

¹² Tako u zavisnosti od toga da li poverioci imaju obezbeđeno potraživanje ili ne, mogu se podeliti na dve grupe. U prvu grupu spadaju poverioci koji imaju pravo na odvojeno podmirivanje predmetom ili pravom. U drugu grupu spadaju drugi poverioci. Postoji i druga deoba potraživanja sa visokim ili niskim naplatnim redom, kao I deoba potraživanja poverioca sa malim potraživanjima i poverioca sa velikim potraživanjima. U svakom slučaju, interes malih poverilaca je da se potraživanja isplate odmah, za razliku od poverioca sa velikim potraživanjima koji imaju za cilj nadmiriti što veći deo svog potraživanja što se može izvršiti u dužem roku. Više o tome: Prof. dr Danče Manoleva-Mitrovska, "Razlacni prava na doveritelite vo stečaj", godisnik na Praven Fakultet "Justinijan Prvi", tom 43, 2007. godina, str. 130.

2. Sastavljanje i sadržaj plana reorganizacije

Nakon donošenja odluke o produženju poslovnog poduhvata sa strane skupštine poverilaca i stečajnog upravnika zaduženog da spremi plan, treba se utvrditi način za sprovođenje reorganizacije i odrediti njene instrumente.

Tokom pripreme plana bitan je momenat sastavljanja plana.¹³ Naime, i pored svih dužnosti stečajni upravnik je neposredno povezan sa pripremom plana.

Plan o reorganizaciji ima dva dela, pripreman i sprovodljiv deo, koji se još nazivaju i deklarativan i sadržajan.

Pored ova dva dela, plan reorganizacije sadrži i ispravke koji se odnose na sadržajni deo plana, kao i ispravke koji se odnose na vlasnička prava.

a) Pripremni deo plana reorganizacije

U ovom delu plana reorganizacije opisuju se: mere koje su preuzete nakon otvaranja stečajnog postupka sa ciljem da se stvore uslovi za udovoljavanje prava učesnika, mere koje se trebaju preuzeti nakon otvaranja stečajnog postupka sa ciljem da se stvore uslovi za udovoljavanje učesnika u postupku, podaci o osnovama i efektima plana reorganizacije, druge informacije koje bi mogle biti relevantne o odluci poverioca u vezi sa prihvatanjem plana i njegovog odobravanja sa strane stečajnog odbora.

Ovaj deo sadrži više podataka informativnog karaktera koji su neophodni za sve učesnike u stečajnom postupku. Ovaj deo plana o reorganizaciji sadrži podatke koji se odnose na: stanje u kojem se nalazio dužnik pre otvaranja stečajnog postupka, razloge koji su doveli do otvaranja stečajnog postupka, analizu rada dužnika pre otvaranja stečajnog postupka.

Ovaj deo treba posebno sadržati efekte koji će se postići planom reorganizacije i kakve efekte će imati po dužniku nakon otvaranja stečajnog postupka.

b) Sprovodljiv (sadržajan) deo plana reorganizacije

Ovaj deo plana reorganizacije je u stvari njegov osnovni deo. U ovom delu treba na jasan i nedvosmisleni način opredeliti i precizirati kako će predloženi plan uticati na postojećeg pravnog statuta dužnika i drugih učesnika u stečajnom postupku i tačno će utvrditi promene u njihovom pravnom statutu.

¹³ Više o tome: Prof. dr Danče Manoleva-Mitrovska: "Reorganizacija na trgovskite društva vo stečaj spored pravoto na Republika Makedonija", Naučen sobir: "Aktuelnite prasanja na drzavata i pravoto vo Republika Makedonija I Ruskata federacija", tom II, Skopje, 2007. godina, str. 324.

Обавезни елементи овога садржинског дела су прецизно одређени у закону:¹⁴

Могући су и допунски елементи плана реорганизације, а то су документи о власничким и стварним правима. Наиме, кад у веzi са спровођењем плана о реорганизацији требају бити прибављена, пренесена или одстранјена власничка или друга стварна права на покретне предмете или на некретнине, садржајан део плана реорганизације морају бити све потребне правне изјаве о волји учесника.

Кад се план о реорганизацији односи на некретнине и права на некретнине, он мора садржати и потребна упутства о свим акцијима које требају бити преузете у веzi регистрације тих права или дужности у јавним књигама у којима су укњижена права на некретнине.

Треба напоменути да кад у веzi спровођења плана о реорганизацији требају бити прибављена, изменјена, пренесена или одстранјена власничка или друга стварна права покретних предмета или права над некретнинама, садржајан део плана реорганизације мора бити приложен заједно са свим потребним правним изјавима волје учесника. Кад се план реорганизације односи на некретнине и права на некретнине, он мора садржати неопходна упутства за све акције које требају бити преузете у веzi регистрације тих права или дужности у јавним књигама у којима су укњижена права на некретнине.

3. Изјашњавање о плану и његово депомирање

Током утврђивања права учесника у плану о реорганизацији прави се разлика између повериоца са правом одвојеног надмиривања и повериоца вишег платног реда, ако су њихова права утврђена планом.

Други повериоци се могу организирати у групамa, у зависности од њихових интереса.

¹⁴ Обавезни елементи плана су: мере и средства за реализацију плана, као и детаљан опис мера које је потребно преузети и начин на који ће се спровести реорганизација, висина новчаних износа или иманја које ће служити потпуном или непотпуном надмиривању по исплатном реду, укључујући и обезбеђене и не обезбеђене повериоце, као и поступак о надмиривању потраживања и временску разлику њиховог плаћања (надмиривања), опис поступка продаје иманја са или без založnog права и намена прихода од те продаје, рокови у којима ће се извршити план реорганизације и рокови за реализацију главних елемената планова реорганизације, списак чланова органа управљања и износ њихових надоместака, списак стручних лица који ће бити ангажовани и износ награде за њихов рад, као и износ награде за рад стећајног управника, годишња финансијска извешћа за претходних 5 година, финансијске пројекције, укључујући пројектиране билансе успеха, билансно стање и извешћа о парничним токовима за наредних пет година, процена о парничним износима који се очекују после продаје иманја у стећајном поступку, ако је субјекат у стећају, могућност за стварање новог дуга од стране дужника и избор гаранција које могу да буду понудене повериоцима – кредиторима и инвеститорима, износ до којег ће дужник бити ослобођен од постојећих обавеза, дефинисање начина и дистрибуције понудене компензације, дефинисање организацијских, менаџерских, законских, финансијских, техничко-технолошких и других мера за спровођење плана реорганизације, делови који могу да продуже са радом, запослење и обим задовољавања повериоца ако план реорганизације садржи делимично новцавање иманја и ефекте који ће бити постигнути тиме.

U okvirima svake grupe poverioca, svim učesnicima moraju biti data jednaka prava. Svaki različiti tretman učesnika koji formiraju jednu grupu, tražiće saglasnost svih zainteresovanih učesnika.

Bitno je što odmah nakon podnošenja plana reorganizacije sa strane ovlašćenog subjekta isti mora da bude dostavljen odboru poverioca i ovlašćenom predstavniku radnika. Plan odboru poverioca i stečajnom upravitelju dostavlja stečajni sudija, a oni o planu treba da se izjasne u roku od 15 dana od primanja istog.

Pored dostavljanja plana reorganizacije ovlašćenim subjektima u stečajnom postupku kao i predstavniku radnika, stečajni sudija je obavezan da plan dostavi i sudu u kojem se vodi postupak zbog uvida zainteresovanih u taj plan u roku od 8 dana od dostave.

Stečajni sud može posle uvida u pripremni deo i osnove za sprovođenje plana o reorganizaciji, odbaciti reorganizacioni plan po službenoj dužnosti zbog nepoštovanja propisa o pravu na podnošenje reorganizacionog plana, zatim ako nema izgleda da reorganizacioni plan prihvate poverioci i potvrdi sud, kao i ako se prava subjekata u postupku ne mogu ostvariti u skladu sa osnovom za sprovođenje.

Ovakva odluka stečajnog suda zavisice od vrste mere koja je predložena u stečajnom planu, kao i na osnovu mišljenja stečajnog upravnika i poverioca koji imaju važnu ulogu i kod donosenja odluke o odbacivanju plana. Naime, stečajni sud može odbaciti reorganizacioni plan i na osnovu njihovog zahteva kad to zatraži stečajni upravnik uz saglasnost odbora poverioca u tačno određenim situacijama, posebno kada se radi o podnošenju novog plana. Čini se da ovom delu zakona nedostaju preciznije odredbe.

III. PRIHVATANJE I ODOBRAVANJE PLANA REORGANIZACIJE

1. Rokovi za pozivanje, održavanje i izveštavanje poverioca

Ovaj deo u zakonu je regulisan na precizan način. Tako, stečajni sudija posle isteka trećeg dana od poslednjeg dana za uvid u plan reorganizacije podnesen u stečajnom dosijeu suda, pozvaće skupštinu poverioca zbog rasprave i izjašnavanja oko podnesenog plana reorganizacije.

Skupština će se održati u roku koji nije kraći od 21 dan, niti duži od 30 dana od dana pozivanja skupštine. Poverioci o ovome biće obavesteni preko oglašavanja u dnevним novinama na teritoriji Republike Makedonije i preko oglašavanja na oglasnoj tabli u sudu i kod dužnika. Na pozvanoj skupštini analizira se predloženi plan reorganizacije, utvrđuju se glasačka prava poverioca i glasa se za predložena prava reorganizacije. Skupština ne sme raspravljati i glasati oko plana reorganizacije, niti biti uopšte sazvana pre nego bude održano ispitno (verifikacijsko) ročiste, ali oni mogu da budu održani u isto vreme.

2. Glasanje po planu reorganizacije i glasačka prava stečajnih poverilaca

Predlog reorganizacionog plana treba da prihvati većina poverilaca stečajnog dužnika. Poveriocima je dato da odluče o tome kako da se odnose prema insolventnosti dužnika. To ovom planu daje karakter institute sui generis.

Stečajni sudija odmah nakon konstatiranja prisutnih poverilaca započinje sa utvrđivanjem glasačkih prava stečajnih poverilaca.

Pravo glasa na Skupštini poverilaca za izjašnjavanje i glasanje o planu reorganizacije imaju stečajni poverioci kojima je stečajni sudija priznao potraživanja.

Ukoliko je pravni status poverioca sa pravom odvojenog namirivanja sadržan u planu reorganizacije, na skupštini za raspravljanje I glasanje, pored drugoga, raspravljaće se i o glasačkim pravima svakog od ovih poverilaca. Svakom poveriocu sa pravom odvojenog nadmirivanja biće dano pravo glasa ukoliko to pravo nije bilo usporeno niti sa strane stečajnog upravitelja, niti sa strane poverioca sa pravom odvojenog namirivanja, kao i sa strane stečajnih poverilaca.

Poverioci koji svoje potraživanje zasnivaju na osnovi raskidivog uslova, imaju pravo na glas na osnovu predloženog plana reorganizacije, samo ukoliko su dali novce kao garanciju da će vratiti ono što su uzeli iz stečajne mase kada nastupi taj uslov.

Poverioci čije je potraživanje vezano uz odloženi uslov, isto tako imaju pravo na glas samo u slučaju kada se obezbede prikladna sretstava sa imanja koje ulazi u stečajnu masu.

Poverioci koji svoje potraživanje zasnivaju na osnovi zajedničkog vlasništva nad određenim pravom tokom glasanja, smatraće se kao jedan poverilac. U istom stanju biće I poverioci koji su svoje potraživanje stekli na osnovi zaloga ili plodouživanja.

Poverioci koji su do pojavljivanja razloga o otvaranju stečajnog postupka zajednički posedovali jedno određeno pravo, ili čija su prava predstavljala jedno zajedničko pravo, tokom glasanja će se smatrati kao jedan poverilac. Odredba iz ovog stava će se primenjivati i kada je pravo opterećeno pravom zaloga ili plodouživanja.

3. Potrebna većina

Nakon utvrđivanja glasačkih prava poverioca i izjašnjavanja poverioca o predloženom planu reorganizacije, stečajni sudija koji rukovodi Skupštinom poverioca je dužan da obezbedi svim poveriocima sa pravom glasa da glasaju u saglasnosti sa predloženim planom.

Smatra se da je plan reorganizacije usvojen ukoliko bude prihvaćen sa prostom većinom od ukupnog iznosa potraživanja sa strane poverilaca prisutnih na Skupštini, osim ako za plan nije opredeljena veća većina ili izjašnjavanje po grupama. Ipak za pravilno utvrđivanje rezultata glasanja prvo se treba utvrditi koliko je poverilaca su prisutno na Skupštini poverilaca, odnosno da se utvrde njihova ukupna potraživanja. Nakon utvrđivanja prisutnih i njihovih potraživanja pristupa se glasanju, pri čemu se smatra da je plan usvojen ako se za njega izjasnilo 51% od ukupno utvrđenih potraživanja sa strane poverilaca prisutnih na Skupštini.

Osim neposrednog glasaanja na samoj sednici Skupštine poverilaca, zbog čega je potrebno da poverioci ili njihovi punomoćnici budu lično prisutni, poverioci mogu da glasaju i posredno preko pošte, čime će dostaviti overenu notarsku izjavu u kojoj je jasno izražen stav poverioca, odnosno da li je glas “za” ili “protiv” predloženog plana, ali pod uslovom da pošiljka stigne u sud ili do stečajnog sudije pre održavanja Skupštine.

4. Saglasnost dužnika

U zakonu o stečaju normirana je odredba sa kojom saglasnost dužnika oko prihvatanja predloženog plana je normirana na negativan način, tj. smatraće se da se dužnik saglasio sa predloženim planom reorganizacije ako on najkasnije do dana održavanja Skupštine o raspravi i o glasanju o planu reorganizacije nije se suprotstavio planu u pismenoj formi, niti je dao posebnu pismenu izjavu stečajnom sudiji.

Pravilo nalazi primenu samo kada plan nije podnesen od strane dužnika. Ukoliko je isti podnesen od strane dužnika, onda je bespredmetna primena ove odredbe.

Ukoliko dužnik uputi prigovor protiv predloženog plana o reorganizaciji stečajnom sudiji, moguće su dve situacije: stečajni sudija će formalno prihvatiti pismeni prigovor dužnika li konstatirati da i pored toga što je isti usvojen sa strane poverioca, ne postoje uslovi za odobravanje ili druga situacija, kada se stečajni sudija upušta u ocenu prigovora dužnika. Tokom ocene prigovora, stečajni sudija će posebno voditi računa o tome u kakvoj će situaciji biti dužnik kada se plan prihvati i kakve će efekte imati na njega ukoliko isti bude prihvaćen.

Svakako da, osim ovoga, stečajni će sudija voditi račun u kakvom položaju su poverioci i kako to da isti imaju interes da potraživanja budu naplaćena u što većem iznosu.

5. Odobravanje plana reorganizacije

Nakon izglasavanja plana reorganizacije, kao i ocene pismenog osporavanja, prelazi se na odobravanje sa strane stečajnog sudije, tokom koje predmet ocenjivanja su: ispunjavanje procesno-pravnih pretpostavki o donošenju plana i ocena materijalno-pravnih pretpostavki na kojima se zaniva plan reorganizacije.

Ukoliko je plan reorganizacije donesen saglasno zakonu i postignuta je potrebna većina sa strane poverioca tokom glasanja o predloženom planu, i dužnik nije to osporio¹⁵, stečajni sudija će doneti rešenje o odobravanju plana reorganizacije. Ovo rešenje je sustavan deo sadržajnog dela plana.

Rešenje stečajni sudija donosi u roku od tri dana nakon zaključivanja na skupštini poverilaca, na kojoj su raspravljali i glasali o predloženom planu, i istim može odbiti ili odobriti plan reorganizacije.

Stečajni sudija po službenoj dužnosti neće odobriti predloženi plan reorganizacije ako: u osnovi nisu bile poštovane odredbe koje reguliraju sadržaj plana reorganizacije i postupka njegovog donošenja, kao i odredbe koje reguliraju prihvatanje plana od strane poverioca i dužnika; prikladni nedostaci se ne mogu odstraniti, predloženi plan je bio prihvaćen na nedozvoljeni način ili pomoću nedozvoljenih sredstava, a posebno ako predloženi plan reorganizacije stavlja u povoljnijem položaju nekoga od poverilaca, nije poštovano pravo prioriteta, osim ako se poverioci drugačije ne saglase, svi poverioci jedne grupe nisu bili podjednako tretirani, neka grupa poverilaca je lošije tretirana u slučaju da dužnik bude likvidiran, odnosno imanje dužnika bude unovčeno, plan je pripremljen u saglasnosti sa ovim zakonom.

Sve dok stečajni sudija ne utvrdi da su tokom donošenja plana reorganizacije učinjene povrede postupka, izglasani plan ne proizvodi pravnu akciju. Razlog tome je uloga suda da obezbedi zaštitu interesa svih učesnika u postupku, bez mogućnosti da se obavi bilo kakva promena plana.

Protiv rešenja stečajnog sudije kojim se odobrava ili odbija odobravanje predloženog plana reorganizacije, poverioci, odnosno dužnik, mogu podneti prigovor stečajnom savetu u roku od osam dana.

Pravomoćno sudsko rešenje, kojim se odobrava plan reorganizacije, je izvršna isprava. Rešenje stečajnog sudije je pravomoćno ako protiv istoga nije izjavljena žalba ili je ista odbijena kao neosnovana.

Znač,i usvojeni plan reorganizacije stečajnog dužnika potvrđuje sud pred kojim se vodi stečajni postupak. Potvrda stečajnog plana od strane stečajnog suda potrebna je da bi se održao pravni značaj tog pravnog institute, jer se menja pravni položaj dužnika i potraživanje poverilaca koji gube deo svojih tražbina, pa i u slučaju kad su se neki od njih protivili donošenju tog akta. Sud ovde ima zadatak da bezbedi zaštitu interesa svih zainteresovanih subjekata, te da omogući donošenje reorganizacionog plana u legalnom postupku i uz pretpostavku da on obećava veću korist no što bi se to postiglo likvidacijom dužnika.

¹⁵ Dužnik se ne može suprotstaviti planu reorganizacije ako: prihvatanjem plana reorganizacije dužnik nije stavljen u nepovoljniji položaj u usporedbi sa njegovom situacijom bez toga plana i niti jedan poverilac neće primiti korist u obliku imanja ili drugu pogodnost koja nadmašuje puni iznos njegovog potraživanja, u slučaju da je dužnik podneo izjavu sa kojom navodi da nije saglasan sa predloženim planom, a stečajni sudija je i pored toga odobrio i usvojio, moguće je podneti prigovor protiv rešenja stečajnog sudije.

* * *

Plan o reorganizaciji ima materijalnopravna i procesna pravna dejstva, čiju sadržinu čine pravne posledice njegovog potvrđivanja.

Pravne posledice potvrđivanja stečajnog plana proizlaze neposredno iz tog plana, a odnose se, kao što je već rečeno na promenu pravnog položaja stečajnog dužnika.

Međutim, plan o reorganizaciji, odnosno sprovođenje reorganizacije stečajnog dužnika, nije svaki put moguće. U praksi, neretko dolazi se u faktičku situaciju kada se reorganizacija ne može sprovesti na prihvatljiv način. Naime, preduzeće koje nema minimalnu objektivnu ekonomsku perspektivu, a istovremeno predstavlja generator nelikvidnosti širih razmera, ne bi trebalo spašavati poslovnu aktivnost po svaku cenu. Zbog toga, plan o reorganizaciji stečajnog dužnika koji nema nikakve objektivne mogućnosti za dalje uspešno poslovanje, predstavlja odlaganje rešenja i produžavanje njegove nesigurnosti i nesigurnosti njegovih poverilaca.

Prof. Danče Manoleva – Mitrovska, LL.D.
Full professor, Faculty of Law “Iustinianus Primus”
University „Ss. Cyril and Methodius“, Skopje
Vladimir Mitrevski, LL.M., An Assistant
Law Faculty University „Goce Delcev“, Štip

APPROVAL OF THE REORGANIZATION PLAN OF THE INSOLVENCY DEBTOR IN THE LAW OF THE REPUBLIC OF MACEDONIA

Summary

Reorganization is the new way of sanction of the bankruptcy debtor. It is wider and more functional way of sanction of the bankruptcy debtor compared to the similar legal institutes. In the modern European bankruptcy law primary aim of the bankruptcy procedure is first reorganization to be conducted and if it is not possible then bankruptcy procedure to be conducted. The sanction of the bankruptcy procedure through its reorganization is introduced in all bankruptcy laws in ex-Yugoslav countries.

The reorganization of the bankruptcy debtor is also possible according to the Macedonian law. The provisions stipulate that the first reorganization should be

conducted and then liquidation. Reorganization is the most appropriate form of protection of the legal and economic interests of the bankruptcy creditors.

Macedonian Bankruptcy Law from 2006 has provisions for reorganization of the bankruptcy debtor that are divided in three parts: in the first part the preparation of the reorganization plan is regulated, the second part is acceptance and approval of the reorganization plan, and the third part norms are the legal effect of the approved plan of reorganization and the supervision of its implementation.

According to the above-mentioned norms, the reorganization of the bankruptcy debtor is a form and way of its sanction consists of more separated or joint measures or methods that could be organizational, legal, financial or personal. The measures determine the debtor's legal status and its relations with the creditors.

Reorganization of the bankruptcy debtor will be done according to the adopted reorganization plan which must be in written form. The reorganization plan should be adopted with the decision of the bankruptcy creditors and it does contain the ways of the reorganization. The plan should be confirmed by the competent court. New relationship between the bankruptcy debtor and the creditors is created by reorganization.

The legal theory does not define the legal nature of the reorganization of the bankruptcy debtor and the reorganization plan itself. It seems that it is not possible because they are new institutes in the legal system and the business practice.

Key words: *reorganization, reorganization plan, phases of the reorganization procedure, bankruptcy, bankruptcy procedure, insolvency, bankruptcy debtor, creditors*

**КОНЦЕСИЈЕ КАО ПОСЕБНА ФОРМА
ЈАВНО-ПРИВАТНОГ ПАРТНЕРСТВА
(правна теорија и законодавство Републике Србије)**

Љубиша Дабих*

Апстракт: У овом рад аутор у историјском контексту даје преглед, с једне стране, изградње законодавства о концесијама у бившој Југославији и Србији а, с друге стране, у савременом законодавству Србије (Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама). Указује на три правне форме за јавно-приватно партнерство у Србији (уговорно, институционално и концесије), уз разматрање јавног уговора као правног инструмента за уступање и реализацију концесија у пословној пракси.

Аутор анализира појам концесија, њихову динамику у историјском контексту, њихов значај кроз историју и у савременим условима. Истиче да су субјекти концесионог односа, предмет концесија (природна богатства, јавна добра и привредне јавне службе), концесиони акт, концесиона надокнада и поступак уступања концесија од вишеструког значаја за објашњење и разматрање овог правно-економског института.

На крају рада аутор даје критички осврт на систем концесија у савременом праву Србије, у контексту правних решења у Закону о јавно-приватном партнерству и концесијама.

Кључне речи: концесије, јавно-приватно партнерство, стране директне инвестиције.

УВОД

У бившој Југославији (и Србији) по први пут је почело стварање правних претпоставки за јавно-приватно партнерство¹ далеке 1967. године, најпре

* Љубиша Дабих, Универзитет у Београду, Економски факултет.

¹ ЛПП је сложен правни, економски, финансијски и технички подухват, који захтева комплексну припрему, али је захтевна и његова реализација и вођење. И у правном погледу, ради се о сложеној правној, организационој и пословној конструкцији, јавног и приватног, али и материјалног и процесног права, са релативно дугим трајањем односа, у којем учествују субјекти различитог

у форми уговорног (заједничког) улагања, нешто касније и у форми статусног облика (заједничко, односно мешовито предузеће), а од 1989. и у форми концесија.

Посматрано хронолошки, бивша Југославија је прва од свих бивших социјалистичких земаља увела концесије у свој правни систем, савезним Законом о страним улагањима (1988)². У завршној фази његове израде унето је поглавље о посебним облицима улагања, и то: два члана о концесијама и један о уговору о пројектном финансирању – БОТ модел (*Build-Operate-Transfer*).

Полазећи од начелних одредаба о концесијама и БОТ моделу у савезном Закону, Република Србија је по први пут донела Закон о општим условима за давање концесија страним лицима у Републици Србији (1990)³.

Доношењем Устава СР Југославије (1992)⁴ јавила се потреба усклађивања југословенског Закона о страним улагањима (1988) са новим уставним решењима. Савезни законодавац се одлучио за доношење новог Закона о страним улагањима (1994)⁵. За разлику од претходно важећег закона у тој области, законодавац се у новом закону одлучио да концесије систематизује у оквиру другог поглавља („Облици страних улагања“) као посебан облик страних улагања, односно као једну врсту приватних страних директних инвестиција у југословенску привреду.

После суспензије санкција Савета безбедности УН према СР Југославији, Савезна влада се одлучила за нову либерализацију прописа о страним улагањима и детаљније уређење института концесија на нивоу тадашње југословенске федерације. Донет је Закон о изменама и допунама Закона о страним улагањима (1996)⁶, којим је уређена и материја међународних концесија. У посебном поглављу о концесијама („Va. Концесије страним лицима“), Законом су уређена, углавном начелно, ова питања: врсте концесија, рок трајања концесије, финансирање пројекта (БОТ модел), лицитација, услови за обављање концесионе делатности, уговор о концесији, пренос концесије, концесионо предузеће, поступак пријављивања, евидентирања и регистрације уговора о концесији.

Република Србија је донела општи Закон о концесијама (1997)⁷, којим је уредила услове, начин и поступак давања концесија за коришћење природног

својства и природе. И сам уговор о ЈПП није једноставне структуре, јер садржи елементе већег броја уговора, са комплексним правима и обавезама, али и расподеле ризика између партнера. Због тога израда правне регулативе за ЈПП захтева пажљив приступ. Драго Дивљак, *Јавно-приватно партнерство и страна улагања*, Правни живот, бр. 12/2008, стр. 281.

² Законом о страним улагањима, „Сл. лист СФРЈ“, бр. 77/1988.

³ Закон о општим условима за давање концесија страним лицима у Републици Србији, „Сл. гласник РС“, бр. 6/1990 и 7/1990.

⁴ Устав Савезне Републике Југославије, „Сл. лист СРЈ“, бр. 1/1992.

⁵ Закон о страним улагањима, „Сл. лист СРЈ“, бр. 79/1994.

⁶ Закон о изменама и допунама Закона о страним улагањима, „Сл. лист СРЈ“, бр. 29/1996.

⁷ Закон о концесијама, „Сл. гласник РС“, бр. 20/1997, 22/1997 и 25/1997.

богатства, односно добра у општој употреби, односно за обављање делатности од општег интереса.

Доношење новог Закона о концесијама (2003)⁸ представљало је треће по реду регулисање ове материје у Србији (1990, 1997, 2003). Иако је као разлог за његово доношење наведено „стварање услова за улагања у добра у општој употреби и делатности од општег интереса, а посебно улагања у инфраструктуру“,⁹ нужно је констатовати да законодавац није понудио нову концепцију за концесиона улагања у привреду Србије. Новодонети закон је почивао на основним решењима претходно важећег закона: следио је његову структуру, има исти број чланова и у крајњем случају представљао само његову редакцију.

Четврто по реду нормативно уређење концесија, са потпуно новом концепцијом, догодило се на почетку XXI века. Креатори економске политике у Србији били су незадовољни приливом страних инвестиција и постојећим правним решењима о концесијама, комуналним делатностима⁹ и јавним предузећима¹⁰. Због тога су одлучили да на новом концепту израде и предложе јавно-приватно партнерство (даље: ЈПП), укључујући концесије, односно да донесу Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама (2011)¹¹, Закон о комуналним делатностима¹² којим је уређено ЈПП у комуналним услугама и Закон о јавној својини¹³ којим су створени предуслови за имовинскоправне односе у области ЈПП. Основни разлози за доношење закона о ЈПП у Србији су подстицање примене ЈПП ради изградње јавне инфраструктуре и пружања услуга у јавном интересу. Са постојањем и реализацијом ЈПП треба очекивати постепено укидање државних монопола који су оличени у постојећим јавним предузећима. Такође, по мишљењу појединих аутора, Закон о ЈПП и концесијама представља значајну новину за будућу судбину јавног сектора у Србији, иако се пажљивим читањем показује да се он бави искључиво поступком закључивања одговарјућих јавноправних уговора и да готово у потпуности изостаје анализа ефеката¹⁴.

У савременим условима, због умањених могућности државе да несметано остварује своје социјалне функције у јавном сектору, у свим земљама је у мањој или већој мери изражена потреба за улагањем у јавну инфраструктуру.

⁸ Закон о концесијама, „Сл. гласник РС“, бр. 55/2003.

⁹ Закон о комуналним делатностима, „Сл. гласник РС“, бр. 16/1997 и 42/1998.

¹⁰ Закон о јавним предузећима и обављању делатности од општег интереса, „Сл. гласник РС“, бр. 25/2000, 25/2002 и 107/2005.

¹¹ Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама, „Сл. гласник РС“, бр. 88/2011 (даље: Закон о ЈПП и концесијама).

¹² Закон о комуналним делатностима, „Сл. гласник РС“, бр. 88/2011.

¹³ Закон о јавној својини, „Сл. гласник РС“, бр. 72/2011.

¹⁴ Светислав Табороши, *Логички основ Закона о јавно-приватном партнерству*, Право и привреда, бр. 4-6/2012, стр. 584.

ру¹⁵, тј. у целокупни јавни сектор. У последњим декадама све више на значају добијају различити облици финансирања јавне инфраструктуре, који претпо-стављају активну улогу приватних (и међународних) извора финансирања. Сви ти облици финансирања јавне инфраструктуре приватним средствима подво-де се под заједнички назив „јавно-приватно партнерство (ЈПП)“. Овај правни институт (који има економску, техничку и друге димензије) води порекло из англосаксонског права, од енглеског појма „PPP - *public-private partnership*“, под који се подводе најразличитији облици финансијске и пословне дугорочне сарадње између јавних и приватних партнера.

У економској и правној теорији, законодавству и пословној пракси пре-овлађује уверење да је ЈПП један од потенцијално најбољих модела које држа-ве данас могу користити за изградњу јавне инфраструктуре и пружање услуга у јавном интересу. Под ЈПП подразумева се такав пројекат који се израђује, предлаже, одобрава и спроводи по неком од модела ЈПП и чини низ међусобно повезаних активности, које се одвијају одређеним редоследом, ради постизања дефинисаних циљева, у оквиру одређеног временског периода и одређених фи-нансијских средстава, а који је одобрен као пројекат ЈПП, са или без елемената концесије¹⁶.

У економској литератури се истиче да званична и јединствена дефини-ција ЈПП које је почело да се успоставља широм света не постоји, али се под концептом ЈПП подразумева укључивање приватног сектора у обезбеђење (на-бавку) инфраструктурних пројеката и њима одговарајућих услуга који су тра-диционално били у искључивој надлежности јавног сектора¹⁷.

Успостављање и заснивање ЈПП у једној земљи почива на потреби др-жаве да, уместо задуживања ради изградње инфраструктуре и обављања де-латности од општег интереса (пружања услуга од општег интереса), успостави партнерски однос са приватним капиталом. Како се истиче у литератури, циљ настанка ЈПП је у тражењу користи за оба партнера. Док јавни партнер има за циљ остваривање социјалног благостања и квалитета живота побољшањем ни-воа и квалитета услуга од општег интереса и изградње инфраструктуре, докле приватни партнер има за циљ остваривање економске користи од сопствене предузетничке делатности¹⁸. Суштина ЈПП није у пребацавању друштвеног

¹⁵ Под јавном инфраструктуром се подразумева објекат који се јавно користи односно који се ставља на располагање ради коришћења или добробити јавности у било којем сектору јавних услуга или привреде (Закон о ЈПП и концесијама, чл. 4. ст. 1. тач. 5), а то су: аутопутеви, мостови, тунели, постројења за производњу електричне енергије, водоводна мрежа, постројења за пречишћавање отпадних вода, постројења за одлагање отпада, болнице, школе и др.

¹⁶ Закон о ЈПП и концесијама, чл. 4. ст. 1. тач. 1.

¹⁷ Слађана Средојевић, *Јавно-приватно партнерство у финансирању инфраструктуре у земљама Балкана* (докторска дисертација), Економски факултет, Београд, 2009, стр. 2.

¹⁸ Види детаљније о разлозима настанка ЈПП: Предраг Цветковић – Тамара Миленковић-Керковић, *Јавно-приватно партнерство: полазна разматрања*, Право и привреда, бр. 4-6/2011, стр. 761-763.

трошка на приватне инвеститоре, него у појефтињењу пројекта¹⁹, односно користи овог концепта нису у повећању фондова намењених финансирању инфраструктуре, него у бољем управљању ограниченим ресурсима²⁰.

ПРАВНЕ ФОРМЕ ЈАВНО-ПРИВАТНОГ ПАРТНЕРСТВА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

ЈПП у праву Србији може бити организовано и реализовано на два начина, тј. у две правне форме: као уговорно или институционално. Концесије представљају посебну форму ЈПП.

Уговорно ЈПП заснива се на уговору којим уговорне стране уређују међусобна права и обавезе у реализовању пројекта ЈПП. Овај уговор може бити са или без елемената концесије. Његова садржина је уређена законом и назива се јавни уговор, с тим што је остављена могућност да се ближа садржина уреди између саговорача на принципима аутономије воље и Закона о облигационим односима. Реч је о управноправном уговору у коме преовлађују елементи јавног права.

Институционално ЈПП заснива се на правном односу јавног и приватног партнера у својству чланова заједничког привредног друштва, које је носилац реализације конкретног пројекта ЈПП. Правни однос чланова заједничког друштва може се у пракси манифестовати у две правне форме: 1) у својству оснивача који уносе своје оснивачке улоге у заједничко друштво или 2) у стицању приватног партнера власничког удела, односно његовој докапитализацији постојећег друштва. Заједничко привредно друштво, које законодавац још познаје под називом друштво за посебне намене (ДПН), оснива се за реализацију пројекта ЈПП²¹, на основу Закона о привредним друштвима.

ЈАВНИ УГОВОР

Законодавац Србије дефинише јавни уговор као уговор о ЈПП (са или без елемената концесије), који се закључује у писаном облику између две стране (јавног и приватног партнера, односно јавног или приватног партнера и друштва за посебне намене), којим се ради реализације пројекта ЈПП уређују њихова међусобна права и обавезе²². У историјском контексту, јавни (управни, ад-

¹⁹ Светислав Табороши, *Логички основ Закона о јавно-приватном партнерству*, стр. 587.

²⁰ Слађана Средојевић, *op. cit.*, стр. 4.

²¹ Наш законодавац допушта да ДПН, као привредно друштво, оснује приватни или јавни партнер и за потребе закључења јавног уговора. Закон о ЈПП, чл. 4. ст.1. тач. 6.

²² Закон о ЈПП и концесијама, чл. 4. тач. 3.

министративни, државни) уговор је настао у Француској из потребе да се јавна управа у заснивању привредних односа са приватноправним лицима не ослања искључиво на управни акт, али ни на цивилни уговор²³. У првом случају, управни акт омогућавао је максималну власт јавнооправном субјекту (јавна управа) у односу на приватноправно лице (физичко и правно лице). У другом случају, цивилни уговор обезбеђивао је јавноправном субјекту преслаб утицај у односу на приватноправног сауговорача, односно стављао га је у однос координације²⁴.

Какве је правне природе јавни уговор? Реч је о управноправном уговору, који закључују јавни и приватни партнер, а у коме преовлађују елементи јавног права. На основу анализе извора права произлази да је јавни уговор у упоредном праву правни инструмент за остваривање ЈПП у пракси. Њега закључује јавноправни субјект ради остваривања јавног интереса, на основу посебног правног режима који се разликује од општих правила цивилног права. Његовим закључењем се завршава поступак доделе јавног уговора, а његовим извршењем у пракси се реализује пројекат ЈПП између сауговорача.

Јавни уговор је двострано обавезан, теретан, комутативан, формалан, казуалан, а по својој правној природи мешовит. Реч је о двостраном правном послу у којем у кључним елементима преовлађују управноправни елементи над цивилноправним. Он је посебна врста управног уговора којим се успоставља посебан однос сарадње између државе (територијалне или локалне самоуправе) и приватноправног лица.

Наш законодавац уређује низ значајних питања везано за јавни уговор, као што су: субјекти који закључују уговор (јавни и приватни партнер); закључивање, форма и пуноважност уговора (обавезна писана форма и неопходна је дозвола Владе Републике Србије, владе аутономне покрајине, односно скупштине јединице локалне самоуправе); садржина уговора (законодавац набраја 28 питања која треба да садржи уговор); рок на који се закључује уговор (минимални 5 и максимални 50 година); финансирање уговора (од стране приватног партнера на више начина: комбинацијом директних улагања у капитал или путем задужења, укључујући без ограничења структурирано или пројектно финансирање и сл. обезбеђено од стране међународних финансијских институција, банака, односно трећих лица); регистар јавних уговора (јединствена електронска база података која служи за евидентирање и праћење извршавања уговора који су закључени на територији Србије; успостављен је при Министарству финансија на порталу јавних набавки, тј. подпорталу); престанак уговора (раскидом због јавног интереса; споразумним раскидом; једностраним раскидом; правно-

²³ Велимир Иванчевић, *Теорија административног уговора (Управноправни аспекти уговора о инвестиционим радовима југословенских предузећа у страним земљама)*. Александар Голдштајн (уред), *Инвестиције*, Загреб, 1969. године, стр. 72.

²⁴ „... управни уговор сведочи не само о подели права на јавно и приватно већ и широко ствара актуелне границе између јавног-управног и облигационог-приватног права“. Драгољуб Кавран, *Управни уговори, обележја, врсте и развој*, Правни живот, бр. 11-12/1993, стр. 2106.

снажношћу судске одлуке којом се уговор оглашава ништавим или поништава); надзор над извршавањем уговора (уређен је законом у посебном поглављу; јавни партнер и министарство финансија, односно надлежни орган аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе су субјекта задужена за вршење надзора над извршавањем закључених уговора).

ПОЈАМ КОНЦЕСИЈА И ЊИХОВ ЗНАЧАЈ

У историјском контексту, реч концесија је латинског порекла (*concesio*), а имала је неколико значења: уступање земље, дозвола, одобрење, признање у поступку и повластица. Трагове концесија, као правног института, налазимо у романистици, древној Грчкој и на Истоку. Реч је о врло старом институту чије порекло правна теорија заснива на средњовековним регалијама. Извлачећи се из приватне власти средњовековних владара, концесије су временом попримиле јавноправне елементе. Док су регалије биле плод феудалних односа у друштву, концесије су последица тржишног начина привређивања у капитализму.

Од XII века регалије се уносе у законе, чиме се извлаче из приватне власти владара и попримају јавноправну природу. У капитализму су регална права прерасла у државни монопол, који је претпостављао искључиво право државе на експлоатацију јавних добара или одређених делатности (јавне службе) ради стицања прихода за јавне потребе. Међутим, временом због недостатка средстава за организовање и вршење јавних служби (нпр. изградња и одржавање железница, производња и дистрибуција електричне енергије итд.) и за експлоатацију природних богатстава (нпр. руде, шуме, воде итд.), натерало је државу да прибегне њиховом уступању физичким и правним приватноправним лицима, како би их уместо ње експлоатисали у јавном интересу.

Борба колонијалних народа за признање права на самоопредељење започела је у другој половини XX века. Истовремено, она је била и негирање стечених права на добијене концесије. Традиционални својински систем концесија над природним ресурсима формално су одбациле Уједињене нације 1962. године, усвајањем начела о сувереном праву народа и држава над природним богатством и доношењем других међународних докумената. Уједињене нације су на Шестом специјалном заседању Генералне скупштине (1974) прокламовале нови међународни економски поредак.

Већина неразвијених земаља и земаља у транзицији временом је стекла искуства у правном регулисању концесија и у њиховом уступању приватним лицима, првенствено у области коришћења природног богатства. Успостављањем новог међународног економског поретка, статус уложеног капитала и средстава у неразвијеним земљама доживео је промене²⁵. У односима између

²⁵ Антон Вратуша, *Проблеми у вези са успостављањем новог међународног економског поретка*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 2-4/1977, стр. 208.

страних инвеститора из развијених и власти неразвијених земаља, дошло је до битнијих промена у правним инструментима којима су се ти односи раније уређивали. Напушта се класичан уговор о концесијама, а уместо њега заснивају се правни послови којима се влади неразвијене земље гарантује сувласништво у капиталу до знатнијег степена, али и већа контрола над пословањем (*equity sharing contracts*)²⁶. Данас се осим уговора о концесијама у области минералних сировина, користе нови правни инструменти, односно друге врсте уговора, као што су: уговор о заједничком улагању (*joint ventures*), уговор о услугама (*service contracts, contract of work, operation contracts*), уговор о техничкој помоћи (*technical assistance agreements*).

Крајем 70-тих и почетком 80-тих година XX века, појачана је конкуренција између привредних субјеката (компанија) развијених земаља у погледу изградње капиталних објеката, извоза опреме и технологије на тржиштима земаља у развоју. Истовремено, дошло је и до погоршања валутно-финансијског стања земаља у развоју, што је довело до њихове високе задужености. У таквим условима и околностима у земљама у развоју је долазило до немогућности изградње нових и завршавања започетих објеката. Због тога су страни и домаћи партнери били принуђени да шире међународну пословну праксу пројектног финансирања (*project financing*).

Шта је концесија? У најширем смислу, она означава дозволу коју јавна власт издаје физичком или правном лицу, домаћем или страном, ради експлоатације природног богатства, јавног добра или ради вршења неке делатност од јавног интереса (јавна служба). У ужем смислу, концесија је уговорни однос између даваоца концесије (концедент) и стицаоца концесије (концесионар), у којем концедент уступа концесионару право коришћења неког природног богатства, јавног добра или право на вршење неке јавне службе.

У савременом праву Србије концесије су посебан облик уговорног ЈПП, а заснивају се на јавном уговору којим се уређује комерцијално коришћење (економска валоризација) природног богатства, односно добра у општој употреби која су у јавној својини или обављања делатности од општег интереса, које надлежно јавно тело уступа домаћем или страном лицу, на одређено време, под посебно прописаним условима, уз плаћање концесионе надоканде од стране приватног (изузетно јавног) партнера, при чему приватни партнер сноси ризик везан за комерцијално коришћење предмета концесије²⁷. Концесија се може дати за јавне радове (извођење радова или пројектовање и извођење радова) или услуге (пружање услуге у општем интересу).

ЈПП у праву Србије почива на већем броју начела, и то: заштите јавног интереса; ефикасности; транспарентности; једнаког и правичног третмана; слободне тржишне утакмице; пропорционалности; заштите животне средине; аутономије воље и равноправности. На концесије се поред напред наведених

²⁶ Миодраг Сукијасовић, *Мултинационално предузеће - правни аспекти*, Београд 1981, стр. 27.

²⁷ Закон о ЈПП и концесијама, чл. 10.

примењују и следећа: начело слободе кретања робе; начело слободе пружања услуга; начело забране дискриминације и начело узајамног признавања. Наведена начела служе за ближе тумачење законских одредаба о ЈПП.

Стране инвестиције, укључујући међународне концесије, имају огроман значај за привредни развој сваке земље, посебно за неразвијене земље, земље у развоју и земље у транзицији. Стране директне инвестиције у облику концесија обезбеђују прилив страног капитала и нових технологија, а да се при томе не врши задуживање земље. Привлачење допунског приватног страног капитала у облику концесија помаже држави-концеденту да успешније остварује финасијску стабилизацију своје привреде и уравнотежење биланса плаћања према иностранству. Производња из концесионе делатности има третман домаће производње, што утиче на повећање друштвеног производа и доводи до подстицања укупне привредне активности. Уступањем концесија страним инвеститорима обезбеђује се ангажовање домаћих индустријских капацитета, упошљавање домаће радне снаге и коришћење домаћих ресурса. Прилив страног капитала у облику концесија потпомаже оснивање нових предузећа и реконструкцију и техничко-технолошко обнављање постојећих у области материјалне производње. Концесије помажу у решавању проблема незапослености, развоју конкуренције и повећању пристизања средстава у национални и локалне буџете, по основу концесионе надокнаде, пореза и других дажбина. У ширем смислу, стварају се претпоставке за ширење домаћег тржишта и интернационализацију унутрашње привреде.

СУБЈЕКТИ КОНЦЕСИОНОГ ОДНОСА

Два су основна субјекта концесионог односа: давалац концесије (концедент) и прималац концесије (концесионар). Концедент је увек јавноправни субјект - држава (државни орган), јединица локалне самоуправе (надлежни орган града, општине) или неки други јавноправни субјект (нпр. јавно предузеће, јавна установа). Држава одређује својим прописима који ће јавноправни субјект имати својство концедента. Концесионар је приватноправно лице, физичко или правно, домаће или страно, које испуњава законом утврђене услове. Само изузетно, када је то предвиђено позитивним прописима једне земље, и јавноправни субјект може да има својство субјекта - концесионара. Таквих случајева је нарочито било у прошлости, када је држава уступала поједине инфраструктурне делатности по основу концесије јединицама локалне самоуправе. Други пример наведеног изузетка је кад надлежни државни орган или орган јединице локалне самоуправе даје концесију јавном предузећу за експлоатацију неког објеката у јавној својини или за обављање неке монополистичке делатности. По правилу, од могућности да се појаве у својству концесионара искључена су правна лица која нису трговци – општине, фондације, удружења са непрофит-

ним циљем, друштвене организације, државне (јавне) установе, као и поједине категорије физичких лица²⁸.

Ко се може појавити у својству давалац концесије (концедент, јавни партнер²⁹)? Концедент је увек јавноправни субјект - држава (државни орган), територијална аутономија (надлежни орган аутономне покрајине, провинције и др.) и јединица локалне самоуправе (надлежни орган града, општине) или неки други јавноправни субјект. Свака држава одређује својим прописима који ће јавноправни субјект имати својство концедента. У праву Србији давалац концесије може бити: 1) Влада, у име Републике Србије када су јавна тела и предмет концесије у надлежности Србије; 2) влада аутономне покрајине, у име аутономне покрајине када су јавна тела и предмет концесије у надлежности аутономне покрајине; 3) скупштина јединице локалне самоуправе, када су јавна тела и предмет концесије у надлежности јединице локалне самоуправе; 4) јавно предузеће, односно правно лице овлашћено посебним прописима за давање концесије³⁰.

Ко се може појавити у својству примаоца концесије (концесионар, приватни партнер³¹)? Концесионар је приватноправно лице, физичко или правно, домаће или страно, које испуњава законом утврђене услове.

ПРЕДМЕТ КОНЦЕСИЈА

Концесије су се показале као флексибилан правни инструмент у превазилажењу многих препрека учешћу приватних предузетника у вршењу државних јавних служби и јавних служби јединица локалне самоуправе. Могућност да се превазиђе формална својина државе (јединице локалне самоуправе), ради обављања делатности од јавног интереса од стране приватноправних лица, чини концесије посебно корисним у земљама у којима се уставом или законом искључује пословање приватном својином у посебним инфраструктурним делатностима³².

Концесије омогућавају ефикасан начин коришћења и управљања државном својином и обављање делатности од јавног интереса. Објекти у државној својини и делатности од јавног интереса у традиционалном јавном сектору - јавне службе, представљају полазиште анализе предмета концесија. С јед-

²⁸ Упореди: Ивайло Стајков, *Понятието за концесия в новия Закон за концесиите*, Съвремено право, бр. 6/1995, стр. 91.

²⁹ Закон о ЈПП и концесијама, чл. 4. тач. 9.

³⁰ Закон о ЈПП и концесијама, чл. 13. став 2.

³¹ Закон о ЈПП и концесијама, чл. 4. тач. 10.

³² Упореди: Piere Guislain and Michel Kerf, *Концесии – начин да се приватизира инфраструктурниот сектор на монополите*, *Обука концесии во енергетиката*, Охрид 2-6 април 1997, Република Македонија, стр. 7.

не стране, јавни сектор може да се изједначи са вршењем функција државних органа или органа јединица локалне самоуправе у непосредном обезбеђивању одређених роба и вршења услуга корисницима (обављање делатности у сопственој режији државног органа и органа јединице локалне самоуправе или оснивање јавног предузећа). С друге стране, у јавни сектор могу да се укључе и приватноправна лица (предузећа) и препусте се делимичној или потпуној конкуренцији. У том случају, могућно је да се јавна делатност концесионирањем уступи приватном лицу, а да њено обављање врши новоосновано тзв. концесионо предузеће (друштво за посебне намене).

Да ли ће нека делатност у конкретној земљи бити разврстана у делатност од јавног интереса зависи од више фактора. Набрајањем таквих најзначајнијих делатности најчешће се врши по принципу *egzempli causa*³³. Међутим, то не значи и забрану одређеном државном органу или органу јединице локалне самоуправе да и другу делатност прогласи делатношћу од јавног интереса, у складу са уставом и законом.

Делатности од јавног интереса у тржишним привредама могу да обављају јавна (државна) предузећа, предузећа са већинским државним или приватним капиталом (мешовита предузећа), као и приватна предузећа (концесиона предузећа) по основу уступања концесије и под законом утврђеним условима.

Предмет концесије могу бити: 1) природна богатства, 2) јавна добра и 3) јавне службе. Под природним богатствима се подразумевају делови органске или неорганске природе које човек користи или може да их користи ради задовољења својих потреба. Она су посебна врста државне својине у која улазе: земљиште, шуме, воде, водотоци, море и морска обала, рудно благо и друга добра. У природна богатства, у економском смислу, убрајају се нарочито земљиште, шуме, воде и водна снага, руде, нафта, плин, биљни и животињски свет (дивљач, рибе, птице, плодови)³⁴. У теорији се природна богатства деле на необновљива и обновљива. Под необновљивим природним богатствима подразумевају се делови природне средине који се исцрпљују експлоатацијом. Обновљивим природним богатствима се сматрају они делови природе који имају посебну способност да се делимично или у целини обнове сами или уз помоћ човека³⁵.

Јавна добра су она која непосредно служе општим циљевима, односно ужој или широј друштвеној заједници. Држава је њихов власник, али се њима непосредно користе сва заинтересована лица. С обзиром на њихову природу,

³³ Светислав Табароши, *Наш и упоредни концепт и пракса јавних предузећа*, Право и привреда, бр. 3-6/1995, стр. 398.

³⁴ Алојзиј Финжгар, *Добра у општој употреби и природна богатства као врста друштвених средстава*, Правни живот, бр. 2/1978, стр. 30.

³⁵ У теорији се природно богатство још дели на биолошко и минерално. Особности биолошког природног богатства огледају се у његовој могућности обнове и увећања (регенеративност), док минерално природно богатство такве особине нема.

образују се посебни јавноправни односи између државе и приватних лица. У правним разматрањима о јавним добрима указује се на више спорних питања: сам назив „јавна добра“ није прихваћен у свим позитивним законодавствима; шта се све сматра јавним добром; њихов правни режим и др.³⁶. Полазећи од теорије грађанског права, јавна добра (ствари) представљају најзначајнију и највећу групу ствари изван промета. У правним системима западних земаља постоје, у основи, три врсте јавних добара. Прву чине општа добра (*res communes omnium*) или опште ствари, како се још називају у немачкој правној терминологији. У ту врсту добара улази ваздух, текуће воде, отворено море. Њој је блиска категорија «ничије ствари» (*res nullius*). У прошлости, њоме су били обухваћени дивљач у шуми, рибе и шкољке у води, као и напуштене ствари (*res derelictae*). Другу врсту јавних добара представљају тзв. управна имовина, која је састављена од ствари које служе за рад државних органа. Те ствари су намењене непосредно јавној служби (нпр. војна утврђења, војно-одбрамбени објекти и уређаји, аеродроми, војна опрема и оружје, јавне зграде, инвентар у јавним установама). Добра у општој употреби (*res publicae, res in publico uso*) су трећа врста јавних добара. То су ствари чије је коришћење допуштено свакоме, у складу са њиховом наменом. У ту врсту добара улазе: реке, јавни путеви, паркови, улице, тргови, јавни бунари и друге ствари. По неким ауторима, и опште ствари улазе у добра у општој употреби, иако је исправнији приступ, да општа добра због особености своје природе, односно због немогућности да се узму у људску апрехензију, представљају једну посебну врсту јавних добара³⁷. Теорија управног права није могла да се послужи категоријом приватне својине, на тај начин што би имовина у рукама државе или неког другог јавноправног субјеката била проглашена приватном својином тих субјеката. Имовинске ствари јавноправних лица правна теорија разврстава у три групе: 1) финансијска или фискална имовина (*patrimonium civitatis*), 2) управна имовина или управно добро, 3) јавно добро или добро опште употребе (*res quae in publico usu habentur*)³⁸.

Правни институт „јавне службе“ (*service public*) створила је пракса француског Државног савета, крајем XIX века. Француска правна теорија је тај институт развијала, а прихватили су га немачка наука и пракса, као и теорија и пракса других држава³⁹. Битни елементи дефиниције јавне службе су појам општег интереса и задовољавање општих потреба. На тај начин, задовољавање једне потребе од општег интереса, задовољавање које држава само оцењује⁴⁰,

³⁶ Андрија Гамс, *Јавна добра*, Правни живот, бр. 3/1953, стр. 1. и 2.

³⁷ Андрија Гамс и Милан Петровић, *Основи стварног права*, Београд, 1980, стр. 20.

³⁸ Лаза Костић, *Административно право Краљевине Југославије*, II књига, Београд, стр. 321-332.

³⁹ Теорију јавних служби посебно је развио Леон Диги, представник тзв. теорије социјалних функција. Леон Диги, *Преображај јавног права*, Београд, 1929, стр. XIX и XX.

⁴⁰ „Основа јавног права није више субјективно право заповедања, већ правило о уређењу и

оно је што оправдава и дефинише јавну службу. То је битни елемент по којем се јавна служба разликује од приватног предузећа⁴¹. У теорији страног управног права, посебно француског, јавна служба има следеће одлике: 1) непрекидност функционисања јавне службе (принцип континуитета); 2) једнакост грађана у коришћењу јавних служби (принцип једнакости); 3) прилагођавање јавних служби потребама времена (принцип прилагодљивости); 4) јавна служба по правилу послује са губитком (принцип немеркантилности). Поједини француски аутори истичу и принцип примата јавне службе у односу на приватну службу⁴². Такав појам јавне службе у француском праву претпоставља и одређени правни режим јавне службе, који би се огледао у овоме: 1) особље јавне службе има положај службеника; 2) фондови намењени служби су јавна средства; 3) добра предата служби, више или мање, односно скоро потпуно, не подлежу режиму који важи за добра која припадају појединцима; 4) једностранни и уговорни акти управе који се доносе односно закључују ради обезбеђења функционисања службе јесу управни акти и управни уговори; 5) спорове поводом јавне службе решава управно судство⁴³. Нека служба се проглашава за јавну општим актом једне државе (уставом, законом, одлуком органа државне управе или јединице локалне самоуправе). За постојање јавне службе одлучна су два елемента: 1) делатност која је по својој природи таква да је неопходна за задовољење општих друштвених потреба, 2) општи акт којим се таква делатност проглашава за јавну службу, дајући јој због њеног значаја посебан друштвени третман. Данас преовлађује схватање да јавна служба има два појавна облика: формални (органиски) и материјално-циљни (функционални). За органиски облик јавне службе битно је да јавна служба полази од самог носиоца службе и да службу врши неки јавноправни субјект. За функционални облик јавне службе најважнија је природа службе, тј. садржина и сврха те службе. Да би се одређеној служби признато својство јавне службе, битно је да она има посебан значај за остваривање одређених општих интереса. На тој основи се одређена служба подводи под посебан правни режим јавне службе. Материјално-циљни облик јавне службе има своје пуно практично значење у случају када вођење ове службе дође у руке приватноправног субјекта. Посебно је важно објашњење зашто се таква служба не сматра обичном приватном службом и зашто се подвргава посебном правном режиму. Субјект кој врши такву службу само је организациони облик вршења јавне службе, а три су основне могућности за организовање јавне службе: 1) да сама држава води непосредно неку јавну

управљању јавним службама. Јавно право је објективно право јавних служби⁴⁴. Леон Диги, *op. cit.*, стр. 53.

⁴¹ Славољуб Поповић, *Функционисање јавних предузећа и правна сигурност*, Правни живот, бр. 11-12/94, стр. 2394.

⁴² Наведено према Иво Борковић, *Управно право*, Загреб, 1984, стр. 18.

⁴³ Наведено према Драгаш Денковић, *Јавна служба у француском управном праву*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 5/1970, стр. 464.

службу у сопственој режији (по правилу својим особљем и средствима); 2) да даје тој служби извесну самосталност у облику самоуправе, издвајајући је из своје непосредне и уже организације; 3) да је у облику концесије даје на вођење приватном лицу⁴⁴. Правна теорија врши и поделу на: 1) јавне службе које води држава, односно други јавноправни субјект (општина, град и др.) у сопственој режији, 2) јавне службе које врше јавна предузећа, и 3) концесионе јавне службе. Када државна управа једина сноси трошкове и ризик вођења службе, онда је реч о јавној служби која је у режиму државне управе. Опет, ако трошкове и ризик вођења јавне службе сноси приватно лице, у том случају постоји концесиона јавна служба.

Концесиона јавна служба је таква јавна служба коју врши неко приватно лице у сопствено име (физичко или правно лице) на основу посебног овлашћења надлежне јавне власти⁴⁵. Битно је да се истакне да концесионар не води јавну управу већ само јавну службу за коју је дата концесија. Затим, да је реч о јавној служби у материјалном смислу, коју давањем концесије не води јавна управа већ приватно лице. У теоријском смислу, по том субјективном елементу, по елементу свог носиоца, јавна служба за коју је дата концесија личи на обичну приватну службу. С друге стране, по својој материјалној садржини таква служба личи на јавну управу. Та два аспекта јавне службе за коју је дата концесија приватном лицу стављају такву службу између јавне и приватне управе, а правни положај концесионара између јавног функционера и обичног приватника. У суштини, концесиона служба остала је јавна служба и није се претворила у обично приватно предузеће. Реч је само о нарочитом вршењу јавне службе, која мора да има за стални циљ задовољење општег интереса⁴⁶.

Полазећи од предмета јавне службе, у теорији се врши подела на: 1) управне јавне службе, 2) индустријске и комерцијалне јавне службе. Прве обухватају делатности органа државне управе и делатности установа којима је поверено вршење јавне службе. Друга врста, индустријске и комерцијалне службе, подвргнута је посебном правном режиму, тако да се на ту врсту само делимично примењују прописи јавног права, а делимично одредбе приватног права.

Како истиче Леон Диги, модерно јавно право дало је појединцу могућност да захтева не само правилно вршење јавних служби које су дате у концесију, већ и оних јавних служби које непосредно врши држава или нека управна јединица. Из тога произлази да је идеја јавне службе заменила идеју суверености и државне власти. Јавне службе се организују и врше се у корист појединца, чак и на штету саме државе. Због таквог приступа јавној служби, појединци могу захтевати поништење сваког акта државе који је донет противно прописи-

⁴⁴ Иво Крбек, *Управно право*, II књига, Загреб, 1932, стр. 17-18.

⁴⁵ Иво Крбек, *op. cit.*, стр. 60.

⁴⁶ *Ibidem*.

ма о јавним службама⁴⁷. Државни савет Француске је проширио појам управне функције и укључио у оквир њеног вршења тзв. неауторитативне делатности државе. На тај начин је појам управе у Француској проширен праксом Државног савета тако да је обухватио, осим управе као вршења власти, и управу у смислу вршења јавних служби као неауторитативних делатности (активности), а које врши држава и поједине јавне установе⁴⁸. Са модернизацијом државне управе губиле су се претпоставке да ауторитативне јавне службе буду предмет давања у концесију (концесионирања) у корист приватних субјеката (на пример, вршење полицијске и судске службе, убирање пореза, ковање новца). Управа се временом све више модификовала, да би после Првог светског рата прибегавала давању концесија, углавном, само у областима јавних служби са комерцијалним могућностима њиховог вршења и експлоатације (нпр. енергетика, саобраћај и везе, комунална инфраструктура).

Концесиона јавна служба се у правној теорији дефинише као јавна служба коју врши приватно лице у своје име, а по нарочитом овлашћењу надлежне јавне власти. Наиме, концесиона јавна служба претпоставља однос у коме држава или јединица локалне самоуправе поверава вршење неких јавних послова појединцима или правним лицима. Реч је о „концесионирању или уступању у концесију, односно о концесионираној управи или како се под упливом француске теорије говорило, о концесионираној јавној служби“⁴⁹.

Шта представља предмет концесије у савременом праву Србије? Концесија се може дати ради комерцијалног коришћења (економска валоризација): 1) природног богатства, 2) добра у општој употреби или 3) обављања делатности од општег интереса, а нарочито: за истраживање и експлоатацију минералних сировина и других геолошких ресурса; за поједине делатности унутар заштићених подручја природе, као и за коришћење других заштићених природних богатстава; у области енергетике; за луке; за јавне путеве; за јавни превоз; за аеродроме; у области спорта и образовања; на културним добрима; за комуналне делатности; у области железница; за комерцијално коришћење жичара; у области здравства; у области туризма и другим областима⁵⁰.

У чему се огледа значај изучавања предмета концесија? Прво, потреба за теоријским разматрањем и проучавањем предмета концесије произлази из чињенице да је то питање предмет уређења закона о концесијама, концесионог акта и уговора о концесији. Друго, предмет концесије непосредно утиче на правну природу концесија и правни режим који ће се применити у пракси: одређује врсту концесије, односно представља критеријум за класификовање концесије; утиче на одређивање законских, подзаконских и уговорних услова

⁴⁷ Леон Диги, *op. cit.*, стр. 66.

⁴⁸ Стеван Лилић, *Административни уговори и јавне службе*, Правни живот, бр. 11-12/93, стр. 2142.

⁴⁹ Лаза Костић, *Управно право*, I књига, Београд, 1933, стр. 99.

⁵⁰ Закон о ЈПП и концесијама, чл. 11.

за давање концесије; утиче и на дужину рока на који се уступа концесија; у корелацији је са утврђивањем висине концесионе надоканде, нпр. у појединим законодавствима је одређено да се таква надоканда одређује у зависности од врсте, квалитета, односно категорије, количине, намене и тржишне цене природног богатства или добра у општој употреби, односно у зависности од врсте концесионе делатности, тржишних услова пословања, рока трајања концесије, уговореног ризика и очекиваног профита. Треће, предмет концесија може бити од значаја и за решавање спорова, односно за уговарање надлежности редовног суда, домаће или стране арбитраже. Четврто, предмет концесије може да послужи законодавцу као основа за утврђивање одређених забрана или ограничења.

КОНЦЕСИОНИ АКТ

Концесиони акт представља акт изјављене воље надлежног органа (јавног тела), која је упућена заинтересованим лицима за добијање конкретне концесије. Доношење тог акта је претпоставка спровођења поступка за уступање концесије. Правна теорија и законодавство познају три врсте надлежности за доношење концесионог акта и његова три облика: 1) надлежност законодавне власти (парламент), и акт у облику закона, 2) извршне власти (влада или надлежно министарство), у облику општег акта управе, 3) органа јединице локалне самоуправе (скупштина или извршни орган), у облику самоуправног акта. Питања надлежности органа за доношење концесионог акта и облик акта уређују се унутрашњим прописима. Међутим, извесно је да држава доноси концесиони акт увек у облику закона или општег акта управе, а јединица локалне самоуправе увек у облику самоуправног акта органа локалне самоуправе.

У савременом праву Србије јавно тело, пре него што сачини предлог за доношење концесионог акта, дужно је да именује стручни тим за израду конкурсне документације. Надлежно јавно тело припрема предлог за доношење концесионог акта на основу економских, финансијских, социјалних и других показатеља и процене утицаја концесионе делатности на животну средину, који доставља, ради усвајања Влади, влади аутономне покрајине, односно скупштини јединице локалне самоуправе. У поступку доношења концесионог акта, предлог концесионог акта се доставља и Комисији за ЈПП ради давања мишљења и оцене да ли се конкретни пројекат може реализовати у форми ЈПП са елементима концесије. Законом се утврђује минимална обавезна садржина предлога концесионог акта.

По усвајању предлога за доношење концесионог акта од стране јавног тела, предложени концесиони акт постаје концесиони акт који садржи све законом обавезне елементе. Његовим доношењем започиње спровођење поступка давања концесије у пракси.

У праву Србије реч је о акту управе (уредба, одлука) или општем самоуправном акту надлежног органа јединице локалне самоуправе (одлука).

Концесиони акт је општи акт (законски акт, акт управе или акт самоуправе), а његове одредбе су императивне природе. У случају несагласности између одредаба концесионог акта и уговора о концесији, примат имају и примењују се одредбе концесионог акта. У хијерархији правних акта и њихове правне снаге, одредбе концесионог акта имају јачу правну снагу у односу на одредбе уговора о концесији. У случају једностране измене концесионог акта, она не утиче на односе утврђене концесионим уговором. Међутим, у том случају концедент дугује концесионару надокнаду штете.

ПОСТУПАК (НАЧИН) ДАВАЊА КОНЦЕСИЈА

Поступак уступања (давања) концесија је сложен и вишефазан. По правилу, он се заснива на начелима јавности, равноправности, једнакости и конкуренције међу учесницима. Покреће га *ex officio* овлашћени државни орган и спроводи овлашћена државна комисија која има својство управног органа. У односима између концедента и потенцијалних концесионара изразит је доминантан положај овлашћених државних органа као организатора поступка (концедент) за све време његовог трајања. Из наведених чињеница произлази да је поступак давања концесија управноправне природе.

У савременом праву Србије после доношења концесионог акта од стране надлежног јавног тела, поступак давања концесије почиње даном објављивања јавног позива у службеном гласилу, а окончава се доношењем коначне одлуке о избору најповољније понуде или доношењем коначне одлуке о поништају поступка давања концесије⁵¹.

Стручни тим за концесије – У праву Србији јавно тело, пре него што сачини предлог за доношење концесионог акта, дужно је да именује стручни тим за израду конкурсне документације. Он у складу са Законом о ЈПП и концесијама и посебних прописа којима се ближе уређује област из које је предмет концесије врши процену вредности концесије, израђује студију оправданости давања концесије и предузимање свих осталих радњи које претходе поступку давања концесије. О свом раду води записник и сачињава друга документа која потписују сви чланови стручног тима.

Студија оправданости давања концесија – Јавно тело у изради студије оправданости давања концесије посебно узима у обзир: јавни интерес, утицај на животну средину, услове рада, заштиту природе и културних добара, финансијске ефекте концесије на буџет.

⁵¹ Закон о ЈПП и концесијама, чл. 32.

Анализа пројеката – У поступку анализе (пружања стручне помоћи јавном телу при припреми потребних анализа, односно студија оправданости давања концесије, при припреми и изради услова и конкурсне документације, правила и услова за оцену понуђача и примљених понуда, као и критеријума за избор понуде), стручни тим за концесије сарађује са Комисијом за ЈПП.

Конкурсна документација – Конкурсна документација мора бити израђена на начин који омогућава упоредивост понуда за добијање предметне концесије. Давалац концесије може у конкурсној документацији навести тела од којих правно, односно физичко лице које има интерес за учествовање у поступку давања концесије може добити информације о обавезама везаним за порезе, доприносе и остале јавне приходе, за заштиту животне средине, природних и културних добара, енергетску ефикасност, одредбе о заштити на раду и о условима на раду који су на снази на подручју на којем ће се обављати делатност наведена у уговору о концесији.

У поступку давања концесије сваком правном, односно физичком лицу које има интерес за учествовањем у овом поступку даје се могућност да под једнаким условима добије на увид конкурсну документацију потребну за израду понуде или да је откупи.

Давалац концесије дужан је да унапред дефинише новчану надокнаду за увид или откуп конкурсне документације потребне за израду понуде. Надокнада је приход буџета. Подаци о правним и/или физичким лицима која затраже увид у документацију или откупе документацију чувају се као тајна.

Гаранција за озбиљност понуде – Пре отпочињања поступка давања концесије, давалац концесије је дужан да у конкурсној документацији и јавном позиву наведе обавезу понуђача да достави банкарску гаранцију за озбиљност понуде. Стручни тим за концесије предлаже врсту и висину конкретних гаранција. Врста и вредност гаранција одређују се у зависности од специфичности поједине врсте концесије, а у складу са проценом даваоца концесије и у складу са посебним прописима којима се та питања уређују.

Давалац концесије дужан је да утврди висину гаранције за озбиљност понуде у апсолутном износу, с тим да она не може бити виша од 5% процењене вредности концесије.

Гаранција за озбиљност понуде, ако је неискоришћена, мора се вратити најкасније у року од 10 дана од дана доношења одлуке о избору најповољније понуде, односно одлуке о поништају поступка давања концесије. Гаранција за озбиљност понуде мора се без одлагања вратити ако се понуда не разматра при избору.

Начин давања концесије – Поступак давања концесије покреће се објављивањем јавног позива на српском језику и на страном језику. Давалац концесије објављивањем јавног позива покреће поступак доделе уговора о (ЈПП) концесији, који мора да садржи законом одређене податке, с тим да он може да садржи и друге податке у складу са посебним законом.

Јавни позив садржи податак о врсти поступка на основу кога се спроводи давање концесије (са или без претквалификације) и објављује се у складу са законом⁵².

Достављање понуда – Понуде се обавезно достављају у писаном облику, у затвореној коверти, са адресом даваоца концесије, назнаком поступка за давање концесије на који се односи, значком „не отварати“ и адресом понуђача. Достављена понуда је обавезујућа за понуђача до истека рока за достављање понуда. Рок за достављање понуда не може бити краћи од 60 дана од дана објављивања јавног позива у службеном гласилу. У границама рока за достављање понуда понуђач може мењати и допуњавати своју понуду, на начин који је одређен за подношење понуде.

Критеријуми за избор најповољније понуде – Критеријуми на којима давалац концесије заснива избор најповољније понуде су: 1) економски најповољнија понуда или 2) највиша понуђена концесиона накнада. У случају економски најповољније понуде са становишта даваоца концесије, критеријуми везани за предмет концесије су: квалитет, висина надокнаде, цена, техничко решење, естетске, функционалне и еколошке особине, цена пружене услуге према крајњим корисницима, оперативни трошкови, економичност, сервисирање након предаје и техничка помоћ, датум испоруке и рокови испоруке или рокови завршетка радова⁵³.

Кад се најповољнија понуда бира на основу критеријума економски најповољније понуде, давалац концесије у конкурсној документацији и у јавном позиву наводи све критеријуме за избор понуде чију примену предвиђа у односу на релативно значење које им даје.

Одлука о избору најповољније понуде – Давалац концесије доноси одлуку о избору најповољније понуде за коју ће понудити потписивање уговора о концесији. Донету одлуку о избору најповољније понуде, са копијом записника о отварању и оцени понуда, давалац концесије дужан је да, без одлагања, достави сваком понуђачу препорученом поштом са повратницом или на други начин којим достављање може бити доказано. Копијом записника о отварању и оцени понуда не могу бити повређене одредбе закона којим се уређује заштита тајности података и документације.

Давалац концесије не може потписати уговор о концесији пре истека периода мировања, које износи 15 дана од дана достављања одлуке о избору најповољније понуде сваком понуђачу. По истеку периода мировања допуштено је потписивање уговора о концесији између даваоца концесије и одабраног

⁵² Јавни позив се у истоветном тексту објављује у службеном гласилу и у средству јавног информисања које се дистрибуира на целој територији Србије, на интернет-страници јавног тела и на порталу јавних набавки, а по потреби у једном међународном листу и електронски на интернет страници *Tenders Electronic Daily*, интернет издању додатка „Службеном листу Европске уније“, а обавезно за пројекте вредности преко 5 милиона евра. Закон о ЈПП и концесијама, чл. 22. ст. 2-3.

⁵³ Закон о ЈПП и концесијама, чл. 39.

понуђача, под условом да захтев за заштиту права није поднет. Међутим, ако је захтевом за заштиту права покренут поступак правне заштите, уговор о концесији може се закључити по доношењу одлуке о одбијању, односно одбацивању захтева за заштиту права.

Рок за доношење одлуке о избору најповољније понуде мора бити примерен, а почиње да тече даном истека рока за достављање понуда. Ако у конкурсној документацији није наведено другачије, рок за доношење одлуке о избору најповољније понуде износи 60 дана. Понуђач може продужити рок важења своје понуде на захтев даваоца концесије.

Ако давалац концесије не донесе одлуку о избору најповољније понуде и не достави је понуђачима у прописаном року, понуђачи могу поднети захтев за заштиту права.

Поништај поступка давања концесије – Давалац концесије поништава поступак давања концесије након истека рока за достављање понуда у следећим случајевима: 1) ако постану познате околности које би, да су биле познате пре покретања поступка давања концесије, довеле до необјављивања јавног позива или до садржински битно другачијег јавног позива; 2) ако до истека рока за достављање понуда није достављена ниједна понуда; 3) ако након искључења понуда у поступку давања концесије не преостане ниједна прихватљива понуда; 4) ако се на основу критеријума за избор најповољније понуде не може извршити избор.

Нови поступак давања концесије може се покренути по истеку рока за подношење захтева за заштиту права, односно по доношењу одлуке о одбијању, односно одбацивању захтева за заштиту права.

КОНЦЕСИОНА НАДОКНАДА

Циљ уступања концесије је остваривање јавног интереса, обезбеђивање функционисања јавних служби и остваривање привредног развоја, остваривање техничко-технолошке и финансијске користи, а може да представља и значајан извор националног прихода. Једна врста концесија првенствено је намењена укључивању концесионара у вршење административних функција које припадају држави, уз директно пружање услуга становништву, без потребе за ангажовањем додатних извора прихода. Код друге врсте концесија тежиште је углавном стављено на фискалне потребе⁵⁴. Уговор о концесији се закључује као двострано обавезан и теретан, с тим што је у неким законодавствима препуштено аутономији воље сауговорача да уговором утврде врсту и висину на-

⁵⁴ Душан Китић, *Давање концесија страним инвеститорима*, Судска пракса, Београд, бр. 7/1991, стр. 66.

докнаде за уступљену концесију, узимајући у обзир све околности конкретне концесионе делатности⁵⁵.

Средства остварена од концесионе надокнаде приход су буџета државе или јединице локалне самоуправе, а служе за унапред или накнадно утврђене намене.

Концесиона надокнада је по својој природи јавни приход који јавноправни субјект (држава, јединица локалне самоуправе) остварује по основу уступања објеката у јавној својини или давања дозволе за обављање јавне службе. Реч је о приватноправном јавном приходу који држава остварује повремено, од случаја до случаја. Држава остварује концесиону надокнаду у крајњем случају из приватноправног посла и на основу закљученог уговора о концесији. Ова врста надокнаде је сродна са другим врстама државних приватноправних прихода, као што су, нпр. приходи од закупа или продаје објеката у јавној својини.

Концесионар, односно концедент је дужан да плаћа новчану надокнаду за концесију у износу и на начин како је то одређено уговором о концесији, осим ако плаћање није економски оправдано. Њоме ће бити обухваћена и надокнада за коришћење одређеног добра у општој употреби прописана законом којим се уређује коришћење предметног добра.

Новчана надокнада за концесију може бити уговорена као сталан једнак износ, односно као варијабилни износ, у зависности од специфичности поједине врсте концесије. Њена висина одређује се зависно од врсте природног богатства, врсте делатности, рока трајања концесије, пословног ризика и очекиване добити, опремљености и површини добра у општој употреби, односно јавног добра. Уговором о концесији може се одредити промена њене висине у одређеном временском периоду, за време трајања уговора, што је неопходно назначити у конкурсној документацији.

УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

ЈПП, односно правно-економски институт концесија је сложен правни, економски, финансијски и технички подухват, који захтева комплексну припрему, али је захтевна и његова реализација и вођење.

На почетку XXI века, креатори економске политике у Србији били су незадовољни приливом страних инвестиција и постојећим правним решењима о концесијама, комуналним делатностима и јавним предузећима. Због тога су одлучили да на новом концепту израде и предложе Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама (2011). Основни разлози за доношење закона о ЈПП јесу подстицање изградње јавне инфраструктуре и пружања услуга у јавном интересу.

⁵⁵ „... Поред обавезе обављања концесиониране делатности, престација концесионара се састоји пре свега у плаћању концеденту одређене накнаде (*royalty*), ренте, пореза и других дажбина“. Радоје Прица, *Уговор о концесији*, у зборнику радова *Нови уговори од значаја за привредни развој Југославије*, Београд, 1995, стр. 168.

Законодавство о ЈПП доспело је у Републику Србију, након што је тај облик пословно-финансијске сарадње успостављен у бившим земљама Централне и Источне Европе и у појединим државама на територији бивше Југославије. Он се ширио и уводио у поменутих земљама са стране, по правилу, по унапред креираном и опробаном моделу, у форми финансијско-техничке помоћи, коју су релализовали експерти из иностранства у сарадњи са домаћим, преко одређених непрофитних и невладиних организација (асоцијација, удружења), као донацију одређене државе, са циљем да се нормативно уреди и имплементира у пословну праксу ЈПП у „младим“ тржишним привредама ради развоја тржишта у њима и јачања конкуренције. Поједини аутори, такође, сматрају да се наш закон о ЈПП и концесијама не разликује од сличних прописа у земљама ЕУ⁵⁶.

Један од концептуалних проблема новоуспостављеног режима концесија на принципима ЈПП огледа се у самој природи односа који се успостављају између концедента и концесионара, јер се у тим односима губи могућност за остваривање начела транспарентности у управљању јавноправним средствима од стране јавноправног субјекта. Због тога, у пословној пракси у највећем броју пројеката о концесијама долази до прикривања додатних трошкова и ризика на страни јавноправног субјекта. Они остају скривени од јавности, јер је пројекат заснован на пословно-финансијској сарадњи са приватним капиталом. И кад је реч о одговорности концесионара, може се са доста сигурности тврдити да је његова одговорност у основи умањена, јер се он у реализацији овог пројекта у недовољној мери руководи остваривањем општег интереса, већ је претежно преокупиран остваривањем профита (води пројекат на принципу економске исплативости). С друге стране, концедент се у реализацији концесије искључиво руководи остваривањем јавног интереса. Такође, општепозната је чињеница да је најјефтинији капитал онај који долази из јавноправних извора (од државе и других јавноправних субјеката), због чега су самим тим у бити пројекти о концесијама скупљи у односу на самосталне јавноправне (државне) пројекте. Ову тезу заговорници ЈПП оправдавају аргументацијом да је цена приватног капитала код ових пројеката заиста скупља, а да приватни партнер преузима и већи ризик. Међутим, став да приватноправни субјект преузима највећи ризик може се довести у питање констатацијом да је јавноправни партнер-концедент тај који је директно одговоран пореским обвезницима. Даље, досадашња истраживања су потврдила да су трошкови спровођења тендера и закључења јавноправних уговора код пројеката ЈПП за око 3% већи у поређењу са приватноправним уговорима, где се трошкови крећу око 1%.

Из напред изнетих чињеница и претпоставки, неминовно у поступку примене и реализације ЈПП и у Србији треба очекивати одређене негативне последице за њен јавни сектор привреде од стране економски развијених земаља, укључујући паралелно извлачење екстра профита из тог сектора еконо-

⁵⁶ Светислав Табороши, *Логички основ Закона о јавно-приватном партнерству*, стр. 593.

мије. Такође, некритичким приступом креатора економске политике и нашег законодавца правно начело заштите јавних интереса претвара се у деклараторно начело. Под њим законодавац подразумева да је приватном партнеру „све дозвољено“ осим онога што је изричито законом забрањено. Овај принцип је применљив у приватном сектору, али не и у јавном сектору економије, јер он почива на другим претпоставкама (јавна својина, јавноправни субјекти, јавноправна средства, посебна правна правила за јавноправни режим и др.) и због тога за њега важе други принципи. Због тога се у литератури истиче да је погрешна представа да страна улагања (стране директне инвестиције) могу да реше све проблеме привреда у развоју, па да због тога страни улагачи треба да буду неограничено привилегована страна у заједничком подухвату. Такав приступ подстиче државе да страним улагачима обећају више погодности него што објективно могу да испуне. „Такви пропусти држава пријемница улагања доводе до презаштићености страног улагача и, у крајњем исходу, штете држави пријемници улагања“⁵⁷.

Под начелом равноправности уговорних страна у ЈПП законодавац Србије подразумева да се узајамни односи субјеката у јавном уговору, односно уговору о концесијама „заснивају на њиховој једнакости и равноправности њихових воља“, што је нетачно и представља неразумевање суштине. Творци закона су, с једне стране, желели да створе што повољније услове за приватне стране инвестиције у домаћу инфраструктуру, а с друге стране, нису разумели правну природу уговора о концесијама и других јавних (управних) уговора. Управо важи обрнуто правило код уговора о концесијама од изнетог у наведеном начелу, а управноправна теорија истиче три битна обележја за ову врсту уговора. Прво се тиче специфичних својстава уговорних партнера. Један партнер је увек субјект јавног права, док је други партнер субјект приватног права. Друго се тиче његовог предмета, који се увек односи на вршење привредне јавне службе, односно на пружање услуге од општег интереса или искоришћавање неког природног богатства или добра у општој употреби. Треће се односи на тзв. дерогативну клаузулу, чија је суштина у томе да партнери прихватају јавни поредак, односно опште право, уз одступања која су предвиђена јавним уговором. Полазећи од напред изнетих обележја, могу се извести још две разлике, по којима се јавни уговор разликује од грађанскоправног уговора. Прва се тиче неравноправности сауговорача у изјавама воља. Јавни партнер наступа са прерогативима јавне власти, па отуда долази до правне неједнакости између уговорних партнера. Друга карактеристика се огледа у немогућности јавног партнера да поступа као приватни партнер, јер његова воља није аутономна. Јавном партнеру јавни интерес намеће одређене обавезе и ограничења којима није подвргнут приватни партнер, као субјект приватног права.

⁵⁷ Марко Јовановић, *Осврт на стабилизациону клаузулу у Закону о јавно-приватном партнерству и концесијама*, Право и привреда, бр. 4-6/2012, стр. 659.

Творци новог Закона о ЈПП и концесијама у Србији у односу на творце претходног Закон о концесијама (2003), успели су у значајној мери да релативизују законска решења о следећим питањима: заштите националне безбедности; јединства техничко-технолошког система; правног института управног уговора; одузимања јавноправним субјектима готово свих елемената да наступају са позиција *ius imperium*-а у односима према приватноправним субјектима и др. Поједини аутори, такође, запажају да ЈПП у граничним ситуацијама (у случају угрожавања јавног интереса због неодговарајућег поступања приватног сектора, када је неопходно одредити се за јавни или приватни интерес) остаје у сенци хијерархије: тада се држава враћа на образац хијерархиског поступања, перманентно задржавајући право (кроз тзв. хијерархијску константу) да примени интервенционистичку парадигму⁵⁸. Примера ради, у претходном Закону о концесијама држава је резервисала себи право да одузме концесију и надокнади штету концеденту, док у новом Закону о ЈПП и концесијама такву могућност јавноправни субјект нема. У теорији су изнети и другачији ставови: „Закон о ЈПП и концесијама је пропис који је у свом формалном аспекту потпуно усклађен са захтевима процеса хармонизације са правом ЕУ и представља правни основ за развој нових видова партнерства. Истовремено, у односу на претходна законска решења, он ову материју регулише целовитије и логичније“⁵⁹.

Нови закон о ЈПП и концесијама доноси потпуно нова решења која до сада нису била позната у нашем законодавству, као што су: оснивање друштва за посебне намене; да се у својству јавноправног субјекта може појавити јавно предузеће, управна организација, јавна установа, организација за обавезно социјално осигурање и друго правно лице које је директни или индиректни корисник буџетских средстава; могућност реализације пројекта ЈПП у новим областима, нпр. образовања, здравства и др.; могућност залагања права из јавних уговора у корист финансијера пројекта ЈПП и др.

Сведоци смо турбулентних дешавања на светској економској сцени, где су већ пропале или су у фази пропадања поједине водеће приватне компаније и финансијске институције чије је спасавање од појединих економско најразвијенијих држава дало повод нобеловцу Џозефу Стиглицу да дефинише нову форму ЈПП, коју назива „нова форма јавно-приватног партнерства“ у којој јавни партнер преузима сав ризик, а приватни сав профит⁶⁰.

⁵⁸ Александар Ћирић – Предраг Цветковић, *Јавно-приватно партнерство између „хијерархијске константе“ и „нове етике“ друштвених односа*, Право и привреда, бр. 4-6/2012, стр. 618. и даље.

⁵⁹ Светислав Табороши, *Логички основ Закона о јавно-приватном партнерству*, стр. 583.

⁶⁰ Детаљније о концесијама види: Љубиша Дабић, *Концесије у праву земаља Централне и Источне Европе*, Институт за упоредно право, монографија 138, Београд, 2002.

Professor Ljubiša Dabić, PhD
Faculty of Economy University of Belgrade

**CONCESSIONS AS A SPECIAL FORM OF
PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP
(Legal theory and and legislation of Republic of Serbia)**

Summary

In his work, the Author in historical context provides the overview, from one side, of the development of legislation of concessions in former Yugoslavia and Serbia, and from other side, in contemporary legislation of Republic of Serbia (Public-Private Partnership and Concession Law), signifies three legal forms of public-private partnership in Serbia (contractual, institutional and concessions), with detailed consideration of public contract as a legal instrument of award and realization of concessions in business practice.

The Author analyses notion of concessions, its dynamics in historical context, and its value throughout history in contemporary conditions. Furthermore the Author notes that subjects of relation in concessions, object of concessions (natural resources, public goods and economic public services), concession act, concession fee and process of awarding concessions have multiple significance in terms of clarifying and understanding of this legal-economic institute.

In conclusion of his work, the Author takes a critical retrospective of system of concessions in contemporary legislature of Republic of Serbia, in the context of legal solutions in relation to Public-Private Partnership and Concessions Law.

ПОНАШАЊЕ ПРИВРЕДНИХ СУБЈЕКТА У УСЛОВИМА НЕЛОЈАЛНЕ КОНКУРЕНЦИЈЕ¹

Проф. др Милена Јовановић Zattila*

Апстракт: Аутор се у раду бави питањем нелојалне конкуренције и доминације настале као производ економске и политичке глобализације, трансформацијом националних тржишта у јединствено унутрашње тржиште. Промењени значај државе (нације) и захтевна дерегулација, показују да држава губи моћ да контролише привредне активности на својој територији. Економија и слободно тржиште губе првобитни смисао и претварају се у покушај унификације света у коме смо сведоци институционализације корпоративне превласти. Случајеви злоупотребе доминантног положаја, анализирани у раду, указују на тренд стварања међународог монопола. Глобализовање привредних и управљачких структура доводи до укидања саморагулаторне улоге националних тржишта, а наднационалне привредно-управљачке структуре постају доминантни регулатори привредних и друштвених токова. У таквом свету лојална конкуренција је излишна.

Кључне речи: привредни субјект, конкуренција, слободно тржиште, монопол, глобализација.

Уводне напомене

Политика конкуренције ЕУ је инструмент којим се постижу циљеви заједнице, међу којима су интеграција тржишта и економска ефикасност. Она се заснива на одбрани и развоју ефективне тржишне конкуренције. Стога је конкуренција основни механизам тржишне економије укључујући и понуду (произвођачи и трговци) и потражњу (посредници и потрошачи). Произвођачи и трговци нуде робу или услуге на тржишту у жељи да изађу у сусрет потражњи.

* Проф. др Милена Јовановић Zattila, Правни факултет, Универзитет у Нишу

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу: *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору*, бр. 179046, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

Потрошачи траже најбољи однос између квалитета и цене за производ који желе. Из тог разлога, конкуренција је једноставан и ефикасан начин да се потрошачу гарантује најбољи квалитет и цена производа или услуга.²

Трансформација националних тржишта, релативно мале величине, у велико јединствено тржиште Уније стимулише конкуренцију и подстиче произвођаче да достигну максималну ефикасност у области заштите права потрошача, а такође и да повећају свој удео на тржишту. Посматрано кроз призму економске теорије, интензивирање конкуренције иде на руку потрошачима, јер повећава избор доступних роба и услуга, утичући тако на побољшање њиховог квалитета и снижење цена.

Стварање јединственог тржишта, у оквиру Европске уније, подразумева једнак третман домаћих и увезених производа, поштујући као темељно, правило о забрани дискриминаторског понашања држава чланица. То, даље, претпоставља утврђивање начела једнакости и узајамног признања, што обавезује државе да омогуће слободну трговину и кретање робе која је законито произведена и распрострањена на том подручју.

Тржишни карактер размене роба и услуга успоставља слободну конкуренцију у односима између трговаца, привредних друштава и других привредних субјеката. Појављивање на тржишту подразумева да субјекти морају иступати у друштвено допуштеним оквирима, у складу са законом и добрим пословним обичајима. У противном, уколико иступају на начин који угрожава лица која обављају привредну делатност слободна тржишна утакмица постаје нелојална.

Да би се једна радња оквалификовала као нелојална утакмица захтева се постојање конкурентског односа на тржишту. То подразумева поступање привредних субјеката на начин и са намером да нанесу штету другим такмичарима. У последњих неколико деценија дошло је до удруживања компанија како на вертикалном, тако и на хоризонталном нивоу.³ За нас су посебно интере-

² ЗЗК, у чл. 1., као приоритет наводи обезбеђење равноправности учесника на тржишту, у циљу подстицања економске ефикасности и остваривања економског благостања друштва у целини, нарочито потрошача.

³ Међународним робним тржиштем доминира неколико мултинационалних компанија. Удруживање у појединим индустријским гранама има тенденцију да повећа профитабилност на дуге стазе. У новије време од великог значаја је удруживање у сервисним индустријама као што су банкарство, телекомуникације, информационе технологије (ИТ) и медији. Више о томе: D. Mueller, *Profits in the long Run*, 1986, Cambridge, UK: Cambridge University Press.

Статистички подаци говоре у прилог претходно реченом. Примера ради, у САД-у је 1985. године било 14600 комерцијалних банака. Педесет највећих банака поседовало је 45,7% удела на тржишту, док је 100 највећих држало чак 57,4% удела. У производном сектору, од 272037 активних корпорација, 710 поседује 80,2% удела. У услужном сектору 95 компанија од укупно 899369 власник је 26% удела. Тако: R. Du Boff, *Accumulation & Power: An Economic History*, 1989, *Antitrust Law Journal*, бр. 58, стр. 841.

сантна хоризонтална повезивања, с обзиром да воде стварању картела, који су забрањена форма према Уговору о оснивању Европске заједнице.⁴

Разлике у гледиштима ЕУ - САД

Покушај да се да одговор на питање како се понашају привредни субјекти са значајном тржишном моћи, прецизније, како они могу да искористе своју моћ, теоријски се не чини компликованим, ако се има у виду да се појмови доминације, монопола и олигопола деценијама провлаче кроз стручну литературу. Ипак, тржиште се не понаша увек према теоријским предвиђањима. Када се интеграција тржишта тумачи као забрана разлика у цени производа овај циљ може доћи у сукоб са циљем економске ефикасности.⁵

У том погледу можемо говорити о два теоријама: једној насталој на тлу Европе, коју неки називају „стара Европа“ и другој насталој у САД, познатијој као позиција „*Schumpeter-visits-Chicago*“.

Европско гледиште које има за циљ „лов на негативце“ (*chase the villains*) заснива се на уверењу да „олигополистичке структуре преовладавају у неким фазама глобалног процеса производње, као и да уније малих произвођача постоје само унутар система којима доминира неколико цинава. Последица тога су генерално различите цене производа на конкурентском нивоу.“⁶

На другом крају спектрума је гледиште заступљено у САД, прилично благонаклоно према доминантним компанијама, по коме оне служе интересима потрошача, отварају нове могућности запошљавања, уводе иновације и економично послују. Тиме се практично предвиђају потенцијални негативни ефекти проузроковани доминантном позицијом.⁷ Њихова максима је: „Успешан конку-

⁴ У Уговору о оснивању (чл. 81. ст. 1.) наводи се да су са заједничким тржиштем неспојиви и забрањени споразуми између компанија, као и договорна пракса удруживања, уколико се њима може нанети штета трговини између држава чланица и које за последицу имају спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције унутар заједничког тржишта.

⁵ Случај који илуструје овај сукоб потенцијалних циљева је *UK Distillers*, где је компанија која се бавила производњом вискија формирала различите цене овог артикла за француско и британско тржиште. Када јој је наложено да прекине са том праксом и уједначи цене, компанија је једноставно престала да снабдева француско тржиште остављајући цене у Британији непромењеним.

⁶ Види: К. Cowling, *Globalisation and corporate power*, 2002, Finland, <http://www.abo.fi/fc/eunip/>

⁷ R. Schmalensee, *Competitive advantage and collusive optima*, 1987, International Journal of Industrial Organisation бр. 5, стр. 351-368. Према његовим речима, компаније могу да постигну краткорочну доминацију кроз удруживање или друге активности које нису директно продуктивне. Као такве оне немају предности над стварним и потенцијалним ривалима и уколико су лоше вођене губе ту позицију у наредних неколико година. У осталим случајевима могу проћи деценије пре него што њихова доминација исчезне.

рент, подстицан да се такмичи, не сме бити оборен када побеђује“.⁸ То значи да монополски положај, уколико је стечен у конкурентској борби захваљујући иновативности те компаније или неком другом критеријуму који ју је издвојио од других конкурената, не сме бити разлог за њено санкционисање, јер би се тиме обесхрабрили остали такмичари. Ово је у складу са америчким обичајем да се награде победници, а игноришу губитници.

Па ипак, да ли је иновација као критеријум увек нужна и оправдана? Прво, доминантна компанија може бити иновативна и водити напретку. Али, исто тако, она може бити резултат неконкурентског удруживања што води супротном циљу. Не постоје убедљиви аргументи да је доминантност неопходна за иновацију. Друго, нека *ex post* реакција могу изазвати негативне последице чак и под претпоставком да је монопол настао као резултат иновације. Иноватор може кренути у такве злоупотребе као што је предаторско формирање цена чиме директно утиче на конкуренцију. Треће, када доминантне компаније отпочну са неконкурентским понашањем како га можемо разликовати од нормалних пословних активности усмерених ка повећању ефикасности?

Доминантне компаније увећавају национални бруто приход, а за узврат заузимају позиције у виталним секторима друштва као што су телекомуникације, енергетика, транспорт, банкарство и др. Како се ради о компанијама које највише улажу у инфраструктуру и иновације, оне су и природни монополисти. Уколико, користећи ову позицију, онемогуће или битно отежају потенцијалним конкурентима коришћење сопствених инфраструктурних капацитета, на терену смо злоупотребе монополског положаја. Са друге стране, у случају природног монопола, финансијски је неодрживо имати више играча на тржишту, тако да је тешко наћи оправдање за кажњавање неефикасности.⁹

Према правилима о заштити конкуренције ЕУ није недозвољено бити на доминантној позицији, с обзиром да се она може достићи и путем легитимне конкуренције, нпр. производњом и продајом новог, бољег производа. Доминантна позиција је, дакле статус, а не активност. Оно што није допуштено је њена злоупотреба. Дакле, Комисија надлежна за контролу удруживања компанија поштрила је овај принцип, утолико што забрањује компанијама које су се удружиле да достигну или ојачају доминантну позицију стечену на овакав начин. Да би се санкционисала таква компанија, мора се првенствено доказати њена „способност да функционише независно од своје конкуренције, као и да је то резултат удруживања“. Прилично је тешко доказати да се могућност злоупотребе значајно повећала након повезивања компанија, односно да је то у непосредној вези.

⁸ То се, између осталог, наводи у образложењу одлуке случаја *Alcoa, case United States v. Aluminium Company of America*, 148 F.2d 416 (1945).

⁹ Одбијање доминантне компаније да омогући конкурентима коришћење сопствених инфраструктурних капацитета представља злоупотребу доминантног положаја, под условом да конкуренти нису у позицији да изграде сопствене капацитете.

САД има дужу традицију у пословању са компанијама које имају огромну тржишну моћ, а самим тим и дужу законодавну традицију којим се регулише ова област. Међу најважније убрајамо Шерманов закон (*the Sherman Act*) из 1890. год.¹⁰, Клејтонов закон (*the Clayton Act*) из 1914. год. и Закон федералне тржишне комисије (*the Federal Trade Commission Act*) из исте године. Циљ доношења ових закона био је да се заштите мала и средња предузећа.¹¹ Упркос оваквој мотивацији, судска пракса се све више развијала у правцу „доктрине ефикасности“, што је резултирало одсуством воље судија да спрече удруживање компанија како би се заштитио неки мали играч на тржишту. Генерални став САД-а био је да законом забрани монополизацију, као и све покушаје и завере да се она спроведе. Предуслов за то је да компаније имају „довољну тржишну моћ“. Многи облици пословања могу бити незаконити (саботаже, спајања компанија, одбијање сарадње, обавезивање, дискриминација у погледу цена, повећање супарничких трошкова и томе сл.), али долазе до пуног изражаја једино уколико је компанија довољно моћна. Како прикладна дефиниција тржишне моћи означава „моћ да се подигну цене изнад конкурентског нивоа, а да при томе продаја не опадне толико да повећање цена постане непрофитабилно“, имати „довољну тржишну моћ“ је исто што и доминирати. Оно што суштински разликује приступ овом проблему са обе стране Атлантика је да САД главну пажњу усмерава на превенцију, дакле, на спречавање настанка монопола. Мање рачуна се води о стварном пословању монопола уколико он већ настане. Насупрот томе, европски концепт је усмерен на лечење саме болести, односно забрану пословања оваквих компанија када оне настану.

Из претходно реченог могао би се извести закључак да је монополизација прекршај, а да сам монопол то није, као и да можемо разликовати две врсте злоупотреба: покушај монополизације и монополизацију. Покушај монополизације састоји се у коришћењу неодговарајућих пословних стратегија како би се достигао статус монопола, док је монополизација коришћење неодговарајућих метода како би се створио, задржао или увећао монопол.¹²

¹⁰ Први део Шермановог закона веома је сличан чл. 81 Уговора о оснивању ЕУ. Други део односи се на забрану злоупотребе монопола. У њему се каже: „Свака особа која монополизује или покуша да монополизује или да ствара заверу са неком другом особом како би монополизувала неку грану трговине, између неколико држава или са страним државама, биће проглашена кривом за злоупотребу“ (15 USC 2).

¹¹ Н. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The law of competition and its practice*, 1999, 2nd edition, St. Paul, Minn.: West Publishing Co., стр. 236.

¹² Док се политика конкуренције у САД претежно односи на монополизацију, у Европи доминантност је кључни концепт. Чл. 82. Уговора о оснивању (бивши чл. 86.) има за циљ да ограничи рад компанија које немају конкуренте на тржишту. Истовремено, забрањује се компанијама да злоупотребљавају свој доминантни положај. Поменути члан предвиђа да свака злоупотреба доминантне позиције од стране једног или више предузећа у оквиру заједничког тржишта или на његовом знатном делу биће забрањена као инкомпатибилна заједничком тржишту, уколико може утицати на трговину између држава чланица. Оваква злоупотреба се посебно односи на: 1)

С обзиром да се са терена доминације пребацујемо на терен монополизиције, зависно од концепта (ЕУ или САД), поставља се питање разликовања ових термина у смислу њихове обухватности. Европски Суд правде (даље: ЕСП) је у случају *United Brands v. Commission*¹³ дао дефиницију доминантности која се и данас користи, а садржи два битна елемента. Прво, доминантна фирма је у могућности да се понаша независно у односу на конкуренте; друго, она има моћ да утиче на развој конкуренције на тржишту. Овај други елемент би требало да укаже на то да је доминантност шири концепт од монополизма, мада је јасну границу тешко поставити.

Релевантно тржиште као показатељ моћи

У процени да ли компанија има доминантну позицију или не, од великог је значаја њена заступљеност на тржишту. У случају *Hoffman –La Roche*¹⁴ ЕСП је изнео став да је велико учешће на тржишту само по себи показатељ доминантности. Радило се о томе да је компанија *Hoffman –La Roche* кажњена, јер је одобравала попусте купцима који су највећи део својих потреба задовољавали куповином витамина различите намене код ове компаније. Уколико имамо у виду да је *Hoffman –La Roche* са 40-50 % удела присутна на светском тржишту очигледна је, у овом случају, злоупотреба њене доминантне позиције.¹⁵

Учесник може (али и не мора) да оствари доминантну позицију ако је његов удео на релевантном тржишту већи од 40%,¹⁶ што зависи од осталих параметара као што су удели осталих конкурената, препреке уласку на релевантно тржиште, положај купца и др. Исто тако, доминанту позицију може стећи и учесник чији је удео на релевантном тржишту мањи од 40%, у ком

директно или индиректно наметање неправедних куповних или продајних цена или других неправедних услова пословања; 2) ограничавање производње, тржишта или технолошког развоја на штету потрошача; 3) примењивање неједнаких услова пословања на исте послове са различитим учесницима на тржишту, чиме се исти доводе у подређени конкурентски положај; 4) условљавање закључења уговора тиме да друга страна прихвати додатне обавезе које, по својој природи или према трговачким обичајима, нису у вези са предметом уговора (исто решење нуди и наш ЗЗК у чл. 18.).

¹³ *United Brands v. Commission*, 1978, ECR 207.

¹⁴ *Hoffman-La Roche v. Commission*, 1979, ECR 46.

¹⁵ У образложењу суда наводи се да се злоупотреба, као објективан појам, односи на понашање компаније у доминантној позицији које је такво да утиче на структуру тржишта на коме је, као резултат присуства компаније у питању, конкуренција битно ослабљена и које, прибегавањем методама различитим од оних које би условила нормална конкуренција у производима и услугама, има за последицу спречавање одржавања постојећег степена конкуренције на тржишту или њен раст.

¹⁶ У осталим земљама чланицама ЕУ, удео на релевантном тржишту за стицање доминантног положаја креће се од 33, 3% до 40% за појединачног учесника, односно од 50% до 60% за више учесника на тржишту.

случају је Комисија у обавези да докаже постојање доминације. Закон о заштити конкуренције, по угледу на релевантне прописе ЕУ, регулише и колективну доминацију која настаје у ситуацији када два или више независних учесника, који су на релевантном тржишту повезани економским везама, остварују доминанту позицију на начин да заједнички делују као један учесник на тржишту. Претпоставка колективне доминације је да је њихов укупан удео на релевантном тржишту већи од 50%, узимајући у обзир уделе конкурената.¹⁷

Да би се учешће на тржишту узело као једини критеријум доминантности, компанија мора да има удео већи од 75%. Тамо где је удео мањи до 50% узимају се у обзир и други параметри, као што је учешће конкурената на тржишту, препреке за улазак на релевантно тржиште и томе слично. Могли бисмо рећи да, уколико је учешће на релевантном тржишту веће од 50%, постоји претпоставка доминантности. У поменутом случају *United Brands*, УБС је био проглашен доминантним са учешћем на тржишту од 45%. Исто тако, велика учешћа на тржишту сама по себи нису показатељ тржишне моћи. И обрнуто, компаније са релативно малим свеукупним учешћем на тржишту могу имати огромну тржишну моћ у посебним околностима. Као један од интересантнијих примера те врсте је случај *Konica/Minolta*¹⁸ где је дошло до удруживања ове две компаније. На релевантном тржишту учесници имају заједнички тржишни удео 10-15%, као, уосталом, и други конкуренти на тржишту. Дакле, у делу који се односио на производњу и продају фото опреме није било индиција да би то могло негативно утицати на конкуренцију. Комисија је, анализирајући остале релевантне параметре, утврдила да у погледу једног производа, који је служио за мерење осветљења пре фотографисања, удружене компаније имају удео 65-75% на европском и 75-85% на светском тржишту. Установљено је, такође, да једина конкурентска компанија учествује на тржишту са уделом од 25%. Како је постојала основана сумња да оваква концентрација није компатибилна са заједничким тржиштем и да се тиме утиче на ефективну конкуренцију од Конике је захтевано да отуђи целокупан удео у акцијама.¹⁹

Као што се из примера могло видети доминантну позицију могу имати две или више компанија које су међусобно независне, али које представљају економску целину, иступајући на одређеном тржишту као колективни ентитет. Отуда и израз „колективна доминација“.²⁰ Да би постојала колективна

¹⁷ Чл. 17. ЗЗК.

¹⁸ *Konica/Minolta*, case No Comp/M 3091.

¹⁹ *Konica* је већински акционар компаније *Seconic* са 38,57% акција. Ако се узме у обзир да други по реду акционар има мање од 5% акција, очигледна је њена доминација. Коника је, по одлуци Комисије, била у обавези да отуђи свој удео у акцијама *Seconic*-а како би се поново успоставила ефективна конкуренција на тржишту.

²⁰ Чл. 82. Уговора о оснивању забрањује „било какву злоупотребу од стране једног или више предузећа на доминантној позицији“, што је формулација која оставља места могућности да неколико компанија заједнички држи доминантну позицију и да она може бити злоупотребљена или колективно или од стране бар једне од компанија укључених у то.

доминација није неопходно да између компанија постоје одговарајуће уговорне везе. Довољно је да постоји уски олигопол у коме је прећутни споразум могућ.²¹

У случају *Airtours/First Choice* британска туристичка агенција *Airtours*, која организује туре и обезбеђује готове аранжмане, намеравала је да купи свог конкурента *First Choice*. Комисија, која је обавештена о могућој трансакцији, одлучила је да спречи куповину из разлога што би то довело до колективне доминације на тржишту готових аранжмана у УК. У образложењу ове одлуке истиче се да „није обавезан услов за колективну доминацију да се олигополисти увек понашају као да постоји један или више изричитих споразума међу њима (на пример да се утврде цене или капацитети или да се подели тржиште). Довољно је да је интеграција рационална за олигополисте, у покушају да се прилагоде тржишним условима како би радили појединачно, на начин да битно умање конкуренцију и тако опстану независно од конкурената, купаца и потрошача.“²²

У случају *United States v. General Electric Co.* Комисија је тврдила да је *General Electric*, комбиновањем доминантне позиције на тржиштима авионских мотора са *Honeywell*-ом, такође једном од доминантних компанија на неколико авио-тржишта, успела да понуди пакет производе по нижим ценама коју конкуренти нису могли да прате, што је за последицу имало елиминацију конкуренције и јачање доминантне позиције *General Electric*-а. Иначе, ова широко диверсификована корпорација остварује годишње приходе који премашују 125 милијарди \$ годишње. У области авијације, чиме се овај случај и бави, она производи авионске моторе и има доминантну позицију на неколико таквих тржишта. Конкуренти на овом тржишти су јој *Pratt & Whitney* (P&W) и *Rolls Royce* (RR). *Honeywell* је водећа авио-технолошка компанија са приходима на годишњем нивоу око 23 милијарде \$. Иако се овде, неспорно, радило о хоризонталном повезивању које за циљ има елиминацију конкуренције, у фокусу пажње били су првенствено тзв. конгломерацијски ефекти. У образложењу одлуке Комисије наводи се: „Као резултат овог удруживања интегрисана јединица ће бити способна да одреди цену својих пакет аранжмана на такав начин који ће навести купце да купе *General Electric* моторе и *Honeywell*-ове производе, уместо оних које нуде конкуренти и на тај начин ће повећати комбиновани удео ове две компаније на оба тржишта... Упаковане понуде интегрисане јединице ће испољити своје ефекте након што се интеграција спроведе. Због неспособности да парирају скупу понуда, добављачи делова ће изгубити акције на тржишту и доживеће непосредну штету кроз смањење профита. Коначно, интеграција ће највероватније довести до гашења тржишта на постојећим авио-платформама, а затим и до елиминације конкуренције у овим областима.“

²¹ Утврђено је да на тржиштима са олигополском структуром, свака компанија одређује сопствену стратегију пословања водећи рачуна о својој конкуренцији. Када говоримо о прећутним споразумима (којих је неупоредиво више у односу на споразуме сачињене у форми уговора, из разлога што они спадају под картелну забрану и њихов садржај је лако доказати) они се могу појавити у различитим формама почев од усменог споразума, прихваћених услова пословања, договорених услова продаје, утаначења, центлменског споразума итд.

²² *Airtours* се жалио на одлуку Комисије, са образложењем да је Комисија погрешила у процени да би интеграција довела до колективне доминације на тржишту готових аранжмана. Првостепени суд је поништио одлуку Комисије из разлога што она није доказала да би, у наведеном случају, концентрација изазвала колективну доминацију, која би значајно омела ефективну конкуренцију. У образложењу судске одлуке наводи се да су потребна три услова како би се колективна доминација могла окарактерисати као таква.“ Прво, сваки члан доминантног оли-

Стратегије за злоупотребу доминантне позиције

Под злоупотребом доминантног положаја подразумева се неконкурентско понашање, којем доминантна компанија прибегава не би ли одржала или увећала своју позицију на тржишту. Овакво понашање је, сагласно чл. 82. Уговора, забрањено с обзиром да штетно утиче на конкуренцију. Као неки од примера злоупотребе наводе се: неправедно одлучивање о ценама, рестрикција обима производње и наметање дискриминаторских услова приликом пословања са партнерима.

Да би очувале доминантну позицију компаније могу да разраде и примене велики број стратегија.²³ Све оне могу се сврстати у три категорије:

1. стратегије спречавања уласка на тржиште;
2. стратегије истискивања конкуренције са тржишта;
3. стратегије усмерене на повећање конкуренцијских трошкова.

Ниједна од поменутих стратегија, сама по себи, не представља злоупотребу или бар не би требало да то буде. Снижавање цена, рекламирање производа и томе слично, део су уобичајених пословних стратегија. Шта је онда оно што разликује конкурентско пословање од неконкурентског? Да бисмо добили одговор на ово питање потребно је размотри горе поменуте стратегије.

Стратегије спречавања уласка на тржиште. Компаније могу да злоупотребе своју доминантну позицију тако што ће спречити потенцијалног конкурента да се појави на тржишту. Стратешке баријере уласка на тржиште дизајниране су тако да утичу на пословање потенцијалних ривала. Примери ових баријера су: повећање производње, превентивна иновација, одлагање, велико инвестирање у маркетинг или разликовање производа. Да би ови поступци постали део успешне стратегије, компанија мора да има одговарајућу тржишну моћ. Како оваква стратегија функционише? Узмимо за пример одлагање. Доминантној компанији се може исплатити да сачека са представљањем новог производа и „цеди“ производ који већ доноси зараду, све док улазак новог играча на тржиште не постане стварна претња. Да би била спремна да се супротстави новом конкуренту она мора истог тренутка да понуди нешто ново. Када се потенцијални конкурент појави на тржишту, доминантна компанија пласира

гопола мора да зна како се остали чланови понашају како би надгледао спровођење заједничке политике... Мора, стога, да постоји довољна тржишна транспарентност за све чланове доминантног олигопола, како би имали увид у то какво је понашање осталих чланова на тржишту. Друго, прећутна координација међу компанијама мора бити временски одржива, односно мора да постоји узајамни подстрек како се не би одступало од заједничке политике на тржишту.“

²³ Више о томе види: J. Ordovery and G. Saloner, *Predation, monopolization and antitrust*, 1989, The Handbook of Industrial Organization, Amsterdam: North-Holland, стр. 241.

свој нови производ, чиме скреће пажњу са њега.²⁴ Последице ове стратегије сличне су онима које су узроковане предаторским формирањем цена.²⁵

За разлику од предаторског одређивања цена, „предаторско имитирање производа“ не мора бити засновано на нижој цени од оне коју је формирао нови конкурент. Довољно је лансирати имитацију производа, који је у исто време и његова замена, наплатити исту цену и умањити потражњу за тим артиклом, чиме ће конкуренту опстанак на тржишту постати неодржив као непрофитабилан. То може имати и далекосежније последице, уколико доминантна компанија изгради „реваншистичку“ репутацију, тиме што ће на сличан начин покушати да спречи улазак на тржиште сваког будућег конкурента, што може обесхрабрити потенцијалне нове играче да се уопште и појаве.

Још један пример стратегије спречавања уласка на тржиште је тзв. „банкирање у маркетинг“, где компаније претерано улажу у маркетинг производа (сетимо се само кампања за CocaCola и Pepsi). У стварности, готово је немогуће разликовати антиконкурентску рекламу од обичне. Из тог разлога, овакво рекламирање чини виталан део стратешких баријера уласка на тржиште за нове играче, допуштајући и употребу других елемената.²⁶

Стратегије истискивања конкуренције са тржишта су уједно и најчешће коришћене. Усмерене су на наношење штете конкуренцији, при чему је напуштање тржишта крајњи циљ. Објашњење, зашто напуштање тржишта није *sine qua non*, лежи у томе што доминантна фирма профитира уколико нанесе штету конкуренту у тој мери да он постане мање успешан у свом пословању. Стратегије, чији је циљ истискивање конкуренције са тржишта, приморавају већ присутну компанију да се унапред излаже трошковима, што их разликује од стратегија усмерених на повећање конкурентских трошкова.

Постоје два главна начина за истискивање конкуренције са тржишта: предаторско формирање цена и одузимање имовине. Остале варијанте, као што је дискриминација цена, могле би се подвести под предаторство, с обзиром да

²⁴ Као пример наводи се издавачка индустрија – тржиште часописа. Креирање новог часописа је често усмерено на стварање новог тржишног сегмента. Стога пласирање новог часописа може да се протумачи као покушај разликовања производа. За доминантну компанију пласирање новог производа неће бити нарочито значајно уколико то не утиче на постојећи тираж и не умањује њене приходе. Ипак, уколико се нова компанија појави на тржишту са часописом новог формата и оригиналне садржине, разумна реакција већ популарног издавача би била да „избаци“ на тржиште часопис сличних карактеристика и тиме онемогући конкурента да на истом опстане. Види: D. Mueller, *Dalusions regarding the proper role of markets and antitrust policy*, 2001, Review of Industrial Organization, бр. 20, стр. 1523.

²⁵ Под предаторским формирањем цена подразумева се намерно обарање цена сопственог производа до нивоа који остали конкуренти не могу да прате, како би се истиснули са тржишта.

²⁶ Доминантне компаније приликом коришћења ове стратегије најчешће комбинују више елемената. У конкретном примеру, антиконкурентско рекламирање комбиновано је са стратешким разликовањем производа. Више о томе: Н. Hovenkamp, *op.cit.*, 1999, 2nd.edn, St Paul, Minn: West Publishing Co., стр. 281.

је дискриминација цена антиконкурентска само ако је у основи предаторска. Историјски случај предаторског формирања цена је *Standard Oil* ²⁷ где је компанија креирањем цена на поменути начин остварила готово 90% учешћа на тржишту.

Предаторско формирање цена подразумева њихову редукцију, која је исплатива само због додатне тржишне моћи коју предатор добија елиминацијом, кажњавањем или неком другом инхибицијом својих постојећих или потенцијалних конкурената. Краткорочно посматрано, потрошачи могу бити на добитку због нижих цена, али у дужем периоду ослабљена конкуренција ће довести до повећања цена, нижег квалитета или суженог избора производа. Као што се претпоставља и предаторство није лако доказати. Чињеница да нека компанија послује са губитком није довољна да укаже на предаторско формирање цена. Да би се могло говорити о предаторству оно мора бити унапред изводљиво (тј. засновано на очекивању или предвиђању) и накнадно остварљиво (ретроспективно гледано). То значи да мора да постоји претходни план којим предатор очекује да надокнади своје почетне губитке. Коришћење примењене теорије игре може помоћи у идентификовању услова под којима је предаторство, уствари, рационално пословање једне доминантне компаније која има за циљ увећање профита. Накнадна остваривост плана огледа се у искључивању конкуренције и пост-предаторским условима тржишта који омогућавају надокнаду трошкова у будућности.

Губици, којима је компанија била изложена услед примене предаторске стратегије, се некако морају надокнадити. У случају да је немогуће надокнадити губитке, због већ постојеће или потенцијалне конкуренције, стратегија предаторства пада у воду. Повраћај новца је могућ, једино, ако постоји ефекат одстрањивања конкуренције. До тога, најчешће, долази кад цене на предаторском тржишту порасту изнад конкурентског нивоа. У комплекснијим окружењима, до надокнаде се долази другим путевима (нпр. подизањем цена допунских или уско повезаних услуга).²⁸

Да би се могла направити разлика између предаторства и уобичајених пословних поступака који воде снижавању цена производа или услуга, треба разлучити следеће: да ли су огромни добици које доминантна компанија остварује последица формирања нижих цена, постоје ли алтернативни начини да се достигну такви добици и да ли се то одражава на побољшање квалитета производа (или искључиво на увећање профита).

²⁷ *Standard Oil*, 1911, 221 UC 1. Овај случај подстакao је расправу и о многим каснијим сличним случајевима (познат је случај *Brooke Group v. Brown & Williamson Tobacco Corporation* из 1993 године, 509 US 209). Подсетимо се америчког приступа и познате чикашке школе (*Chicago School logic*) која је „ватрено“ заговарала став да предаторство није рационално и да не вреди дизати велику прашину око тога.

²⁸ P. Bolton, J. Brodley, J. and M. Riordan, *Predatory pricing: strategic theory and legal policy*, 2000, *The Georgetown Law Journal*, бр. 88, стр. 2239-2246.

Америчка теорија је разрадила,²⁹ а судови касније применили, економски тест на основу кога се може препознати предаторско понашање. Најчешће коришћени стандарди су укупна цена и просечни варијабилни трошкови. Уколико компанија наплаћује цене које су испод њених варијабилних трошкова, судови ће моћи да санкционишу такво понашање као предаторску праксу.³⁰ Уз то је потребно доказати и да је компанија краткорочно жртвовала свој профит у намери да дугорочно задржи тржишну моћ. Насупрот томе, када компанија наплаћује цену која покрива њене варијабилне трошкове при чему остварује и извесну зараду, такво понашање третира се као легално.³¹

Када погледамо европску судску праксу, уочавамо разлику у гледиштима. Осим чињенице да доминантна компанија наплаћује цене које не покривају њене просечне варијабилне трошкове, претпоставка о предаторском понашању постојаће и у случају када оваква компанија наплаћује цене које су изнад просечних варијабилних трошкова, али испод укупних трошкова.³²

Са становишта америчких анимонеполских органа, понашање ће бити санкционисано у одсуству економског резона. Дакле, уколико не постоји економско оправдање за неки од претходних поступака доминантне компаније, а коначни исход је елиминисање конкуренције, санкција је неминовна.

Поред предаторског формирања цена, други начин за истискивање конкуренције са тржишта представља одузимање имовине. Као стандардни пример узима се вертикално интегрисана компанија. Конкурентима из нижих кругова је потребно улагање од монополиста из виших кругова како би обављали своју делатност. Доминантне компаније из виших кругова могу одлучити да уложе средства под толико неповољним условима да конкуренти остану без своје имовине. У мање екстремним случајевима имамо пример повећања конкуренцијских трошкова, при чему конкуренција неће бити елиминисана, али је суочена са отежавајућим околностима.³³ Постоје и други начини за одузимање имовине конкуренцији. Примера ради, компаније могу да

²⁹ P. Alreeda, & D. Turner, *Predatory pricing and related practices under section 2 of the Sherman Act*, 1975, *Harvard Law Review*, бр. 88, стр. 697-713.

³⁰ У поменутом случају *Brooke Group v. Brown & Williamson Tobacco Corporation* (1993), суд је заузео став да се одређено понашање може окарактерисати као предаторско уколико: 1) наводна предаторска цена буде испод њених варијабилних трошкова; и 2) наводни предатор испољи „претећу могућност“ да ће бити у стању да надокнади своје губитке кроз монополистичке цене када конкурентске компаније напусте тржиште.

³¹ P. Bolton, J. Brodley and M. Riordan, *op.cit.*, стр. 2241.

³² *Ибид*, стр. 2244.

³³ Узмимо за пример сектор телекомуникација. Постојећа компанија из виших кругова је власник мреже и обезбеђује услуге и у нижим круговима. Конкуренцији из нижих кругова је потребна мрежа да би понудила своје услуге. Доминантне компаније могу довести конкуренцију из нижих кругова у неповољан положај, на начин што ће им понудити вишу цену за приступ мрежи од цене коју она већ плаћа, што доводи у питање њен опстанак на тржишту.

одбију сарадњу, одобре ексклузивна права или дискриминишу цене. Исто тако, компаније могу да утичу на гранична тржишта, уколико су она, на одређени начин, повезана са релевантним тржиштем на којем оне већ имају тржишну моћ. Нпр. компанија Microsoft има доминантну позицију на тржишту оперативних система. Она може да користи своју моћ да преузме контролу над граничним тржиштем претраживача, на начин што ће одбити сарадњу, онемогућити приступ тржишту или применити неку од поменутих стратегија за елиминацију конкуренције.

Стратегије усмерене на повећање конкуренцијских трошкова. За разлику од претходно поменутих стратегија, које су захтевале излагање компанија великим трошковима и ризику, њена предност је у томе што су трошкови које доминантна компанија унапред сноси сведени на минимум. Стога, компанија која успе да повећа конкуренцијске трошкове, осим што је сама изложена мањим трошковима, може одмах да оствари и добит.³⁴

У случају *Microsoft*³⁵ разлог за осуду састојао се у наводној елиминацији конкуренције, комбиновањем предаторског начина пословања са стратегијом повећања конкуренцијских трошкова. Овај случај је интересантан из више разлога. Са економске тачке гледишта, обезбеђује нам добар тест конкуренцијске политике у „новој економији“, а правно гледано показује како је танка линија између неконкурентског понашања и уобичајеног пословања. Microsoft је интегрисао Internet Explorer у Windows Explorer, учинивши га саставним делом оперативног система Windows над којим има монопол. Пракса компаније била је да купцима оперативног система Windows у пакету продаје и софтвер за претраживање Интернета. Microsoft обезбеђује оперативни систем нижег квалитета, уколико се користи неки други претраживач уместо Internet Explorera. Чак и под претпоставком да Internet Explorer није интегрисан у оперативни систем, кад би га произвођач инсталирао на новом компјутеру то би увећало трошкове конкурентског претраживача.

Фокусирањем на потенцијалне Microsoftove стратегије, дошло се до закључка да је Microsoft користио уговорене споразуме како би искључио конкуренцију. Један од таквих је споразум који је настао између Microsoft-а и Internet Service providera (ISP), где се Microsoft обавезао на давање погоднијих услова ISP-у. За узврат, ISP се обавезао да својим корисницима одбије приступ конкурентским претраживачима.

Мултинационалне компаније као антипод конкуренције

Нагли развој глобализације пословања узроковао је пораст конкуренције на међународном тржишту. Укупна привреда и геополитика двадесетог века

³⁴ Види: Н. Hovenkamp, *op.cit.*, стр. 187.

³⁵ *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F. 3d 34 (D.C.Circuit 2001).

заснована је на интересима јаким финансијских центара и најмоћнијих компанија, као и нафтних и банкарских кругова. Мултинационалне компаније су економски и политички ојачале у тој мери да су постале један од главних инструмената неоколонијалистичке експлоатације, нарушавања суверенитета и ограничавања независности многих земаља.³⁶ По дефиницији, мултинационална компанија је трговачко друштво или група трговачких друштава (*group of companies*) с пословним субјектима у две или више држава. Структура им је таква да могу бити основане у једној држави, с продајним местима, производним погонима, пројектима заједничког улагања (*joint-venture*) у другој држави, или од одређеног броја трговачких друштава у различитим државама које су повезане међусобним држањем акција. Проширивањем граница тржишта ван граница државе путем привредне глобализације, концентрација тржишне моћи се неизбежно помера ван оквира државе. Као резултат тога управне одлуке се са државних структура преносе на мултинационалне корпорације, које по својој природи служе интересима својих главних акционара.

Глобализацијски тренд светске повезаности омогућен напредном технологијом, промењени политички, друштвени и економски оквири, чини се да су највише погодовали мултинационалним компанијама. Промењеном економском политиком акценат је стављен на маркетинг, што значи да компаније уместо производа продају име.³⁷ Компаније често остављају у својим домицилним земљама само њену управу, док се производња сели у друге земље због јефтиније радне снаге. Економска глобализација, кроз процес интензивирања слободних трговинских токова и успостављање слободе кретања људи, капитала и информација отворила је врата крупном капиталу.³⁸ Од тада, мултинационалне компаније се не устручавају да предузму све што сматрају потребним да заштите своје монополске интересе и убеде светску јавност да је и економски, а и сваки други рат, легитимно средство у заштити слободне трговине, капитала, знања и свега осталог што доприноси увећању профита. Двоструки стан-

³⁶ A World Bank policy research report, *Globalization, growth and poverty: building an inclusive world economy*, Oxford University press, NY, 2002.

³⁷ Према статистици Привредне коморе Србије, од четири хиљаде производа колико је заведено у Европском регистру индустријских производа, у Србији се производи мање од половине. Док се неке производе не исплати производити, јер су јефтинији ако стигну из увоза, постоје и производи за које Србија нема сировинску основу за производњу, па би сировине морале да се увозе. Велики број наших компанија је пропао због уласка великих мултинационалних компанија, а један од примера јесу и биоцидни производи намењени за пољопривреду, који се данас производе чак у 70% мањој мери него што је то било пре две године. Да су комплетну производњу преузеле иностране компаније, говори и податак да се белгијско вино на нашем тржишту продаје за 200 динара, из разлога што Белгија има веће подстицаје, за разлику од произвођача вина у Србији, чије се вино не може купити испод цене од 300 динара. Подаци објављени у часопису Економија, под називом „Мултинационалне компаније уништиле српску производњу“, 3. маја 2012. године.

³⁸ Globalisation guide, *Why is there global inequality and is it getting worse?* <http://www.globalisationguide.org/03.html>

дарди оличени, с једне стране, у слободној трговини чији су репрезенти богате земље и омогућавање, с друге стране, коришћење протекционистичких мера чине да нелојална конкуренција постане легитимни модел понашања моћних привредних субјеката, а монопол добије међународни предзнак.

Уместо закључка

Антимонополске организације широм света теже да одрже ефективну конкуренцију на тржиштима, супротстављајући се картелима, ограничавајући понашање компанија које су недовољно дисциплиноване јаким конкуренцијом и контролишући њихово удруживање. Тај задатак није нимало лак. У недостатку конкретних критеријума и правила тржишног понашања оставља се простор за њихова индивидуална тумачења, што додатно ствара могућности злоупотреба на различитим нивоима, применом посебних стратегија које су у тој мери суптилне да их је тешко разликовати од уобичајеног понашања на тржишту и још теже доказати. Проблем постаје још очигледнији када се има у виду да већина законодавстава, са обе стране Атлантика, прописује забрањена тржишна понашања на сумаран начин, а њихова конкретизација се препушта судовима. Тиме се проблем само преноси на нижи ниво где судови, у недостатку конкретних правних правила, решавају спорове *ad hoc*. Теорија о слободном јединственом тржишту, као упориште похода међународног капитала, мањкава је утолико што се о јединствености тржишта може говорити само тамо где постоје јединствени законски прописи за све учеснике у тржишној утакмици. Глобализовање привредних и управљачких структура доводи до укидања саморегулаторне улоге националних тржишта, а наднационалне привредно-управљачке структуре постају доминантни регулатори привредних и друштвених токова. Прогнозе су да би огромна концентрација капитала наредних година могла да достигне такав степен економске и финансијске моћи да ће бити у стању да контролише државне институције, па чак и оне међународне.

Milena Jovanović-Zattila, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

THE CONDUCT OF BUSINESS ENTITIES IN THE CIRCUMSTANCES OF UNFAIR COMPETITION

Summary

In this article, the author deals with the issue of unfair competition and the dominance of business entities generated as a result of the economic and political globalization, in the course of which the national markets are being transformed into a single internal market. The significant change in the role of the national state and the demanding process of deregulation demonstrate that the state has been losing power to control the economic activities in its respective territory. Economy and the free market have lost their original significance and they are turned into an attempt to unify the world, where we may bear witness to the process of institutionalization of the corporate dominance. In this article, the author analyses the cases of abuse of the dominant position of corporate entities in the market, which ultimately points to the trend of creating an international monopoly. The globalization of economic and administrative structures leads to abolishing the self-regulatory feature of the national markets whereas the supranational economic and administrative structures assume the position of dominant regulatory authorities in the contemporary economic and social developments. In such a world, fair competition seems to be regarded as a redundant and excessive luxury.

Key words: *business entity, (un)fair competition, free market, monopoly, globalization.*

ПРИВРЕДНА ДРУШТВА СЛОБОДНИХ ПРОФЕСИЈА: СПЕЦИФИЧНОСТИ, ПРЕДНОСТИ, МАНЕ, ПЕРСПЕКТИВЕ

Проф. др Драгана Кнежић - Поповић*

Апстракт: Аутор у раду разматра друштва слободних професија као специфичну, хибридную категорију привредних друштава. Појава ових друштава, првенствено друштава капитала у слободним професијама, новији је феномен извесних правних подручја и култура. Овај феномен је одраз еволуције која је већ раније захватила слободне професије, а које су морале да се прилагоде потребама модерне привреде. Стога тема позива на истраживање резултата ове еволуције. Акцент је стављен на истраживање специфичних решења за ову врсту друштава у односу на стандардна привредна друштва, као и очекиване предности и мане. Као модел су послужила решења француског права, јер је француски законодавац отишао најдаље у развијању идеје ове врсте друштава и поставио оријентир за евентуални будући законодавни рад у упоредном праву.

Кључне речи: привредна друштва, слободне професије, еволуција, привредне потребе, облик обављања делатности, врсте чланова.

Увод

Слободне професије остале су вековима строго супротстављене било каквом групном обављању под изговором самосталности њихових носилаца и заштите деонтологије. Тек пре пола века почеле су да се дешавају промене, а онда је наступило вртоглаво убрзање еволуције асоцијативних форми. Огроман технички напредак, неопходност повезивања капитала, све уочљивија комплексност делатности саветника која немеће специјализацију, интернационализација односа, давање предности младима који беже од тежине навика и обичаја – све ово водило је ка нужности рада у групи, у почетку, веровало се, монопрофесионалној, а затим неминовно и интерпрофесионалној.

Утицаји су дошли из САД, где већ дуго егзистира посебно скројен облик друштва за заједничко, корпоративно обављање професија, *Professional*

*Проф. др Драгана Кнежић - Поповић, ванредни професор, Правни факултет Универзитета Унион у Београду.

Corporation или *Professional Service Corporation*¹. У Европи и континенталном правном кругу, у настојању да се одговори на економске императиве и да се суочи са међународном конкуренцијом, прекоатлантском и оном преко *La Manch*-а, појавила се слична потреба. Еволуција је започела најпре у Француској уређивањем грађанских професионалних друштава посебног типа којима је додељен субјективитет и обавеза регистрације. Овај облик груписања није фундаментално променио ситуацију у слободним професијама, јер није представљао механизам за концентрацију капитала и људи, већ је остао на принципима професионалне логике и последица које отуда произлазе (обавезни удели у раду, потпуна транспарентност која одражава директни лични однос професионалца и клијената, егалитаристичке тенденције). Следећи корак направљен је такође у Француској 1990. године усвајањем закона о друштвима слободних професија². Предвиђене су следеће форме друштава, посебно прилагођене слободним професијама: SELARL – друштво са ограниченом одговорношћу (новија скраћеница – SARL); SELAFA - акционарско друштво (новија скраћеница – SA); SELCA – командитно друштво на акције. У посебном поглављу предвиђено је и SEPEL – ортакчко друштво, али оно као друштво лица није изазвало већи интерес с обзиром на чињеницу да је модификовано грађанско професионално друштво задовољавало потребе ове категорије друштава. Од 2001. године овом списку додата су SELAS – поједностављено акционарско друштво (новија скраћеница SAS) као и друштва за финансијско учешће у слободним професијама – SPFPL, ово последње може деловати у сва четири напред поменута облика друштва капитала³. Дакле, тежиште овог законодавног решења је на друштвима капитала посебног типа и управо је њихова појава у свету слободних професија представљала велику новину. Идеја о специфичним привредним друштвима својственим слободним професијама ширила се даље (Немачка⁴, Холандија⁵, Белгија⁶, Квебек⁷ итд.). Упоредноправно, разли-

¹ Hölscher, Christoph, *Die Professional Corporation – die "amerikanische Form der partnerschaft"*, *Recht der Internationalen Wirtschaft, Betriebs-Berater International*, 7/1995, стр. 551-553.

² Loi n. 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de société des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé - н. 90-1258 од 31. децембра 1990, JORF 5 janvier 1991, p 216 (Dernière modification : 24 mars 2012).

³ Loi n. 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, JORF du 16 mai 2001, p 7776; Loi n. 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant sur les mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier – MURCEF, JORF n°288 du 12 décembre 2001, p 19703.

⁴ Partnerschaftsgesellschaftsgesetz vom 25.07.1994, BGBI. 1994, I, 1744; Hölscher, Christoph, *op. cit.*, стр. 551.

⁵ Quintus J. Marck, *Le notariat aux Pays-Bas*, у: Léon Raucent *et alia*, *Notariats d'Europe, du Quebec et du Zaire*, Деиетиème volume, Université catholique de Louvain – collection PATRIMOINE, volume XI, Academia –Bruylant, Louvain, 1991, стр. 490.

⁶ Npr. Les lois du 4 mai 1999 modifiant la loi du 25 ventôse an XI contenant organisation du notariat - Les lois du 4 mai 1999, mod. 22 décembre 2003, 16 juillet 2004, 27 décembre 2004, 10 juillet 2006, 1 mars 2007, 23 mai 2007, 18 juillet 2008, 4 mai 2009, 23 octobre 2009, *Moniteur belge* n.376/2009, Publié le : 2009-11-16 (Ed. 1). Section III : Des sociétés de notaires, чл. 50-53.

⁷ Roy, Alain, *Notariat et multidisciplinarité: reflet d'une crise d'identité professionnelle?*, *La Revue du*

ке постоје, што је и очекивано с обзиром на снажнију или слабију традицију слободних професија у једној култури, привредни амбијент као и разноликост решења права друштава у националним правима.

Друштва слободних професија су хибридне творевине, јер је делатност слободних професија по природи грађанска, а потпадају под законодавство привредних друштава. Задржавају од грађанских друштава карактер делатности, имају нешто од задружних елемената солидарности, а од привредних друштава преузимају њихове основне елементе (уговор о оснивању/оснивачки акт, заједнички циљ, *affectio societatis*). Дакле, сва рестриктивна правила која их уређују нису плод концепцијске некохерентности већ произлазе из нужности успостављања компромиса између захтева економске ефикасности и имепротива професионалне етике. Стога се у свим оним правним системима где су прихваћена и уређена законодавац труди да успостави добру равнотежу између захтева садашњег времена и дуга према традицији⁸.

Ова специфична привредна друштва требала су да остваре неколико циљева: понуда онима који обављају слободну делатност или се тек припремају за то једне нове структуре прилагођене њиховим потребама, модернизација финансирања професија, повољније опорезивање улагања капитала, боље организовање имовинске одговорности независно од професионалне, а представљала су и први корак ка интерпрофесионалности. Међутим, требало је одговарајућим решењима отклонити страх од преокрета у вршењу слободних професија, јер је увођење нарочито друштава капитала, која почивају на логици капитала а не на професионалној логици, отварало пут ка промени саме природе слободних професија. Отуда се сваки законодавац морао побринути да опрезно одабере правни режим ових друштава који ће одговарати привредном и правном амбијенту државе као и својственим правилима одређеним да штите идентитет слободних професија. Ми ћемо га пратити на примеру Француске, која је, чини се, отишла најдаље у развијању идеје друштава капитала у слободним професијама и поставила неку врсту оријентира за оне елементе који обележавају ова друштва.

1. Специфичности

Обим овог рада не допушта да се образлажу све посебности ове врсте друштава. Стога се задржавамо само на оним најзначајнијим, а и оне ће бити изложене крајње поједностављено. Почећемо од разлога специфичности.

A. Разлози специфичности

Потреба да се заштите традиционално карактеристичне црте слободних професија - некомерцијалност, независност и етика - условила је специфична

Notariat, Montréal, Vol. 106, mars 2004 1, стр. 1 и даље.

⁸ Champaud, Claude, *Chroniques de législation et de jurisprudence françaises, Sociétés d'exercice liberal (SEL)*, Revue trimestrielle de droit commercial (RTD com) 1/1991, стр. 62.

решења за ова привредна друштва. Другим речима, потреба да логика капитала и профита не освоји све, на штету професионалне логике, захтева одступања од традиционалних решења права друштава⁹.

Иако је њихов статус подвргнут привредном законодавству, делатност ових друштава није привредна већ задржава грађанску природу. Ова друштва могу да обављају делатност само преко својих чланова квалификованих за обављање професије за коју су регистрована. Услуге које пружају чланови професионалци су личне и интелектуалне, сваки од њих има директан однос са клијентом, а овај се ослања на његово знање и савесност¹⁰.

Самосталан рад као једна од основних карактеристика слободних професија вековима је била изговор за свако супротстављање групном раду. Као и слобода, која је њен основ, слободна професија носи у себи дух слободе и незасности, тако да је крхка и осетљива на сваки притисак који их угрожава. А управо обављање у групи/друштву носи са собом напад на независност носиоца те професије. Питање независности се не поставља једино у случају једночланог друштва. За сваки предвиђени облик вишечланог друштва независност професионалног члана мора бити обезбеђена кроз одговарајућа решења о саставу капитала, праву гласа, одлучивању о условима професионалног деловања¹¹.

Најзад, посебност слободних професија о којој право мора водити рачуна је потреба да се оне организују тако да њихови чланови поштују професионалну деонтологију. Професионалне организације израђују деонтолошка правила као аутономна у односу на државни правни поредак. Респектовање професионалне деонтологије је гаранција поверења које су им клијенти указали, али се ово поштовање посебне етике супротставља ономе што се врши у чисто комерцијалном духу. Доиста, и комерцијалне професије понекад дефинишу правила доброг владања (нпр. борба против различитих облика нелојалне конкуренције), али њима доминира принцип слободне трговине, док слободне професије уживају монопол и уређују правила понашања да би оправдале поверење клијентеле¹².

Б. Пословно име друштва

У свакој слободној професији употреба властитог имена или имена оснивача канцеларије је од есенцијалног значаја. Име може да буде одлучујући елемент за осигурање трајања канцеларије. И са деонтолошке тачке гледишта

⁹ Daigre, Jean-Jacques, *L'exercice en groupe monoprofessionnel*, у: Exercice en groupe des professions libérales (France, Europe, Etats-Unis), GLN Joly, Paris, 1995, стр. 59.

¹⁰ Savatier, Jean, *La profession libérale aujourd'hui*, у: Exercice en groupe des professions libérales (France, Europe, Etats-Unis), GLN Joly, Paris, 1995, стр. 11.

¹¹ Daigre, Jean-Jacques, *op. cit.*, стр. 59-65.

¹² Savatier, Jean, *op. cit.*, стр. 14-15.

важно је да нико не може обманути трећа лица позивајући се неосновано на неко познато име. Из свих ових разлога потребно је код ове врсте друштава установити принцип слободе избора пословног имена. То значи да је овде од значаја да законодавац истакне да, уз обавезне елементе, пословно име може да садржи име једног или више чланова који обављају делатност у оквиру друштва, па чак и имена ранијих чланова¹³. У супротном, у пословном имену садржан је изабрани карактеристичан назив друштва.

В. Делатност и регистрација

Ова врста друштава може да обавља делатност само у домену слободних професија. Неку другу делатност изван овог круга не могу да обављају. Једну или више професионалних делатности једно друштво слободних професија може да обавља тек по добијању одобрења од надлежне власти или уписа у именик једне или више професионалних организација.

Мултипрофесионалност је тема за себе. Покренута је само у оним друштвима која, и поред дубоких традиција у слободним професијама, осећају снажан економски страх од „великих кабинета“ из иностранства (нпр. Француска, Холандија, Квебек). У односу на делатност подразумева обављање једног скупа економских операција које, зависно од решења законодавца, могу бити повезане, допунске или различите, увек уз претходно одобрење надлежне власти или одговарајућих професионалних организација.

Регистрација друштва се врши тек по добијању одобрења од надлежне власти или уписа у именик професионалне организације¹⁴.

Г. Капитал и чланови

Генерално у праву друштава, учешће овог или оног физичког или правног лица у основном капиталу једног друштва ствар је воље чланова. Само изузетно, кад за то постоје посебни разлози, законодавац интервенише да би ограничио одређеним лицима приступ капиталу једног друштва. Такав је случај са друштвима слободних професија. Ограничење настаје из разлога да би „анђеоске слободне професије могле вечерати са ђаволом капиталистом, али само дугачком кашиком... Чак и ако треба да иду на „економску вечеру“, да би напредовале, евентуално да се не би угасиле“¹⁵.

¹³ Француски законодавац предвидео је најпре у закону н. 90-1258 од 31. децембра 1990, да у пословном имену може бити садржано једно или више имена старих чланова који су раније обављали делатност у друштву, под условом да именима претходи израз „ранији“. Ова могућност престајала је када више није постојао међу члановима бар један од њих који је обављао професију у оквиру друштва са старим чланом чије име је задржано у пословном имену (чл. 2, ст. 3). Ипак, изменама и допунама овог закона одредба о ранијим члановима је брисана (Loi n. 2011-331 du 28 mars 2011, чл. 31).

¹⁴ Loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles - Loi n° 66-879, JORF du 30 novembre 1966, чл. 2.

¹⁵ Champaud, Claude, *op. cit.*, стр. 62.

Питање расподеле учешћа у капиталу несумњиво је одлучујуће јер треба наћи начина да се заштите они који обављају професију у друштву¹⁶.

Два су важна питања: 1. да ли она лица која уопште не обављају слободну професију могу партиципирати у основном капиталу друштва и 2. могу ли бити власници удела/акција она лица која не обављају професију у том друштву, већ негде другде, у неком другом друштву или путем неког другог облика обављања слободне професије? Решење законодавца мора бити нијансирано. Француски закон н. 90 - 1258 од 31. децембра 1990. понудио је управо такве одговоре¹⁷.

Основно правило је да они који обављају професионалне делатности у друштву треба да представљају више од половине основног капитала и сразмерно томе стичу и права гласа у органима друштва. Овај захтев је императиван и свако мање партиципирање ових чланова води ка престанку друштва. Мањински део капитала могу да представљају друга лица која нису чланови који обављају делатност у друштву. Затим следе нијансирања.

Предвиђено је више изузетака. Најпре, чланови који обављају професију у друштву и који оду у пензију могу у њему задржати чланска права још десет година. Исто тако, наследници преминулих чланова који су обављали професију у друштву могу бити чланови током следећих пет година. Не треба ни сумњати да се око ових изузетака може отворити дискусија. Да ли су они ограниченог домаћаја и да ли представљају напад на независност? Чињеница је да они регулишу изузетне ситуације, покушај су да се избегну евентуалне тешкоће и допуштају заинтересованим лицима да партиципирају само у мањинском капиталу, док већински капитал увек треба да задрже чланови који обављају делатност у друштву. С друге стране, стоји сумња да су рокови од пет и десет година предуги, односно да би било примереније да се ограниче на нпр. једну годину, чиме би се створиле заиста изузетне и привремене ситуације. Тако, поређење са *partnerships*- овима *lawyers*-а у САД каже да у овим последњим смрт једног члана или одлазак у пензију захтева непосредно откупљивање његових удела од стране преосталих чланова, што значи да наследник или пензионисани члан не могу ући или остати у друштву ни један једини дан¹⁸.

Следећа три изузетка могу евентуално нарушити професионални карактер ових друштава. Најпре, члан 5, ст. 1. одређује да мањински капитал може припадати физичким или правним лицима која обављају исту професију, али је обављају изван тог друштва. Опасност лежи у стварању мрежа од стране ове категорије чланова. Затим, члан 5, ст. 5. предвиђа да мањину капитала могу представљати и лица која не обављају исту делатност већ ону која припада истој породици слободних професија (породице правних, техничких и слобод-

¹⁶ Управо је оно било у Француској предмет дугих парламентарних дебата за време изгласавања закона н. 90-1258 од 31. децембра 1990. V. Daigre, Jean-Jacques, *op. cit.*, стр. 59-62.

¹⁷ Закон н. 90-1258 од 31. децембра 1990, чл. 5 і 6.

¹⁸ Daigre, Jean-Jacques, *op. cit.*, стр. 61.

них професија у здравству). Нпр. један адвокат може имати учешће у мањинском капиталу нотарског друштва. Треба нагласити да овде није реч о допуштању обављања више комплементарних делатности у оквиру друштва, јер би значило интерпрофесионалност. Опасност од ове категорије чланова долази у случају када утицај чланова са мањинским учешћем може да наруши основне карактеристике делатности друштва. Нпр. може да се доведе у питање стварна независност једног нотарског друштва у чијем мањинском капиталу партиципира једно друштво адвоката које је великог националног или међународног угледа и које је у могућности да оријентише према себи већину његових клијената¹⁹.

У члану 6. закона н. 90-1258 од 31. децембра 1990. предвиђена је још једна категорија могућих чланова: за сваку професију декрет Државног савета може предвидети, водећи рачуна о потребама те професије, могућност да свако физичко или правно лице учествује у капиталу, али да то увек остане испод половине његове вредности, ако се ради о SARL, SAS и SA. Ипак, каснијим изменама закона додат је један изузетак за слободне професије у здравству, где ова врста чланова не може представљати више од четвртине капитала. Када је реч о командитним друштвима на акције, статутима се може предвидети за ова лица проценат учешћа у капиталу већи од четвртине, али увек мањи од половине. Значајна је и одредба да број друштава у којима једно исто физичко или правно лице поседује уделе или акције може бити ограничен, према условима предвиђеним у декрету Државног савета, ако за то постоји потреба у једној професији. Такође, важно је нагласити да одредбе о учешћу у капиталу ових лица изван професије нису примењиве на правне и судске професије. Изузимање ове породице слободних професија било је предмет расправа²⁰. Ипак, чињеница је да су оне и данас посебно третиране у неким важним питањима (нпр. интерпрофесионално деловање)²¹.

Конечно, напред наведена лица која не обављају делатност у друштву не могу користити бенефицију чланства ако им је из неких разлога забрањено вршење професије²².

Француски законодавац је накнадно допустио још једну категорија могућих чланова. Закон н. 2001-1168 од 11. децембра 2001. о хитним мерама за реформе економског и финансијског карактера, кратко назван MURCEF, установио је „друштва за финансијско учешће у слободним професијама“ (SPFPL)²³. MURCEF је чини се коренито изменио правила о расподели капита-

¹⁹ *Ibid.*, стр. 62.

²⁰ Champaud, Claude, *op. cit.*, стр. 66-68.

²¹ Нпр. в. LOI n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées, JORF n°0074 du 29 mars 2011, p. 5447.

²² Чл. 7. закона н. 90-1258 од 31. децембра 1990.

²³ Loi n. 2001-1168 du 11 decembre 2001 portant sur les mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier – MURCEF, JORF n°288 du 12 decembre 2001, p 19703, чл. 31-32.

ла међу различитим категоријама чланова која је већ поставио закон н. 90-1258 од 31. децембра 1990. Наиме, члан 32. закона MURCEF уврштен је као члан 5-1 у закон н. 90-1258 од 31. децембра 1990. и предвиђа да више од половине капитала друштва слободних професија могу да држе и SPFPL. Ова друштва за финансијско учешће могу да буду у свим напред наведеним формама (SARL, SA, SAS, SELCA), већински чланови по капиталу су лица која обављају делатност у друштву или ван њега или неко друштво слободних професија и њихов једини циљ је делатност финансирања једног друштва слободних професија. То су у ствари чисти холдинзи који своју добит остварују искључиво у форми дивиденди пропорционалних њиховом учешћу у капиталу својих филијала. Она не могу обављати неку другу делатност, пружати услуге (нпр. управљање) својим филијалама и стицати накнаде за то. Могу имати финансијско учешће у неограниченом броју друштава слободних професија. Дакле, тиме је отворена могућност да носиоци слободних професија могу да оснују холдинг, а да тај холдинг буде већински члан друштва слободних професија (до 99%). Другим речима, могуће је да они који не обављају делатност у друштву имају над њим потпуну контролу преко SPFPL или чак контролу над неограниченим бројем друштава.

Ови холдинзи, доступни само слободним професијама, разликују се од класичних холдинга који се срећу у свету великих привредних друштава. Наиме, SPFPL које предвиђа закон MURCEF усмерена су искључиво ка једном циљу: финансирање односно стицање удела или акција једног друштва слободних професија. Нису овлашћена да пружају било какве услуге својим филијалама које би биле за узврат наплативе или да послују као мешовити холдинг. Дакле, она стичу добит искључиво путем дивиденди из друштава у која су инвестирани. Не припада им никакво право гласа у органима филијала.

По речима промотера закона, један од циљева увођења SPFPL био је да се омогући носиоцу слободне професије да издвоји из својих прихода средства за финансирање, односно куповину удела или акција једног друштва слободних професија, све са циљем зближавања професионалаца и модернизације структура за обављање професије. Међутим, ова решења представљала су дубоку промену. Могу да доведу у питање независност друштава слободних професија, створе ризик од стварања мрежа и јачања неједнакости између малих и великих друштава, а питање је да ли могу допринети приступу младих својини над уделима или акцијама друштава за финансијско учешће у слободним професијама, што је био такође један од пројектованих циљева. Као најважније, одступила су од основног принципа да већина удела или акција треба да припада оним лицима која обављају делатност у оквиру друштва. Будућност ће показати да ли су нарушила основну идеју закона н. 90-1258 од 31. децембра 1990.

Д. Одлучивање о условима обављања професије

Једна од посебности ове врсте друштава везана је за питање одлука које се односе на одређивање услова обављања професије. Пошто у овим друштвима могу да постоје и они мањински по капиталу чланови који не обављају своју делатност у друштву или пак било која трећа лица, опортуно је предвидети да само они чланови који обављају делатност у друштву учествују у одлучивању о условима обављања професије²⁴.

Б. Акције

Акције друштава слободних професија, која су у форми SA, SAS и командитног друштва на акције, издају се на номиналну вредност. Двоструко право гласа из ових акција могу стећи само они чланови који обављају професију у друштву, али не и други чланови. Када статуту предвиђају издавање акција са двоструким правом гласа, тада их стичу сви чланови напред наведене категорије. Када се акције са двоструким правом гласа преносе из ма ког разлога, губе своје двоструко право гласа ако стичалац није онај ко врши професију у друштву. Приоритетне акције без права гласа не могу поседовати они акционари који врше своју делатност у друштву. Осим права на приоритет у исплати дивиденде у односу на обичне акције у унапред утврђеном новчаном износу или проценту од њене номиналне вредности, евентуална посебна права везана за преференцијалне акције оних акционара који их могу поседовати не смеју да представљају препреку ни за примену правила о расподели капитала и права гласа, нити за правила о одлучивању о условима обављања делатности²⁵.

2. Предности и мане

Друштва слободних професија су један од облика заједничког обављања слободних професија. Дакле, није реч о једноставном заједничком улагању средстава већ о посебном начину деловања. У доктрини се сматра да тај посебни начин деловања има четири основне карактеристике: организација, финансирање, опорезивање и социјална заштита²⁶. Ако се оставе по страни фискални и социјални аспекти који захтевају посебну анализу, остају за разматрање организационоправна својства која показују и предности и мане, унеколико различите зависно од облика друштва и врсте професије.

²⁴ Чл. 12. закона н. 90-1258 од 31. децембра 1990.

²⁵ Чл. 8 и 9. закона н. 90-1258 од 31. децембра 1990.

²⁶ Laurent, Ch.-Vallée, Th., *Sociétés d'exercice libéral (Création – Gestion – Évolution)*, Paris 2001, 3 éd., стр. 27.

Предности би се могле разврстати у неколико ставки.

Најпре, ова врста друштава омогућава носиоцима слободних професија да имовину којом располажу инвестирају у професију. Те потребе за инвестирањем понекад могу да буду значајног обима.

Од значаја је и могућност да се добит реинвестира, што је од посебне важности за оне слободне професије које имају потребе за даљим улагањем и одржавањем рентабилности.

Овај облик организовања дао је могућност да се створе удружења са другим структурама обављања слободних професија, које би можда остале неприступачне ако не би постојала ова варијанта у форми групног обављања у форми друштва.

Такође, изабрани правни облик друштва може да се измени у складу са потребама за капиталом које се могу појавити током постојања друштва. Уопште, могућност избора између више правних форми друштава је значајна предност коју право треба да обезбеди. И не само то. Свака еволуција у правцу модернизације финансирања помаже међународној конкурентности друштва.

Посебно треба указати на могућност да се улагањем у друштво у својству члана мањинског по капиталу одвоји један део имовине који је везан за професију, а који је назависан од оне имовине која се анагажује за потребе личног обављања професије. С друге стране, отварање могућности трећим лицима да улажу у основни капитал друштва, онима која не обављају професију, са разумљивим ограничењима, може да буде фактор дуготрајности друштва.

Друштво омогућава да се уступање удела или акција врши на транспарентнији начин него код других облика заједничког вршења професије.

Најзад, предност може бити и заједничко доношење одлука, а групно обављање може донети напредак у специјализацијама, процењивању достигнутог *savoir-faire* и сл. С друге стране, искључење члана је могуће уколико његово понашање доводи у опасност друштво²⁷.

И мане се могу побројати.

Функционисање је теже и комплексније од индивидуалног обављања професије.

Код ове врсте друштава оређивање минималног основног капитала има смисла. Ако законодавац границу постави високо, то може да представља значајну сметњу²⁸.

Такође има смисла и одређивање минималног односно максималног броја чланова друштва јер окупља професионалце, али и овде оно може да представља за одређене слободне професије велико ограничење²⁹.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Нпр. у Француској је за SARL минимални основни капитал одређен на оптималних 7.500€, али је за SA, SAS и SELCA предвиђено чак 37.000€, што је у првонаведеном примеру предност, а у другом мана. *Ibid.*, стр. 40-44; Rogemond, Adeline, *op. cit*, стр. 79.

²⁹ Нпр. У Француској, за SARL максималан број чланова је 50, за SA минималан број је 3, а

За носиоце слободних професија груписање у форми друштва значи обавезу „дељења власти“. С друге стране може да значи успостављање хијерархије између њих у обављању функција управљања.

Формализам везан за друштва капитала може бити генератор административних трошкова, а и грешака које повлаче последице.

Члан друштва који не успе да нађе купца удела односно акција, поготово ако је то онај члан који обавља делатност у друштву, где се мора водити рачуна о пропорцији чланства и који нужно упућен на потенцијалног стипендијанта који има одређене професионалне квалификације, може да остане заробљен у друштву.

Најзад, ако би законодавац отворио врло широку могућност учешћа у капиталу инвеститорима који не врше делатност, то би могло довести у питање независност професије.

Овај биланс успоставља листу предности и мана вршења професије у облику друштава капитала на генералном плану. Наравно, сваки професионалац који жели да иде овим путем треба да процени све аргументе у једном одређеном контексту, а то значи у једном правном уређењу и одговарајућој култури којима припада као и да их вреднује у оквиру својих личних околности³⁰.

3. Перспективе

Могло би се рећи да је будућност друштава слободних професија истовремено варљива и обећавајућа. Парадоксално! Варљива је најпре због тога што могу постојати значајне правне кочнице које блокирају ефикасно коришћење ове форме друштава. Оне могу бити резултат непотпуне адаптације општег права друштава на посебности слободних професија, а разлози за то су различити. Варљивости доприноси и чињеница да је успех ове врсте друштава врло различит код различитих слободних професија: у домену правних професија немају велики одјек, релативан успех бележе у техничким професијама, док велики успех имају у домену медицинских слободних професија³¹. Обећавајућа је пак због тога што упоредно право показује да законодавци имају свест о напред наведеним кочницама и раде на њиховом смањењу, чак и елиминисању. Такође, ова друштва се све више разумеју као неизбежно средство економског развоја. Елементи који доприносе расту интереса за њих су: облик сузаједничког обављања професије који може да се успешно супротстави конкуренцији, задовољавају потребе инвестирања, омогућавају побољшање квалитета услуга и стицање угледа код клијентеле.

за SELCA 4. Ограничења се могу показати нарочито за слободне професије у здравству. *Ibidem*.

³⁰ Rogemond, Adeline, *op. cit.*, стр. 79-81.

³¹ Ово су подаци из француске праксе. V. Laurent, Ch.-Vallée, Th., *op. cit.*, стр. 14.

Чини се да постоје пре свега психолошке баријере које спречавају да се схвати да је колективно обављање делатности компатибилно, уз потребна прилагођавања, са суштином слободних професија³².

Пракса нпр. у Француској бележи интересантну појаву. Привредна друштва слободних професија замишљена су и реализована као облик посебних привредних друштава. Међутим, пракса је показала да су ова друштва полако почела да „клизе“ ка самосталној категорији друштава. Препознају се друштва у здравству која се разликују од оних у праву, а ова од оних у техничким слободним професијама. Свако од њих је посебна форма друштва, а ипак имају значајне заједничке карактеристике. Будућност ће показати да ли ће ово „клизање“ довести до формирања посебног права друштава слободних професија, поред права привредних друштава³³.

Важно је истаћи и то да уређивањем привредних друштва слободних професија није постигнут коначни циљ. Наиме, она су само једна етапа неопходна за потпуно прилагођавање слободних професија потребама нове економије. Ова етапа има за циљ да истражи колики простор привредног законодавства може да се прилагоди слободним професијама, али и да допринесе промени менталитета у односу на традиционална схватања ових професија. Први кораци у предвиђању ове категорије друштава остали су само на идеји монопрофесионалних друштава јер пре педесетак година духови у Европи нису били спремни на интерпрофесионалност. Међутим, привредне потребе теже ипак ка заокруженој услузи која би требала да буде корисницима гаранција компетентности и квалитета. Овај значајан корак били су спремни да учине тек ретки. Нпр. у Француској је 2011. године усвојен закон о модернизацији правних и судских професија и одређених уређених професија, а који се односи преваходно на питања интерпрофесионалности³⁴.

Сигурно је да привредна друштва слободних професија нису сасвим прецизна и искључива солуција која би могла да одговори на захтеве еволуције слободних професија. Она дају само шири избор између више форми обављања делатности. Онима који направе тај избор потребан је добар правни оквир.

³² Savatier, Jean, *op. cit.*, стр. 9 и даље.

³³ Laurent, Ch.-Vallée, Th., *op. cit.*, стр. 14.

³⁴ В. белешку 21.

Dragana Knežić-Popović, LL.D.
Professor
Faculty of Law, University UNION, Belgrade

COMPANIES OF LIBERAL PROFESSION: SPECIFICITY, ADVANTAGES, DISADVANTAGES, PERSPECTIVES

Summary

The author in this paper discusses the companies of liberal professions as a specific, hybrid category of companies. The existence of these companies, especially corporations in the liberal professions, is the recent phenomenon of certain legal areas and cultures. This phenomenon is a reflection of the evolution that has already seized the liberal professions, which had to adapt to the needs of the modern economy: dealing with international competition, offer of yet another form of the activity, modernization financing profession, favorable taxation of capital investment, better organization of material liability regardless of professional, and represented the first step towards interprofessional. The need to protect those elements of the liberal professions, which are traditionally marked – non-commercial, independence and a separate professional ethics - has caused specific solutions in relation to the standard capital of the business entities. They are numerous, especially in matters of manifest kinds of members, distribution of equity among members who performs the activity within the company and other members, voting rights, terms of deciding on job training and action. Starting from the legal aspects, we can make the balance of advantages and disadvantages of these types of companies. This list establishes a list of advantages and disadvantages of performing the profession in the form of corporation in the general plan and is relative value. The professional person who wants to take this opportunity to evaluate each argument in a broad context and legal structure and culture to which it belongs as well as the personal circumstances. The future of companies of liberal profession is, paradoxically, both deceitful and promising. It is deceitful because there are significant legal obstruction that block effective use of this form of companies and because their success is very different for different types of liberal professions. It is promising because it strengthens the awareness of the need to eliminate these brakes and it is more and more perceived as inevitable means of economic development.

Key words: *companies, liberal professions, evolution, needs of the economy, form of the activity, kinds of members*

NAKNADA ŠTETE ZBOG NEOVLAŠĆENOG OTUĐENJA STVARI NA KOJOJ POSTOJI IZLUČNO PRAVO

Prof. dr Miroslav Vrhovšek *
Doc. dr Vladimir Kozar**

Rezime: U slučaju neovlašćenog otuđenja stvari koja je predmet izlučnog prava, izlučno pravo se transformiše u obligaciono pravo – pravo na naknadu štete. Ako je stvar otuđena posle otvaranja stečajnog postupka ili tokom prethodnog stečajnog postupka nakon stupanja na dužnost privremenog stečajnog upravnika, naknada štete u visini tržišne vrednosti stvari predstavlja obavezu stečajne mase, i namiruje se prioritetno, pre isplate potraživanja ostalih stečajnih poverilaca.

Ako je stvar otuđena pre navedenih faza postupka, izlučni poverilac može zahtevati da se na njega prenese pravo na protivčinidbu ako ona još nije izvršena, a ako je protivčinidba izvršena, ima pravo na naknadu štete kao običan stečajni poverilac iz trećeg isplatnog reda na čije potraživanje se primenjuje princip srazmernog namirenja, kao osnovno načelo stečajnog postupka.

Ključne reči: naknada štete; stečajni postupak; prodaja; neovlašćeno otuđenje; izlučno pravo; obaveza stečajne mase.

Uvod

Zakon o stečaju¹, sadrži posebne odredbe o odgovornosti za štetu, koje predstavljaju odstupanja od opštih pravila o naknadi štete iz Zakona o obligacionim odnosima. U radu je posebno obrađena odgovornost stečajnog dužnika za štetu, kao i druge pravne posledice neovlašćenog otuđenja ili oštećenja stvari koja je predmet izlučnog prava, uključujući i predmete lizinga, a među njima i prenošenje prava na protivčinidbu.

* Проф. др Мирослав Врховшек, професор емеритус, Правни факултет за привреду и правосуђе Универзитета Привредна академија у Новом Саду

** Доц. др Владимир Козар, Правни факултет за привреду и правосуђе Универзитета Привредна академија у Новом Саду, специјални саветник - НЛБ банка а.д. Београд

¹ “Službeni glasnik RS”, br. 104/2009.

1. Neovlašćeno otuđenje stvari koja je predmet izlučnog prava

U članu 50. stav 4. Zakona o stečaju propisano je da ako je stečajni dužnik neovlašćeno otuđio stvar koja je predmet izlučnog prava, izlučni poverilac ima pravo da traži namirenje iznosa koji odgovara tržišnoj vrednosti stvari, koji se izmiruje kao obaveza stečajne mase, dakle prioriteto, pre isplate potraživanja stečajnih poverilaca. Na taj način izlučni poverilac dobija status „poverioca stečajne mase“, a ne običnog stečajnog poverioca.² Poverioci stečajne mase spadaju u red privilegovanih poverilaca, s obzirom da ostvaruju pravo zasebnog namirenja. Kao i razlučni i izlučni poverioci i oni se namiruju odvojeno od stečajnih poverilaca, mimo stečajnih pravila. Oni se dakle, namiruju prvenstveno i u celosti iz izdvojenih sredstava stečajne mase. Ova sredstva se, po pravilu, izdvajaju unapred na osnovu predračuna troškova postupka iz stečajne mase. To je tzv. posebna stečajna masa.³

Dakle, u slučaju neovlašćenog otuđenja stvari koja je predmet izlučnog prava, izlučno pravo se transformiše u obligaciono pravo – pravo na naknadu štete, kako je izričito predviđeno članom 102. stav 2. Zakona o stečaju.⁴

Međutim, novina u odnosu na ranije zakone je u tome što Zakona o stečaju, pre svega, u članu 50. stav 4. predviđa namirenje i to kao obavezu stečajne mase, dakle prioriteto, pre isplate potraživanja stečajnih poverilaca, i to u celosti - stopostotno, a ne srazmerno. Ovaj član reguliše situaciju kada je stvar koja je predmet izlučnog prava otuđena posle otvaranja stečajnog postupka. Zatim, u članu 102. stav 2. razlikuje tri pravne situacije: Ako je stvar na kojoj postoji izlučno pravo stečajni dužnik neovlašćeno otuđio pre otvaranja stečajnog postupka, izlučni poverilac može zahtevati da se na njega prenese pravo na protivčinidbu ako ona još nije izvršena (npr. na isplatu kupoprodajne cene). Ako je protivčinidba izvršena (npr. ako je kupac platio cenu, koja je na taj način postala deo stečajne mase), ima pravo na naknadu štete kao stečajni poverilac. Međutim, ukoliko je stvar otuđena tokom prethodnog stečajnog postupka nakon stupanja na dužnost privremenog stečajnog upravnika, naknada štete tada predstavlja obavezu stečajne mase.

Prema tome, samo ako je stečajni dužnik neovlašćeno otuđio stvar pre otvaranja stečajnog postupka, ili tokom prethodnog stečajnog postupka pre stupanja na dužnost privremenog stečajnog upravnika, a protivčinidba je izvršena, izlučni poverilac pretvara se u običnog - stečajnog poverioca iz trećeg isplatnog reda na čije potraživanje se primenjuje princip srazmernog namirenja, karakterističan za tražbe-

² Ajnšpiler, G., Novi Zakon o stečaju, Zbornik radova “Neka aktuelna pitanja u postupku stečaja”, IP “Glosarijum”, Beograd, 2010. godina, strana 15.

³ Jovanović – Zattila, M. i V. Čolović, V., Stečajno pravo, Dosije, Beograd, 2007. godina, strana 123.

⁴ Kozar, V., Šteta i druge pravne posledice neovlašćenog otuđenja predmeta izlučnog prava, časopis Pravni informator, broj 6/2011, Intermex, Beograd, 2011. godina. str. 34 – 40.

na prava, a ne princip stopostotnog “namirenja” koji je svojstven pravu svojine kao stvarnom pravu. U situaciji kada je imovina dužnika umanjena toliko da je pasiva veća od aktive, nastaju uslovi za namirenje u stečajnom postupku, te načelo kolektivnog izvršenja nad celokupnom imovinom insolventnog privrednog subjekta radi skupnog i srazmernog namirenja poverilaca derogira načelo prioriteta naplate. Stečajni postupak omogućava zajedničko i srazmerno namirenje poverilaca.⁵

U drugim slučajevima važi princip stopostotnog “namirenja” koji je svojstven pravu svojine kao stvarnom pravu, i to kao obaveza stečajne mase. Sličan efekat ima i prenošenje prava na protivčinidbu ako ona još nije izvršena, jer se i u tom slučaju izlučni poverilac namiruje u punom iznosu od dužnikovog dužnika, naravno pod uslovom da je to lice platežno sposobno.

2. Prenošnje prava na protivčinidbu

Prenošenje prava na protivčinidbu ima sličnosti sa izvršenjem na potraživanju izvršnog dužnika, koje je regulisano odredbama *Glave treće* Zakona o izvršenju i obezbeđenju,⁶ i to sa pravnom situacijom koja nastaje posle donošenja rešenja o zapleni potraživanja i prenosu potraživanja radi naplate, odnosno prenosu umesto isplate (član 150. ZIO).⁷ Prenošnje prava na protivčinidbu, po svojim pravnim dejstvima, bliže je prenosu potraživanja radi naplate, kada se smatra da je poverilac namiren u visini u kojoj je to potraživanje naplatio (član 171. ZIO), nego institutu prenosa umesto isplate kada se poverilac smatra namirenim i samim prenosom, u visini tog potraživanja (član 173. ZIO). Za razliku između naplaćenog potraživanja i tržišne vrednosti neovlašćeno otuđene stvari, poverilac bi imao pravo na naknadu štete, kao običan stečajni poverilac, dakle srazmerno visini potraživanja naknade štete, u trećem isplatnom redu. Do ovakve pravne situacije može doći ako je stečajni dužnik neovlašćeno otuđio stvar po ceni nižoj od tržišne ili ako poverilac nije mogao od dužnikovog dužnika, npr. zbog nedostatka imovine, da naplati pun iznos tržišne vrednosti stvari iako je prodana po ceni koja odgovara tržišnoj.

Zakon o stečaju bliže ne reguliše prenošenje prava na protivčinidbu, što znači da se bi analognom primenom odredaba Zakona o izvršenju i obezbeđenju stečajni sudija trebalo da donese odgovarajuću odluku – rešenje ili zaključak o prenošenju prava na protivčinidbu sa stečajnog dužnika na izlučnog poverioca.

Takođe, nema smetnji da u slučaju neovlašćenog otuđenja stvari koja je predmet izlučnog prava pre otvaranja stečajnog postupka, izlučni između izlučnog poverioca i stečajnog dužnika bude zaključen ugovor o ustupanju potraživanja (cesija)

⁵ Dukić – Mijatović, M., Vodič kroz stečajni postupak, izdanje autora, Novi Sad, 2010. godina, strana 13.

⁶ “Službeni glasnik RS”, broj 31/2011.

⁷ Kozar, V., **Šteta i druge pravne posledice neovlašćenog otuđenja predmeta izlučnog prava**, časopis Pravni informator, broj 6/2011, Intermex, Beograd, 2011. godina. str. 34 – 40.

u smislu člana 436. Zakona o obligacionim odnosima, kojim bi se prenelo pravo na protivčinidbu sa stečajnog dužnika, kao ustupioca, na izlučnog poverioca, kao prijemnika, prema trećem licu – cezusu koje je postalo vlasnik stvari koja je predmet izlučnog prava.⁸

3. Vrednost neovlašćeno otuđene stvari kao obaveza stečajne mase

Dakle, iznos koji odgovara tržišnoj vrednosti stvari na kojoj postoji izlučno pravo, a koju je stečajni dužnik neovlašćeno otuđio u toku stečajnog postupka (član 50. stav 4) predstavlja obavezu stečajne iz člana 54. stav 1. Zakona o stečaju, što predstavlja bitnu novinu. Reč je o potraživanjima koja su nastala posle otvaranja stečajnog postupka, i koja su se u dosadašnjoj sudskoj praksi nazivala “dug stečajne mase” jer u suštini spadaju u troškove stečajnog postupka, a kao i troškovi stečajnog postupka, imaju različitu pravnu prirodu od potraživanja stečajnih poverilaca, koja su nastala pre otvaranja stečaja. I troškovi stečajnog postupka i obaveze stečajne mase namiruju se, dakle, prioriteto izvan isplatnih redova, i to u punom iznosu.

Za takva potraživanja može biti podneta kondemnatorna tužba i dozvoljeno je prinudno izvršenje protiv stečajnog dužnika radi njihove naplate, jer se, po pravilu, od dana otvaranja stečajnog postupka ne može protiv stečajnog dužnika, odnosno nad njegovom imovinom, odrediti i sprovesti prinudno izvršenje, niti bilo koja mera postupka izvršenja osim izvršenja koja se odnose na obaveze stečajne mase i troškove stečajnog postupka (član 93. stav 1).

4. Izlučno pravo kao stvarno pravo i pravne posledice neovlašćenog otuđenja

Prema mišljenju pravne teorije, izlučno pravo je stvarno pravo, tako da izlučni poverilac može postaviti samo stvarnopravni, a ne i obligaciono pravni zahtev. S obzirom da to podrazumeva izdvajanje stvari iz stečajne mase, ovakvi zahtevi nazvani su *separationes ex iure dominii*.⁹ U teoriji postoje i mišljenja da su izlučni poverioci lica, kojima pripada neko stvarno ili obligaciono pravo, na osnovu kojega mogu zahtevati da se određene stvari, koje nisu sredstva dužnika, izdvoje iz stečajne mase.¹⁰

⁸ Kozar, V. i Počuča, M., „Šteta u stečajnom postupku“, pregledni naučni rad, Zbornik referata za XIV redovno savetovanje sa međunarodnim učešćem Udruženja za odštetno pravo (međunarodni naučni skup) “Osiguranje, naknada štete i novi građanski sudski postupci”, 22 – 23. septemabar 2011. godine, Beograd, urednik Prof. dr Zdravko Petrović, Intermex, Beograd, 2011. godina, strana 144.

⁹ Jovanović – Zattila, M. i V. Čolović, V., Stečajno pravo, Dosije, Beograd, 2007. godina, strana 113.

¹⁰ Čolović, V. i Milijević, N., Stečajni postupak, Udruženje pravnik Republike Srpske, Banja Luka, 2004. godina, strana 58.

Kao primer obligacionog prava mogao bi se navesti zakupodavac, koji je stečajnom dužniku predao tuđu pokretnu ili nepokretnu stvar u zakup, pa nakon otvaranja stečaja i prestanka zakupa ima pravo da traži vraćanje stvari na osnovu zaključenog ugovora o zakupu i odredaba obligacionog prava, dakle ima tražbeno, a ne stvarno pravo. U članu 585. stav 1. Zakona o obligacionom odnosima propisano je da je zakupac dužan čuvati zakupljenu stvar i po prestanku zakupa vratiti je neoštećenu. Takva situacija može nastati i kod podzakupa.

Do sličnih zaključaka o pravu na izlučenje stvari iz stečajne mase kao stvarnom pravu i o pravnim posledicama njihovog neovlašćenog otuđenja, došla je i sudska praksa, nastala u primeni člana 117. Zakona o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji.

Prema stavu prakse, u situaciji kada se kod stečajnog dužnika ne nalaze stvari na koje izlučnim pravom pretenduje poverilac, tada se to njegovo pravo ne može priznati niti utvrditi, jer se iz stečajne mase mogu izlučiti samo one stvari koje postoje i koje se nalaze u imovini stečajnog dužnika.

U konkretnom slučaju, među strankama je nesporno da na dan otvaranja postupka stečaja 7. jula 2000. godine kod tuženog nije bilo robe tužioca koja je predmet ovog spora. Sporna je samo primena materijalnog prava a ona je ima li tužilac u ova-kvoj činjeničnoj i pravnoj situaciji pravo na izlučenje robe koje nema kod tuženog. U žalbi se izražava pravni stav da tužilac ima pravo na izlučenje robe iako je nema. Izraženi pravni stav u žalbi drugostepeni sud ne prihvata. Odredba člana 117. stav 1. Zakona o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji na koju ukazuje tužilac je jasna i može se razumeti samo onako kako glasi, a to je da otvaranje stečajnog postupka ne utiče na pravo odvojenog izmirenja iz određenih stvari, odnosno iz imovine dužnika (založno pravo, pravo namirenja, pravo retencije i druga razlučna prava) kao i na prava izdvajanja stvari koja ne pripadaju dužniku (izlučna prava). Međutim u situaciji kada kod dužnika nema stvari na koje izlučnim pravom pretenduje poverilac, onda se to njegovo pravo ne može priznati niti utvrditi jer se iz imovine dužnika može izlučiti samo ono što postoji a među strankama je nesporno da u momentu otvaranja postupka stečaja roba koja je predmet utvrđena i izlučenja nije postojala kod dužnika. Prema tome prvostepeni sud je dobro odlučio o ovom delu tužbenog zahteva sa ispravnim pravnim rezonom da se iz stečajne mase može izlučiti samo imovina koja postoji, a ne i nepostojeća imovina. Za odlučivanje o ovom delu tužbenog zahteva uopšte nije od značaja činjenica što tuženi nije smeo da raspolaže robom tužioca i da je otuđi. Za takve pravne i faktičke radnje predviđene su sankcije za odgovorna lica koja su tužiočevu imovinu otuđila i sa njome nezakonito raspolagala. Ove nedozvoljene i nezakonite radnje odgovornih lica kod dužnika kao pravnog lica ne mogu predstavljati pravni osnov za priznavanje izlučnog prava na stvarima - robi koje nema.¹¹

¹¹ Iz presude Višeg trgovinskog suda u Beogradu, Pž. 4333/02 od 14. oktobra 2002. godine, objavljene u biltnu "Sudska praksa trgovinskih sudova" br. 4/2002, Privredni savetnik, Beograd.

U članu 102. stav 2. Zakona o stečajju izričito je propisano da ako je stvar na kojoj postoji izlučno pravo stečajni dužnik neovlašćeno otuđio pre otvaranja stečajnog postupka, izlučni poverilac može zahtevati da se na njega prenese pravo na protivčinidbu ako ona još nije izvršena, a ako je izvršena, ima pravo na naknadu štete kao stečajni poverilac u trećem isplatnom redu. U prvom slučaju reč je o nekoj vrsti zakonske cesije koja je slična posebnom slučaju ustupanja radi naplaćivanja iz člana 444. stav 2. Zakona o obligacionim odnosima, a u drugom slučaju u pitanju je naknada štete kao izvor obligacije. Izloženi stav sudske prakse doslovno se može primeniti samo na situaciju neovlašćenog otuđenja stvari pre otvaranja stečajnog postupka, ili tokom prethodnog stečajnog postupka pre stupanja na dužnost privremenog stečajnog upravnika, kada se izlučni poverilac pretvara u običnog - stečajnog poverioca, na čije potraživanje se primenjuje princip srazmernog namirenja, u okviru trećeg isplatnog reda.

Međutim, kada je stvar neovlašćeno otuđena posle otvaranja stečajnog postupka, ili tokom prethodnog stečajnog postupka posle stupanja na dužnost privremenog stečajnog upravnika, tada Zakon o stečajju propisuje drugačiji pravni režim, povoljniji za izlučnog poverioca, koji ima pravo na namirenje i to kao obavezu stečajne mase, dakle prioritarno, pre isplate potraživanja stečajnih poverilaca, i to stopostotno, a ne srazmerno (član 50. stav 4. i 102. stav 2).

Dakle, u slučaju neovlašćenog otuđenja stvari koja je predmet izlučnog prava pre otvaranja stečajnog postupka, izlučni poverilac može zahtevati da stečajni dužnik, ugovorom o ustupanju potraživanja (cesija) u smislu člana 436. Zakona o obligacionim odnosima, na njega prenese pravo na protivčinidbu ako ona još nije izvršena, npr. pravo na isplatu kupoprodajne cene od lica kome je stečajni dužnik neovlašćeno prodao stvar koja pripada izlučnom poveriocu. Za prenos potraživanja nije potreban pristanak dužnika (lica koje je steklo stvar), ali je ustupilac (stečajni dužnik) dužan obavestiti dužnika o izvršenom ustupanju (član 438. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima). Takođe, ustupanje prava na protivčinidbu može se izvršiti i odgovarajućom sudskom odlukom – rešenjem ili zaključkom stečajnog sudije o prenošenju prava na protivčinidbu sa stečajnog dužnika na izlučnog poverioca.

5. Svojinska tužba i originarni načini sticanja svojine

Ako je stvar individualno određena, na osnovu člana 37. Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa¹² izlučni poverilac stvar može tražiti svojinskom tužbom neposredno od lica kome je stečajni dužnik neovlašćeno prodao stvar, ali pod uslovom da to lice nije punovažno steklo svojinu na neki od zakonom propisanih originarnih načina - npr. održajem po članu 28. stav 1. Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, u kome je propisano da “savestan i zakoniti držalac pokretne stvari,

¹² “ Službeni list SFRJ”, br. 6/80, 36/90, “Službeni list SRJ”, br. 29/96, “Službeni glasnik RS”, br. 115/2005.

na koju drugi ima pravo svojine, stiće pravo svojine na tu stvar održajem protekom tri godine” ili sticanjem svojine od nevlasnika po članu 31. stav 1. istog zakona, u kome je propisano da “savesno lice stiće pravo svojine na pokretnu stvar koju je pribavilo uz naknadu od nevlasnika koji u okviru svoje delatnosti stavlja u promet takve stvari, od nevlasnika kome je vlasnik predao stvar u državinu na osnovu pravnog posla koji nije osnov za pribavljanje prava svojine, kao i na javnoj prodaji.”

Citirana odredba člana 31. stav 1. Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa posebno je značajna za stečajni postupak, jer se imovina stečajnog dužnika, po pravilu otuđuje javnim nadmetanjem, tj. na javnoj prodaji, što predstavlja originarni način sticanja svojine, dakle jedan od načina sticanja svojine po samom zakonu (sticanje svojine od nevlasnika), u smislu člana 21. istog zakona. Takođe, do sticanja svojine može doći i od nevlasnika kome je vlasnik predao stvar u državinu na osnovu pravnog posla koji nije osnov za pribavljanje prava svojine, npr. na osnovu ugovora o lizingu, naravno pod uslovom da je sticalac savestan, tj. da nije znao da su stvari, koje kupuje, predmet lizinga.

6. Naknada štete zbog oštećenja predmeta izlučnog prava

Zakon o stečaju sadrži odredbe o obavezi stečajnog dužnika da preda stvar vlasniku, kao i naknadu štete i drugim pravnim posledicama neovlašćenog otuđenja predmeta izlučnog prava, ali ne reguliše pitanje naknade štete zbog oštećenja predmeta izlučnog prava.

O tom pitanju zauzeti su odgovarajući stavovi u sudskoj praksi. Prema stavu prakse, obaveza stečajnog dužnika je da stvar preda vlasniku u zatečenom stanju u momentu otvaranja stečajnog postupka, s tim što vlasnik ima pravo na naknadu štete, ukoliko u toku stečaja dođe do oštećenja predmetne stvari. U obrazloženju navedenog stava istaknuto je da je osnov tužbenog zahteva utvrđivanje prava svojine na označenom motornom i priključnom vozilu i predaja istih tužiocu u tehnički potpuno ispravnom stanju... Kao nesporno je utvrđeno da je dana 5. 2. 2003. godine, nad tuženim otvoren postupak stečaja i da je tužilac prijavio svoje potraživanje obuhvaćeno tužbenim zahtevom, koje je osporeno od strane stečajnog upravnika. Ovaj sud kao drugostepeni, ukinuo je prvostepenu presudu u delu u kome je odbijen tužbeni zahtev da se predmetna vozila vrate “u tehnički potpuno ispravnom stanju”, bez vraćanja na dalji postupak. Shodno čl. 37, 82, 66. i 91. Zakona o stečajnom postupku, obaveza stečajnog dužnika je da stvar preda u zatečenom stanju u momentu otvaranja stečajnog postupka, te je stoga predmet odlučivanja u parnici samo osnovanost izlučnog potraživanja na predmetnoj stvari. Svakako, tužilac bi imao pravo na naknadu štete, ukoliko u toku stečaja dođe do oštećenja predmetne stvari.¹³

¹³ Iz presude Višeg trgovinskog suda, Pž. 2114/2009 od 10. 9. 2009. godine, objavljene u biltenu “Sudska praksa trgovinskih sudova” br. 4/2009, Privredni savetnik, Beograd.

Smatramo da bi izlučni poverilac imao pravo na naknadu štete i kada je do oštećenja stvari došlo, ne samo u toku stečajnog postupka, već i pre otvaranja stečaja, krivicom stečajnog dužnika, i to po opštim pravilima o odgovornosti za deliktnu ili ugovornu štetu iz Zakona o obligacionim odnosima.

7. Pravo davaoca lizinga na izlučenje kao stvarno pravo, dokazivanje prava svojine i naknada štete

Tretman sličan tretmanu prava razlučnih poverilaca propisan je i za davaoca finansijskog lizinga u slučaju otvaranja postupka stečaja nad primaocem lizinga.¹⁴

Prema stavu prakse, otvaranje stečajnog postupka ne utiče na prava izdvajanja stvari koja ne pripadaju dužniku - izlučna prava, a lice koje od stečajnog dužnika zahteva predaju stvari koja je predmet lizinga mora dokazati da je imalac prava svojine, kao i da se stvar nalazi samo u faktičkoj vlasti tuženog.

U konkretnom sporu, pobijanom presudom odbijen je tužbeni zahtev tužilaca kojim su tražili da se utvrdi da je tužilac "Š." - banka" DD u Š. vlasnik po osnovu rešenja St.47/90 o izlučenju tegljača iz stečajne mase pravnog prethodnika tuženog DP "B." u V, te da se tuženi obaveže da preda - vrati tužiocu prvog reda tegljače sa opremom i priborom i tužbeni zahtev tužioca drugog reda kojim je tražio da sud utvrdi da je tužilac drugog reda - PP "M." u B. stekao pravo svojine po osnovu rešenja o izlučenju St. 47/90 od 24. juna 1993. godine po osnovu ugovora zaključenog između prvotuzioca i drugotuzioca o kupoprodaji pedeset vozila od 5. juna 1996. godine, te da se tuženi obaveže da preda tužiocu drugog reda pedeset komada tegljača marke "Daf" tip FT 95380 sa određenim karakteristikama. Protiv navedene presude oba tužioca su izjavili žalbu. Prvotuzilac je naveo da je prvostepeni sud propustio da oceni izvedene dokaze, a naročito ugovore i rešenja stečajnog veća, kojim je stečajno veće priznalo vlasništvo prvotuziocu, te je odlučilo da se navedena vozila izluče iz stečajne mase. Naveo je da predmetna vozila nikada nisu bila ni postala vlasništvo tuženika, da je tuženik imao samo pravo zakupa, koje se nije transformisalo u bilo kakvo drugo pravo, da tuženi nije plaćao zakupninu, te da je stoga ugovor o zakupu raskinut, a tuženi je dužan da predmetna vozila vrati tužiocu kao vlasniku navedenih vozila. Drugotuzilac u žalbi naveo da je tuženi bio zakupac pedeset komada tegljača, i da tuženi nikada nije postao vlasnik navedenih vozila. Naveo je da su tužioci vlasnici spornih vozila, na osnovu pravnog posla - ugovora, te da je osnovan tužbeni zahtev tužioca drugog reda, za predaju predmetnih vozila. Tuženi je u odgovoru na žalbu naveo da tužioci nisu vlasnici predmetnog vozila, te da ne mogu ustati sa tužbom za predaju stvari. Viši privredni sud je našao da su žalbe osnovane, pa je ukinuo prvostepenu presudu i predmet vratio prvostepenom sudu na ponovno suđenje. Iz predmeta ovoga spora proizilazi da postoji bitna povreda odredaba parničnog postupka iz člana 354. sav 2. tačka 13. ZPP, jer prvostepeni sud nije razdvojio stvarno-pravni za-

¹⁴ Kozar, V., Komentar stečajnih zakona, «Poslovni biro», Beograd, 2010. godina, strana 75.

htev tužilaca od pitanja državne nad predmetnim vozilima. Iz predmeta ovoga spora proizilazi da je zaključen ugovor o zakupu opreme broj 9-0060562-001/13000, a koji je zaključen dana 21. aprila 1989. godine između Radne organizacije “G.-eksport” OUR “G-invest”, kao uvoznika, za Radnu organizaciju “B.” u Vrbasu sa jedne strane i inostranog preduzeća. Prema tome, po navedenom ugovoru tuženi je bio zakupac a zakupodavac je bila strana firma. Predmet ugovora u smislu člana 1. bila su vozila tegljači marke “Daf” i to: pedeset vozila tegljača sa određenim karakteristikama. Osnovna banka “Š.” u Š, kao pravni prethodnik prvotužioca i Radna organizacije “B.” u V. zaključili su ugovor o regulisanju odnosa po deviznoj garanciji a za otplatu zakupljene opreme, 18. maja 1989. godine. U smislu člana 1. tužilac je preuzeo obavezu da u vezi zakupa pedeset tegljača marke “Daf” izda deviznu garanciju za urednu otplatu zakupljenih vozila. U članu 2. navedenog ugovora stranke su predvidele da se prvotužilac obaveže da izda deviznu garanciju za urednu otplatu zakupa opreme po ugovoru koji je zaključen između tuženog i inostrane firme. Iz predmeta ovoga spora dalje proizilazi da je nad tuženim otvoren stečajni postupak i da je prvotužilac postavio zahtev za izlučenje navedenih vozila, kao i da je stečajni sud dozvolio izlučenje navedenih vozila. Nakon rešenja suda o izlučenju zaključena su dva ugovora o daljem korišćenju vozila i to između tuženog, prvotužioca i drugotužioca. Prvostepeni sud u toku prvostepenog postupka nije odvojio pitanje državnine i pitanje svojine. Naime, u smislu člana 70. Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa za razliku od svojine, državinu stvari ima svako lice koje neposredno vrši faktičku vlast na stvari. U smislu člana 20. istog zakona pravo svojine se stiče po samom zakonu na osnovu pravnog posla i nasleđivanja. Pravo svojine se stiče i odlukom državnog organa. Prema članu 37. Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa vlasnik može tužbom zahtevati od držaoca povraćaj individualno određenih stvari. Vlasnik mora dokazati da je imalac prava svojine, kao i da se stvar nalazi samo u faktičkoj vlasti tuženog. Prema odredbi iz člana 117. Zakona o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji otvaranje stečajnog postupka ne utiče na prava izdvajanja stvari koja ne pripadaju dužniku - izlučna prava. U situaciji kada je stečajni sud doneo dva rešenja o izlučenju, to je prvostepeni sud bio dužan da do kraja utvrdi ko je vlasnik predmetnih vozila od tužilaca, jer je očito da tuženi nije vlasnik predmetnih vozila. Tačno je da tužioci vlasništvo nisu mogli steći rešenjem o izlučenju koje je doneo stečajni sud nego na osnovu nekog ranije izvršenog pravnog posla između vlasnika strane firme i tužilaca, međutim, prvostepeni sud je propustio da utvrdi da li je vlasnik tegljača iz ugovora o lizingu preneo svoje vlasništvo na tužioca prvog reda, te da li postoji kontinuitet - neprekinuti niz vlasništva iz koga bi se utvrdilo da je neki od tužilaca vlasnik predmetnih vozila. Prvostepeni sud je propustio da ceni sve dokaze, naročito ugovore koji se nalaze u predmetu iz kojih proizilazi da je tuženi kao zakupodavce, odnosno vlasnike predmetnih vozila prihvatio tužioce. U nastavku postupka prvostepeni sud će utvrditi ko je vlasnik predmetnih vozila, te će utvrditi da li od vlasnika do tužilaca postoji neprekinuti niz vlasnika, te da li su tužioci vlasnici navedenih vozila, kao i na osnovu kog pravnog posla su ostali vlasnici.¹⁵

¹⁵ Iz rešenja Višeg privrednog suda u Beogradu Pž. 6136/96 od 15. novembra 1996. Godine.

Ako je stečajni dužnik kao primalac lizinga, posle otvaranja stečaja, neovlašćeno otuđio stvar koja je predmet lizinga, a time i predmet izlučnog prava davaoca lizinga, tada se može primeniti pravilo predviđeno u članu 50. stav 4. Zakona o stečaju kojim je propisano da ako je stečajni dužnik neovlašćeno otuđio stvar koja je predmet izlučnog prava, izlučni poverilac ima pravo da, kao poverilac stečajne mase, traži namirenje iznosa koji odgovara tržišnoj vrednosti stvari, koji se izmiruje kao obaveza stečajne mase, dakle prioriteto, pre isplate potraživanja stečajnih poverilaca.¹⁶

Zatim, u članu 102. stav 2. Zakona o stečaju razlikuje dve pravne situacije - ako je stvar na kojoj postoji izlučno pravo stečajni dužnik neovlašćeno otuđio pre otvaranja stečajnog postupka, izlučni poverilac može zahtevati da se na njega prenese pravo na protivčinidbu ako ona još nije izvršena, a ako je izvršena, ima pravo na naknadu štete kao stečajni poverilac. U prvom slučaju reč je o nekoj vrsti zakonske cesije, a u drugom slučaju u pitanju je naknada štete kao izvor obligacije. Međutim, ukoliko je stvar otuđena tokom prethodnog stečajnog postupka nakon stupanja na dužnost privremenog stečajnog upravnika, naknada štete predstavlja obavezu stečajne mase.

8. Procesne pretpostavke za ostvarivanje izlučnog potraživanja u stečajnom ili parničnom postupku

Procesne pretpostavke za ostvarivanje izlučnog potraživanja uređene su u članu 112. Zakona o stečaju. Izlučni poverilac **podnosi zahtev** da mu se iz stečaja izluči stvar koja ne ulazi u stečajnu masu. Stečajni upravnik je dužan da u roku od 20 dana od dana prijema zahteva obavesti poverioca da li prihvata zahtev za izlučenje ili odbija takav zahtev poverioca, kao i da precizira rok u kom će omogućiti povraćaj stvari izlučnom poveriocu. Rok za povraćaj stvari ne može biti duži od deset dana od dana prihvatanja zahteva izlučnog poverioca, osim u slučaju da stečajni sudija iz opravdanih razloga odobri produženje ovog roka. Ako stečajni upravnik odbije da izluči stvar iz stečajne mase, protiv te odluke poverilac ima pravo na primedbu stečajnom sudiji u roku od pet dana od prijema obaveštenja od stečajnog upravnika. Ako stečajni sudija ospori pravo na izlučenje stvari, poverilac svoje pravo može ostvarivati **u drugim sudskim postupcima**.

Iz citirane odredbe proizilazi da izlučni poverilac svoje pravo može **ostvarivati u drugim sudskim postupcima**, a što se pre svega odnosi na **parnični postupak** kao opšti postupak za zaštitu povređenih ili ugroženih građanskih subjektivnih

¹⁶ Kozar, V. i Počuca, M., „Šteta u stečajnom postupku“, pregledni naučni rad, Zbornik referata za XIV redovno savetovanje sa međunarodnim učešćem Udruženja za odštetno pravo (međunarodni naučni skup) “Osiguranje, naknada štete i novi građanski sudski postupci”, 22 – 23. septemabar 2011. godine, Beograd, urednik Prof. dr Zdravko Petrović, Intermex, Beograd, 2011. godina, str. 149.

prava¹⁷, tek ako stečajni sudija **ospori** pravo na izlučenje stvari, što predstavlja posebnu procesnu pretpostavku za dopuštenost izlučne tužbe u parničnom postupku protiv stečajnog dužnika. Ako takvog osporavanja nema, izlučnu tužbu bi valjalo odbaciti kao nedozvoljenu.¹⁸

I prema stavovima dosadašnje sudske prakse podnošenje prijave i njeno osporavanje od strane stečajnog upravnika predstavlja procesnu pretpostavku za vođenje parnice protiv stečajnog dužnika. Tako, npr. prema stavu zauzetom u rešenju *Višeg privrednog suda u Beogradu, Pž. 6255/99 od 19. novembra 1999. godine* "podnošenje prijave i njeno osporavanje od strane stečajnog upravnika predstavlja procesnu pretpostavku za vođenje parnice protiv stečajnog dužnika, što znači da i razlučni poverilac mora svoje potraživanje prijaviti u stečajnom postupku, **ali nije vezan prekluzivnim rokom iz člana 90. tačka 6) Zakona o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji**".¹⁹ Izloženi pravni stav može se tim pre **analogno primeniti i kada su u pitanju izlučna prava**, jer su u oba slučaja u pitanju stvarna prava.

Razlika u odnosu na obligaciono-pravna potraživanja sastoji se u tome što podnošenje zahteva za izlučenje stvari koja ne ulazi u stečajnu masu, **nije omeđeno prekluzivnim rokom** za prijavu potraživanja, koji ne može biti kraći od 30 dana, ni duži od 120 dana, koji je u skladu sa načelom hitnosti i ekonomičnosti, propisan članom 70. stav 1. tačka 5. Zakona o stečaju.²⁰

Osporavanje prava na izlučenje stvari izlučnom poveriocu od strane stečajnog sudije, jeste posebna procesna pretpostavka za podnošenje tužbe za predaju stvari u parničnom postupku, dakle radi ostvarivanja prava na izlučenje stvari. Reč je o posebnom uslovu za dopuštenost tužbe. Ukoliko takva procesna pretpostavka u vreme podnošenja tužbe nije ispunjena sud bi istu trebalo da odbaci kao nedozvoljenu. Prema tome, ako, nije ispunjena procesna pretpostavka za vođenje parnice, odnosno za dopuštenost tužbe protiv stečajnog dužnika, to je razlog za odbacivanje tužbe pozivom na odredbu člana 112. stav 5. Zakona o stečaju, jer je tužba preuranjena u procesnom smislu.²¹

¹⁷ Parnični postupak je definisan kao **opšti postupak** za zaštitu povređenih ili ugroženih subjektivnih građanskih prava, što znači da se zaštita tih prava ostvaruje u drugim vrstama postupaka samo kada je to propisano posebnim zakonom, a inače važi opšte pravilo – da se zaštita ostvaruje u parničnom postupku (član 1 ZPP). – Videti: Kozar, V., **Komentar Zakona o parničnom postupku sa sudskom praksom i registrom pojmova, 2011. godina**, «Poslovni biro» d.o.o., Beograd, strana 11.

¹⁸ Kozar, V., Komentar stečajnih zakona, «Poslovni biro», Beograd, 2010. godina, strana 82.

¹⁹ Objavljeno u biltenu "Sudska praksa privrednih sudova", broj 3/2000, str. 21.

²⁰ O prekluzivnim rokovima za podnošenje prijave potraživanja videti – Bilbija, V., „Stečaj – godinu dana primene Zakona o stečaju“, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, izdavač Advokatska komora Vojvodine 2011. godina, vol. 71, br. 7-8, str. 389 -391.

²¹ Kozar, V., Petrović, Z., Počuča, M., Zastupanje pravnih lica u sudskim postupcima (Privredno procesno pravo), «Poslovni biro», Beograd, 2010. godina, strana 152.

A, ako je parnični postupak u vreme pokretanja stečajnog postupka bio već pokrenut, pa je prekinut po članu 222. tačka 5. Zakona o parničnom postupku²² u kome je propisano da se parnični postupak prekida kada nastupe pravne posledice otvaranja postupka stečaja, tada je tužilac je ovlašćen da podnese zahtev da mu se iz stečaja izluči stvar koja ne ulazi u stečajnu masu, pa tek ukoliko stečajni sudija ospori pravo na izlučenje stvari saglasno članu 112. stav 5. Zakona o stečaju, tada izlučni poverilac može predložiti nastavak parničnog postupka po članu 225. stav 1. Zakona o parničnom postupku u kome je propisano da će se postupak će se nastaviti kada stečajni upravnik preuzme postupak, ili kada ga sud na predlog protivne strane pozove da to učini. Ako izlučni poverilac nije podneo zahtev da mu se iz stečaja izluči stvar koja ne ulazi u stečajnu masu, i ukoliko stečajni sudija nije osporio pravo na izlučenje stvari, tada nema mesta nastavku prekinutog parničnog postupka, već bi predlog poverioca za nastavak postupka valjalo odbiti kao preuranjen.

U oba slučaja potrebno je da postoji **spor** o kome bi se odlučivalo u parničnom postupku, bilo po novoj tužbi, bilo nakon predloga za nastavak postupka (koji se inače međusobno isključuju zbog litispendencije), jer je u članu 1. Zakona o parničnom postupku²³ propisano da se “Ovim zakonom uređuju se pravila postupka za pružanje sudske pravne zaštite po kojima se postupa i odlučuje u parnicama **za rešavanje sporova** nastalih povodom povrede prava ličnosti i sporova iz porodičnih, radnih, privrednih, imovinskopravnih i drugih građanskopravnih odnosa, osim sporova za koje je posebnim zakonom propisana druga vrsta postupka.” Ako nema spora o svojini na stvari između tužioca i stečajnog dužnika tada nema mesta ni vođenju parničnog postupka, jer se u parničnom postupku pred sudom **rešavaju sporovi**, a ne pravno nesporne situacije.

Novinu predstavlja pravilo iz člana 112. stav 6. Zakona o stečaju, prema kome ako izlučni poverilac ne podnese zahtev za izlučenje do momenta prodaje imovine koja je predmet zahteva, izlučni poverilac svoja prava može ostvarivati samo u drugim postupcima, u skladu sa zakonom. Ova odredba nije dovoljno jasna. Ako je stvar prodana u stečajnom postupku, reč je o originarnom sticanju prava svojine na osnovu sudske odluke, dakle odlukom državnog organa u smislu člana 20. stav 2. Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa, pa izlučni poverilac ne može sa uspehom podneti reivindikacionu – svojinsku tužbu protiv kupca stvari, sa zahtevom za povraćaj stvari.²⁴

Takođe, kako se stvar u stečajnom postupku po pravilu prodaje javnim nadmetanjem, odnosno na javnoj prodaji, tada postoji poseban originarni osnov sticanja iz člana 31. stav 1. Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa, u kome je pro-

²² “Službeni glasnik RS”, br. 72/2011.

²³ “Službeni glasnik RS”, br. 72/2011.

²⁴ Kozar, V. i Počuča, M., „**Šteta u stečajnom postupku**“, pregledni naučni rad, Zbornik referata za XIV redovno savetovanje sa međunarodnim učešćem Udruženja za odštetno pravo (međunarodni naučni skup) “Osiganranje, naknada štete i novi građanski sudski postupci”, 22 – 23. septemabar 2011. godine, Beograd, urednik Prof. dr Zdravko Petrović, Intermex, Beograd, 2011. godina, strana 151.

pisano da “savesno lice stiče pravo svojine na pokretnu stvar koju je pribavilo uz naknadu od nevlasnika koji u okviru svoje delatnosti stavlja u promet takve stvari, od nevlasnika kome je vlasnik predao stvar u državinu na osnovu pravnog posla koji nije osnov za pribavljanje prava svojine, kao i na javnoj prodaji.”

I prema mišljenju pravne teorije, prema izričitoj zakonskoj normi, u toj situaciji izlučni poverilac neće moći da od trećeg lica – kupca stvari (koji je kao savestan stvar kupio u toku stečajnog postupka) zahteva da mu vrati stvar, već će samo moći svoja prava da ostvari u drugim postupcima.²⁵

Postavlja se pitanje da li izlučni poverilac, koji nije podneo zahtev za izlučenje do momenta prodaje imovine, može podneti tužbu protiv stečajnog dužnika, sa zahtevom za naknadu vrednosti stvari, odnosno naknadu štete u smislu člana 50. stav 4. i člana 102. stav 2. Zakona o stečaju, kojima su regulisane pravne posledice neovlašćenog otuđenja stvari koja je predmet izlučnog prava.

Zaključak

U slučaju neovlašćenog otuđenja stvari koja je predmet izlučnog prava, izlučno pravo se transformiše u obligaciono pravo – pravo na naknadu štete. Ako je stvar otuđena posle otvaranja stečajnog postupka ili tokom prethodnog stečajnog postupka nakon stupanja na dužnost privremenog stečajnog upravnika, naknada štete predstavlja obavezu stečajne mase. U tom slučaju izlučni poverilac ima pravo da traži namirenje iznosa koji odgovara tržišnoj vrednosti stvari, koji se izmiruje kao obaveza stečajne mase, što znači prioritarno, pre isplate potraživanja ostalih stečajnih poverilaca.

Ako je stvar na kojoj postoji izlučno pravo stečajni dužnik neovlašćeno otuđio pre otvaranja stečajnog postupka, ili tokom prethodnog stečajnog postupka pre stupanja na dužnost privremenog stečajnog upravnika, izlučni poverilac može zahtevati da se na njega prenese pravo na protivčinidbu ako ona još nije izvršena, a ako je protivčinidba izvršena, ima pravo na naknadu štete kao običan stečajni poverilac iz trećeg isplatnog reda na čije potraživanje se primenjuje princip srazmernog namirenja.

Ako izlučni poverilac ne podnese zahtev za izlučenje do momenta prodaje imovine koja je predmet zahteva, izlučni poverilac svoja prava može ostvarivati samo u drugim postupcima.

²⁵ Ajnšpiler, G., navedeno delo, strana 16.

SPISAK LITERATURE

- Ajnšpiler, G., Novi Zakon o stečajju, Zbornik radova "Neka aktuelna pitanja u postupku stečajja", IP "Glosarijum", Beograd, 2010. godina.
- Bilbija, V., „Stečaj – godinu dana primene Zakona o stečajju“, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, izdavač Advokatska komora Vojvodine 2011. godina, vol. 71, br. 7-8.
- Dukić – Mijatović, M., Vodič kroz stečajni postupak, izdanje autora, Novi Sad, 2010. godina
- Đorđević, Ž. – Stanković, V., Obligaciono pravo, Naučna Knjiga, Beograd, 1987. godina
- Jovanović – Zattila, M. i V. Čolović, V., Stečajno pravo, Dosije, Beograd, 2007. godina.
- Kozar, V., Komentar Zakona o parničnom postupku, sa sudskom praksom i registrom pojmova, 2011. godina, «Poslovni biro» d.o.o.
- Kozar, V., Šteta i druge pravne posledice neovlašćenog otuđenja predmeta izlučnog prava, časopis Pravni informator, broj 6/2011, Intermex, Beograd, 2011. godina.
- Kozar, V., Komentar stečajnih zakona, «Poslovni biro», Beograd, 2010. godina.
- Kozar, V. i Počuča, M., „Šteta u stečajnom postupku“, pregledni naučni rad, Zbornik referata za XIV redovno savetovanje sa međunarodnim učešćem Udruženja za odštetno pravo (međunarodni naučni skup) "Osiguranje, naknada štete i novi građanski sudski postupci", 22 – 23. septemabar 2011. godine, Beograd, urednik Prof. dr Zdravko Petrović, Intermex, Beograd, 2011. godina.
- Kozar, V., Petrović, Z., Počuča, M., Zastupanje pravnih lica u sudskim postupcima (Privredno procesno pravo), «Poslovni biro», Beograd, 2010. godina.
- Kozar, V., Pobijanje prodaje stečajnog dužnika kao pravnog lica, "Pravo i privreda", br. 7-9, 2010. godina.
- Perović, S., Obligaciono pravo, NIU "Službeni list SFRJ" Beograd, 1986. godina.
- Slijepčević, D. i Spasić, S., Komentar Zakona o stečajnom postupku, Ces Mecon, Beograd, 2006. godina.
- Stanković-Orlić, Stvarno Pravo, Beograd, Naučna Knjiga, 1986. godina.
- Čolović, V. i Milijević, N., Stečajni postupak, Udruženje pravnik Republike Srpske, Banja Luka, 2004. godina.
- Sudska praksa, softverski paket za pravnike, "Intermex", Beograd, 2011.

PhD Miroslav Vrhovšek
Professor Emeritus, Law Faculty for Commercial and Judiciary,
University of Business Academy in Novi Sad

PhD Doc. Vladimir Kozar,
Law Faculty for Commercial and Judiciary, University of Business
Academy in Novi Sad, Special Adviser - NLB bank, Belgrade

COMPENSATION FOR DAMAGE DUE TO UNAUTHORIZED TRANSFER OF AN ASSET WHICH IS SUBJECT TO EXCLUDING RIGHT

Summary

In case of unauthorized transfer of an asset which is subject to excluding right, the excluding right shall be transformed into contracting right - the right to compensation for damage. If an asset which is subject to excluding right has been illegally transferred by the bankruptcy debtor after the opening of bankruptcy or during the preliminary bankruptcy proceeding after the interim bankruptcy administrator had assumed his duty, the compensation for damage in the amount of market value shall be considered as an expense of the bankruptcy estate and shall be settled as a matter of priority, before any payment of bankruptcy claims to other bankruptcy creditors.

If an asset had been transferred before the above mentioned stages of the proceedings, excluding creditor may request that the right to recover the illegal conveyance be transferred to him if it has not yet been completed. Otherwise, the excluding creditor shall be entitled to a compensation for damage as a an ordinary bankruptcy creditor of the third payment rank, in line with the main principle of the bankruptcy proceedings - proportional settlement of bankruptcy creditors.

Keywords: *compensation for damage; bankruptcy proceedings; sale; unauthorized transfer; excluding right; liability of the bankruptcy estate.*

Накнада штете због неовлашћеног отуђења ствари на којој постоји излучно право

MORATORIJUM I ZAŠTITA POVERILACA U FINANSIJSKOM RESTRUKTURIRANJU

Doc. dr Vladimir Kozar*

***Apstrakt:** Jedna od osnovnih pretpostavki za uspeh sporazumnog finansijskog restrukturiranja privrednih društava jeste privremena obustava ispunjenja obaveza, kao i zabrana i odlaganje izvršenja potraživanja poverilaca koji učestvuju u finansijskom restrukturiranju. Ova zabrana naziva se mirovanje dugova ili moratorijum i predstavlja obaveznu fazu u toku postupka, a njegovo dejstvo zasniva na ugovoru, a ne na odredbi zakona.*

Zabrana pokretanja prinudnog izvršenja, kao i obavezan prekid izvršnog postupka, ne odnosi se na izvršenje presude o predaji pokretnih stvari ili o ispražnjenju i predaji nepokretnosti poveriocu, koja je doneta po svojinskoj tužbi, niti na izvršenje rešenja o smetanju državnine, jer se predajom stvari ili uspostavljanjem pređašnjeg stanja državnine u postupku prinudnog izvršenja ne dira u imovinu subjekta restrukturiranja.

Zabrana ili odlaganje izvršenja kao posledica moratorijuma odnosi se i na pravo davaoca lizinga na povraćaj predmeta lizinga, iako je reč o stvarno-pravnom zahtevu, ako kao jedan od poverilaca učestvuje u pregovorima i zaključi ugovor o mirovanju dugova.

Podnošenje tužbe radi sprečavanja nastupanja zastarelosti potraživanja ili radi sprečavanja gubitka prava zbog isteka prekluzivnog roka, jeste izuzetak od zabrane preduzimanja bilo kakve radnje u cilju naplate potraživanja.

U periodu moratorijuma poverilac može raspolagati svojim potraživanjem, osim ako ugovorom o mirovanju dugova nije drugačije uređeno.

Ako poverioci i privredno društvo ne zaključe ugovor o finansijskom restrukturiranju, posle isteka moratorijuma poverioci ponovo stiču pravo na pokretanje naplate potraživanja s računa tog privrednog društva, odnosno pravo na započinjanje ili nastavak postupka prinudnog izvršenja.

U slučaju neuspeha pregovora i prestanka moratorijuma, poverioci ponovo stiču pravo da traže prinudno izvršenje, ali gube svoje red prvenstva u prinudnoj naplati potraživanja, koji su imali pre zaključenja ugovora o mirovanju dugova.

*Доц. др Владимир Козар, Правни факултет за привреду и правосуђе Универзитета Привредна академија у Новом Саду; специјални саветник, НЛБ банка АД, Београд.

Moratorijum, po svojim pravnim posledicama, ima sličnosti sa merom obezbeđenja u prethodnom stečajnom postupku, odnosno zabranom izvršenja u toku postupka administrativnog upravljanja bankom, kao sa zabranom izvršenja i namirenja, koja je posledica otvaranja stečajnog postupka, a takva zabrana važi i u toku restrukturiranja u postupku privatizacije.

Ključne reči: *mirovanje dugova; moratorijum; finansijsko restrukturiranje; odlaganje izvršenja; lizing; prinudna naplata; stečaj.*

Uvod

Zakonom o sporazumnom finansijskom restrukturiranju privrednih društava¹ uređuju se uslovi i način sporazumnog finansijskog restrukturiranja privrednih društava u Republici Srbiji, koje se sprovodi najkasnije pre pokretanja stečajnog postupka u skladu sa Zakonom o stečaju.²

Sporazumno finansijsko restrukturiranje privrednih društava predstavlja vansudski postupak sporazumnog restrukturiranja korporativnih dugova kroz redefinisane dužničko-poverilačke odnose između privrednog društva u finansijskim teškoćama i njegovih poverilaca, i to prvenstveno banaka, ali i drugih poverilaca u vansudskom postupku.

Cilj sporazumnog finansijskog restrukturiranja privrednih društava je blagovremeno prepoznavanje i rešavanje finansijskih poteškoća i stvaranje uslova za normalan nastavak poslovanja korporativnog dužnika. Na taj način, privrednom društvu u finansijskim teškoćama omogućava se opstanak i nastavak poslovanja, a istovremeno se izbegava stečaj, bez obzira što postoji trajnija nesposobnost za plaćanje kao stečajni razlog iz čl. 11 – 12. Zakona o stečaju.³

Jedna od osnovnih pretpostavki uspešnog sprovođenja sporazumnog finansijskog restrukturiranja privrednih društava jeste privremena obustava ispunjenja obaveza, kao i zabrana pokretanja izvršnog postupka, odnosno odlaganje izvršenja obaveza korporativnog dužnika prema poveriocima, u prvom redu bankama (mirovanje dugova, moratorijum).

¹ Objavljen u "Službenom glasniku RS", br. 36/2011 od 27. maja 2011. godine, stupio na snagu 4. juna, a primenjuje se od 24. juna 2011. godine (član 18).

² "Službeni glasnik RS", br. 104/2009.

³ Đukić-Mijatović M., Pregled zakonskih procedura u postupku utvrđivanja potraživanja stečajnih zakona u regionu, Tematski zbornik radova Pravo zemalja u regionu, izdavač Institut za uporedno pravo, Beograd, str. 368-390, 2010. godina.

1. Zaključenje ugovora o mirovanju dugova kao obavezna faza postupka finansijskog restrukturiranja

„Mirovanje dugova“ je privremena obustava ispunjenja obaveza, uključujući obustavu izvršenja u prinudnoj naplati sa računa privrednog društva, kao i zabrana pokretanja izvršnog postupka, odnosno odlaganje izvršenja prema privrednom društvu u pogledu potraživanja poverilaca koji učestvuju u finansijskom restrukturiranju.

U toku finansijskog restrukturiranja uvodi se mirovanje dugova (moratorijum), uključujući sva izvršna sudska rešenja, druge izvršne naslove i zakonska ovlašćenja, kao i poreska, carinska i menična dugovanja iz člana 47. Zakona o platnom prometu⁴, koje proizvodi pravno dejstvo danom zaključenja ugovora o mirovanju dugova.⁵ Dakle, zakon ne propisuje moratorijum kao pravnu posledicu pokretanja postupka vansudskog sporazumnog restrukturiranja, koja bi nastupila po sili zakona, već je potrebno da poverioci sa dužnikom zaključe odgovarajući ugovor. Obavezna sadržina ugovora o mirovanju dugova nije propisana zakonom, već će to pitanje biti uređeno podzakonskim aktom koji će doneti ministar nadležan za poslove ekonomije.

Iz sadržine zakonske odredbe sledi zaključak da je mirovanje dugova (moratorijum), obavezna faza u toku postupka vansudskog finansijskog restrukturiranja, bez obzira što se pravno dejstvo moratorijuma zasniva na ugovoru o mirovanju dugova, koji se zaključuje između poverioca i dužnika ugovorom u pismenoj formi, a ne na odredbi zakona. Imajući u vidu ustavna i zakonska prava poverilaca na naplatu svog potraživanja, osim ukoliko se prethodno istog odreknu ili njime raspoložu, zakonom je na taj način u cilju podsticanja sporazumnog finansijskog restrukturiranja propisan obavezan period obustave ispunjenja potraživanja i zabrane izvršenja, koji se ustanovljava saglasnošću volja poverilaca i dužnika,

Period mirovanja dugova (trajanje moratorijuma) utvrđuje se ugovorom o mirovanju dugova. Ugovor o mirovanju dugova predstavlja osnov za obustavu izvršenja u prinudnoj naplati sa računa privrednog društva u pogledu potraživanja poverilaca koji zaključuje taj ugovor, kao i za zabranu pokretanja izvršnog postupka, odnosno odlaganje izvršenja pokrenutog na predlog izvršnog poverioca koji je zaključio taj ugovor. Tokom ovog vremenski ograničenog perioda, poverioci koji reše da pristupe sporazumnom finansijskom restrukturiranju privrednih društava neće moći da traže prinudnu naplatu svojih potraživanja sa računa privrednog društva – dužnika, niti da protiv njega sprovede postupak izvršenja.

Ako su sredstva privrednog društva već blokirana na osnovu potraživanja ovih poverilaca, ugovor o mirovanju dugova predstavlja osnov za deblokadu računa.

⁴ “Službeni list SRJ”, br. 3/2002, 5/2003, “Službeni glasnik RS”, br. 43/2004, 62/2006, 111/2009, 31/2011.

⁵ Mirovanje dugova uređeno je članom 12. Zakona o sporazumnom finansijskom restrukturiranju privrednih društava.

Naime, ako su sredstva dužnika na njegovim računima u blokadi, dužnik ili bilo koji poverilac koji zaključi ugovor o mirovanju dugova dostavlja organizaciji koja sprovodi prinudnu naplatu sa računa dužnika, taj ugovor radi obustave izvršenja u prinudnoj naplati sa računa dužnika po osnovu podnetih menica i drugih sredstava plaćanja u pogledu potraživanja poverilaca koji su zaključili taj ugovor.

Zaključenje ugovora o mirovanju dugova i moratorijum, kao pravna posledica njegovog zaključenja, 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 ispuni. Posmatrano sa stanovišta poverioca, obligacija predstavlja potraživanje, dok sa stanovišta dužnika, ona znači dug.⁶ Dok traje moratorijum, poverilac nema ovlašćenje da u postupku prinudne naplate ili u postupku prinudnog izvršenja pred sudom ili izvršiteljom, zahteva od druge strane ispunjenje obligacije.⁷

Na ovaj način omogućava poslovni „predah“ privrednom društvu u finansijskim teškoćama i njegovoj privremenoj konsolidaciji, kako bi se stvorili uslovi i pretpostavke za finansijsko restrukturiranje tog društva, a istovremeno utiče se na poverioce da se ozbiljno angažuju u finansijskom restrukturiranju tog društva. Ugovor o mirovanju dugova se zaključuje u pismenoj formi, iz razloga pravne sigurnosti.

2. Zabrana i prekid izvršenja na imovini korporativnog dužnika i dejstvo moratorijuma na stvarno-pravne zahteve

Pored obustave izvršenja u prinudnoj naplati sa računa privrednog društva, zakon propisuje i zabranu ili odlaganje izvršenja, koje se, dakle, ne odnosi se samo na izvršenje na sredstvima na račun izvršnog dužnika, već i na sva druga sredstva i predmete izvršenja radi naplate novčanog potraživanja iz Zakona o izvršenju i obezbeđenju, npr. na izvršenje na pokretnim stvarima, na nepokretnostima, na potraživanjima izvršnog dužnika prema njegovim dužnicima itd. Pored toga, zabrana ili odlaganje izvršenja odnosi se i na ostvarivanje nenovčanih potraživanja poverilaca, kao što su predaja pokretnih stvari (npr. isporuka neke robe u određenoj količini), dakle na obligaciona potraživanja, koja se odnose na imovinu izvršnog dužnika.

Međutim, zabrana pokretanja prinudnog izvršenja, radi namirenja potraživanja poverilaca koji su zaključili ugovor o mirovanju dugova, kao i obavezan prekid izvršnog postupka, odnosi se samo na postupke prinudne naplate novčanih i nenovčanih potraživanja, uključujući i troškove parničnog i izvršnog postupka, ali se ne

⁶ Perović S., Obligaciono pravo, NIU “Službeni list SFRJ” Beograd, 1986. godina, strana 7.

⁷ Dukić-Mijatović M., Uticaj nemačkog stečajnog prava na razvoj stečajnog zakonodavstva u Srbiji, Uvod u pravo Nemačke, Tematski zbornik radova izdavača Institut za uporedno pravo Beograd, str. 507-524, 2011.

odnosi na izvršenje presude o predaji pokretnih stvari ili o ispražnjenju i predaji nepokretnosti poveriocu, koja je doneta po svojinskoj tužbi, jer se izvršenjem takve presude ne dira u imovinu korporativnog dužnika, koji se restrukturira, s obzirom da je takvom presudom dužnik obavezan da poveriocu preda imovinu koja pripada poveriocu, a ne dužniku.

Takođe, zabrana određivanja ili sprovođenja prinudnog izvršenja ne odnosi se na izvršenje rešenja o smetanju državine (smetanje poseda), jer se uspostavljanjem predašnjeg stanja državine u postupku prinudnog izvršenja ne dira u imovinu subjekta restrukturiranja.

S druge strane, zbog specifične, dvojne pravne prirode ugovora o lizingu,⁸ koji ima elemente ugovora o zakupu i elemente prodaje sa obročnim otplatama cene, zabrana ili odlaganje izvršenja kao posledica moratorijuma odnosi se i na pravo davaoca lizinga na povraćaj predmeta lizinga, iako je reč o stvarno-pravnom zahtevu, ako kao jedan od poverilaca učestvuje u pregovorima i zaključi ugovor o mirovanju dugova. Zaključak o stvarno-pravnoj prirodi zahteva za povraćaj predmeta lizinga zasniva se na činjenici da davalac lizinga ima pravo svojine na predmetu lizinga sve do isplate poslednje rate lizing-naknade. Posao finansijskog lizinga je posao finansijskog posredovanja koji obavlja davalac lizinga i koji podrazumeva da davalac lizinga, zadržavajući pravo svojine nad predmetom lizinga, na primaoca lizinga prenosi, na određeni vremenski period, ovlašćenje držanja i korišćenja predmeta lizinga, sa svim rizicima i svim koristima povezanim sa pravom svojine, a primalac mu za to plaća lizing naknadu, s tim što se pravo svojine nad predmetom lizinga prenosi sa davaoca na primaoca lizinga istekom roka na koji je zaključen ugovor i po izvršenoj isplati ukupno ugovorenog iznosa lizinga naknade.⁹ Ugovor o lizingu je ugovor sa mešovitim prirodom, jer sadrži elemente raznih drugih ugovora (prodaja, zakup, kredit i sl.). U pravnoj teoriji ovaj ugovor se svrstava u ugovore o višim oblicima privredne saradnje.¹⁰ Ugovorom o lizingu se u suštini postiže isti efekat kao i kod kupoprodaje sa obročnim otplatama cene, pa se na taj odnos primenjuju pravila iz čl. 542–551. Zakona o obligacionim odnosima o prodaji sa obročnim otplatama cene, kao posebnoj vrsti kupoprodaje.¹¹

Takvo tumačenje o dejstvu zabrane ili odlaganja izvršenja kao posledice moratorijuma i na pravo davaoca lizinga na povraćaj predmeta lizinga, zasniva se na sličnom pravilu koje je izričito propisano članom 95. Zakona o stečaju, prema kome se odredbe ovog zakona o zabrani izvršenja i namirenja shodno primenjuju i na ostvarivanje prava davaoca finansijskog lizinga na izlučenje iz stečaja predmeta lizinga do odluke o bankrotstvu stečajnog dužnika, odnosno do potvrđivanja usvojenog plana reorganizacije. U slučaju uspeha pregovora i zaključenja ugovora o finan-

⁸ Dukić-Mijatović M., Stečajno pravo, Pravni fakultet Univerziteta Privredna akademija, Novi Sad, 2010. godina, str. 217.

⁹ Član 2. Zakona o finansijskom lizingu (“Službeni glasnik”, br. 55/2003, 61/2005, 31/2011).

¹⁰ Vasiljević M., Poslovno pravo, Savremena administracija d.d, Beograd, 1997. godina, str. 642. i 669.

¹¹ Perović S., navedeno delo, str. 591.

sijskom restrukturiranju, korporativni dužnik bio bi u obavezi da predmet lizinga preda davaocu lizinga, ukoliko zaključeni ugovor o finansijskom restrukturiranju ne predviđa nastavak korišćenja predmeta lizinga uz plaćanje lizing naknade u skladu sa ugovorom o lizingu ili prema izmenjenim uslovima.

3. Podnošenje tužbe radi sprečavanja zastarelosti potraživanja i prekluzije

Saglasno navedenom, u toku mirovanja dugova (moratorijuma) poverioci koji su zaključili ugovor o mirovanju dugova ne mogu preduzimati bilo kakve radnje u cilju naplate potraživanja, osim podnošenja tužbi radi naplate potraživanja u cilju sprečavanja nastupanja zastarelosti svog potraživanja. Dakle, prema citiranom propisu, ugovor o mirovanju dugova predstavlja procesnu smetnju za pokretanje postupka pred sudovima i drugim organima u cilju naplate potraživanja. To znači da nije dozvoljeno podnošenje tužbe ili predloga za izvršenje protiv dužnika u toku moratorijuma. Sud će odbaciti tužbu ili predlog za izvršenje kao nedozvoljen zbog postojanja navedene procesne smetnje.

Izuzetak je podnošenje tužbe u cilju sprečavanja nastupanja zastarelosti potraživanja. Član 388. Zakona o obligacionim odnosima propisuje da se zastarevanje prekida podizanjem tužbe i svakom drugom poveriočevom radnjom preduzetom protiv dužnika pred sudom ili drugim nadležnim organom, u cilju utvrđivanja, obezbeđenja ili ostvarenja potraživanja, dok je članom 392. stav 3. istog zakona propisano da kad je prekid zastarevanja nastao podizanjem tužbe ili pozivanjem u zaštitu, ili isticanjem prebijanja potraživanja u sporu, odnosno prijavljivanjem potraživanja u nekom drugom postupku, zastarevanje počinje teći iznova od dana kad je spor okončan ili svršen na neki drugi način.

Postavlja se, međutim, pitanje da li poverioci koji su zaključili ugovor o mirovanju dugova, mogu u toku trajanja moratorijuma podneti tužbu iz nekog drugog razloga, a ne samo u cilju sprečavanja nastupanja zastarelosti svog potraživanja. Naime, pored zastarelosti potraživanja, u pravu postoje i neki drugi rokovi čiji protek ima nepovoljne posledice po poverioce. U pitanju su prekluzivni rokovi, koji dovode do gubitka prava. Naime, prema članu 360. st. 1. i 3. Zakona o obligacionim odnosima, zastarelošću prestaje pravo zahtevati ispunjenje obaveze, dok se sud ne može obazirati na zastarelost ako se dužnik na nju nije pozvao. Ako je dužnik ispunio zastarelu obavezu, dužnik nema pravo da zahteva da mu se vrati ono što je dao, čak i ako nije znao da je obaveza zastarela.¹²

U pravnoj teoriji ističe se da zastarelost ima za posledicu da jedna civilna (utuživa) obligacija izgubi to svojstvo i pretvori se u naturalnu (neutuživu) obligaciju, ali produžava svoju egzistenciju iako u tom transformisanom obliku.¹³

¹² Član 367. Zakona o obligacionim odnosima.

¹³ Đorđević - Stanković, Obligaciono pravo, Naučna knjiga, Beograd, 1987, str. 708.

Zakon razlikuje zastarelost od prekluzivnih rokova za podizanje tužbe ili izvršenje određene radnje pod pretnjom gubitka prava. U članu 370. Zakona o obligacionim odnosima izričito je propisano da se pravila o zastarelosti ne primenjuju u slučajevima kada su u zakonu određeni rokovi u kojima treba da se podigne tužba ili da se izvrši određena radnja pod pretnjom gubitka prava. Reč je o prekluzivnim rokovima, koji se u praksi često pogrešno označavaju kao zastarelost. Kao primer prekluzivnog roka za podizanje tužbe može se navesti odredba člana 616. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima, u kome je propisano da naručilac koji je poslenika obavestio o nedostacima izvršenog posla, ne može svoje pravo ostvariti sudskim putem po isteku godine dana od učinjenog obaveštenja.

Prema tome, prekluzivne rokove valja jasno razlikovati od zastarelosti. U pravnoj teoriji ističe se da je prekluzivni rok zakonom određeno vreme u kome može da se vrši jedno subjektivno pravo i čijim istekom to pravo definitivno prestaje. Prekluzivni rok se razlikuje od zastarelosti ne samo po pravnim dejstvima koja izaziva, već i po tome što o prekluzivnom roku sud vodi računa po službenoj dužnosti.¹⁴

Zakon o sporazumnom finansijskom restrukturiranju privrednih društava ne pravi razliku između zastarelosti potraživanja i materijalno-pravnih prekluzivnih rokova, što znači da je dozvoljeno podnošenje tužbe u toku mirovanja dugova (mrotatorijuma) ne samo radi sprečavanja nastupanja zastarelosti potraživanja, već i radi sprečavanja gubitka prava zbog isteka prekluzivnog roka, npr. radi ostvarivanja prava naručioca na naknadu štete zbog nedostatka izvršenog posla, pre isteka godine dana od učinjenog obaveštenja posleniku.

Ukoliko su u ugovoru o mirovanju dugova navedene obaveze dužnika, takav ugovor istovremeno predstavlja priznanje obaveze, koje dovodi do prekida zastarevanja, odnosno do odricanja od već nastupile zastarelosti, s obzirom da se zaključuje u pisanoj formi.¹⁵

4. Odluka o odlaganju izvršenja

Poverilac koji zaključi ugovor o mirovanju dugova dužan je da bez odlaganja dostavi sudskim i drugim organima pred kojima se na zahtev ovih poverilaca vodi postupak izvršenja, odnosno prinudne naplate - zahtev za odlaganje tog izvršenja, odnosno naplate do isteka perioda mirovanja dugova. S druge strane, sud, odnosno drugi organ pred kojim se vodi postupak izvršenja, odnosno prinudne naplate, dužan je da odmah po prijemu zahteva, a najkasnije u roku od dva radna dana donese odluku o odlaganju izvršenja i da je odmah, a najkasnije narednog radnog dana po donošenju dostavi organizaciji koja sprovodi prinudnu naplatu sa računa dužnika, odnosno drugom nadležnom organu ili organizaciji.

¹⁴ Ibidem, str. 715.

¹⁵ U članu 387. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima propisano je da se zastarevanje se prekida kada dužnik prizna dug, a u član 366. stav 1. da se pismeno priznanje zastarele obaveze smatra kao odricanje od zastarelosti.

Propisujući obavezno odlaganje izvršenja u toku moratorijuma, Zakon o sporazumnom finansijskom restrukturiranju privrednih društava, načinio je izuzetak odnosno odstupanje od načela hitnosti iz Zakona o izvršenju i obezbeđenju¹⁶ koji u članu 6. propisuje da je postupak izvršenja i obezbeđenja hitan, kao i da u postupku izvršenja i obezbeđenja odlaganje nije dozvoljeno, osim ako zakonom nije izričito propisano drugačije.

Zakon o sporazumnom finansijskom restrukturiranju privrednih društava propisuje da sud odluku o odlaganju izvršenja donosi na osnovu zahteva poverioca. Međutim, s obzirom na cilj i suštinu moratorijuma, smatramo da predlog za odlaganje izvršenja može podneti i dužnik.

Posebnim pravilima koja su sastavni deo načela postupanja u dobroj veri, u toku mirovanja dugova dužniku je zabranjeno da preduzima radnje koje bi mogle sprečiti ili otežati naplatu potraživanja poverilaca koji su zaključili ugovor o mirovanju dugova.¹⁷ To znači da u periodu mirovanja dugova korporativni dužnik ne može da preduzima bilo kakve radnje koje bi mogle osujetiti, otežati ili na drugi način loše uticati na kolektivnu ili individualnu naplatu duga, što uključuje neposredne i posredne radnje i uticaje, gde spada i uticaj na kvalitet svog poslovanja, kao i aktivne (komisivne) i pasivne (omisivne) radnje, tj. činjenje i nečinjenje, odnosno propuštanje činjenja i uzdržavanje od činjenja.¹⁸

5. Raspodavanje potraživanjem u toku moratorijuma

Zakonom o sporazumnom finansijskom restrukturiranju privrednih društava propisano je da u periodu mirovanja dugova poverilac može raspolagati svojim potraživanjem, osim ako ugovorom o mirovanju dugova nije drugačije uređeno. U tom slučaju, sticalac potraživanja stupa u sva prava i obaveze prenosioca potraživanja iz tog ugovora. Na ovaj način regulisani su instituti koji imaju obeležja više instituta iz Zakona o obligacionim odnosima, a pre svega cesije i ustupanja ugovora. Zakon o obligacionim odnosima ne upotrebljava termin „*raspodavanje potraživanjem*“ već cesiju reguliše u delu o promeni poverioca ili dužnika, a ustupanje ugovora u delu o dvostranim ugovorima.

Ustupanje potraživanja vrši se ugovorom o cesiji. Poverilac može ugovorom zaključenim sa trećim preneti na ovoga svoje potraživanje, izuzev onog čiji je prenos zabranjen zakonom ili koje je vezano za ličnost poverioca, ili koje se po svojoj prirodi protivi prenošenju na drugoga.¹⁹ Dakle, ugovorom o cesiji poverilac (ustupilac, cedent) trećem licu (cesionaru) ustupa samo potraživanje koje ima prema dužniku

¹⁶ „Službeni glasnik RS”, br. 31/2011.

¹⁷ Član 7. stav 3. Zakona o sporazumnom finansijskom restrukturiranju privrednih društava.

¹⁸ Objašnjenja osnovnih pravnih instituta i pojedinačnih rešenja, uz predlog Zakona o sporazumnom finansijskom restrukturiranju privrednih društava.

¹⁹ Član 436. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima.

(cezusu), a ne i neke svoje obaveze. Cesijom se vrši promena poverioca u obligaciji, odnosno obligacionom odnosu, ali ne dolazi do promene dužnika, jer dužnik ostaje isto lice. S druge strane, ustupanjem ugovora treće lice postaje nosilac svih prava i obaveza iz tog ugovora. Svaka strana u dvostranom ugovoru može, ako na to pristane druga strana, ustupiti ugovor nekom trećem licu, koje time postaje nosilac svih njenih prava i obaveza iz tog ugovora. Ustupanjem ugovora ugovorni odnos između ustupioца i druge strane prelazi na prijemnika i drugu stranu u času kad je druga strana pristala na ustupanje, a ako je druga strana dala svoj pristanak unapred, u času kad je obavještena o ustupanju.²⁰

Dakle, iako Zakon o sporazumnom finansijskom restrukturiranju privrednih društava za označavanje navedene promene koristi termin „*raspolaganje potraživanjem*“ koji asocira na cesiju, kao pravnu posledicu takvog raspolaganja predviđa da „sticalac potraživanja stupa u sva prava i obaveze prenosioца potraživanja iz tog ugovora“, što više odgovara institutu ustupanja ugovora iz člana 145. Zakona o obligacionim odnosima. Naime, ako prenosilac potraživanja ima istovremeno i određene obaveze prema dužniku (takav je slučaj sa dvostrano-obaveznim ugovorima ili drugim pravnim poslovima u kojima postoje uzajamne obaveze) tada je poverilac istovremeno i dužnik privrednog društva u finansijskim teškoćama prema kome se sprovodi postupak finansijskog restrukturiranja. Po citiranim opštim odredbama Zakona o obligacionim odnosima za ustupanje ugovora, potreban je pristanak druge ugovorne strane. A prema Zakonu o sporazumnom finansijskom restrukturiranju privrednih društava za „*raspolaganje potraživanjem*“ u periodu mirovanja dugova, poverioцу nije potreban pristanak dužnika, s tim što se mogućnost raspolaganja potraživanjem može isključiti ugovorom o mirovanju dugova, dakle na autonomnoj osnovi - saglasnošću volja poverioca i korporativnog dužnika (član 12. stav 8). Pored toga, nije dovoljno jasno koji je ugovor imao u vidu zakonodavac – da li ugovor koji predstavlja osnovni pravni posao iz koga potiče poverioćevo potraživanje (npr. ugovor o kreditu, koji je obezbeđen garantnim depozitom) ili ugovor o mirovanju dugova. U svakom slučaju, može se zaključiti da je Zakon o sporazumnom finansijskom restrukturiranju privrednih društava, prilikom regulisanja „*raspolaganja potraživanjem*“ u toku moratorijama napravio određena odstupanja od opštih pravila iz Zakona o obligacionim odnosima, koja regulišu promenu poverioca ili dužnika.

Kada je u pitanju „*raspolaganje potraživanjem*“ potrebno je ukazati na određene restriktivne odredbe iz člana 46. Zakona o platnom prometu koji zabranjuje promenu poverilaca, odnosno dužnika, čiji su računi blokirani radi izvršenja prinudne naplate. Kako je dužnik u postupku restrukturiranja privredno društvo u finansijskim teškoćama, a među kojima je i nesposobnost plaćanja (nelikvidnost), postoji mogućnost da su njegovi računi blokirani radi izvršenja prinudne naplate, pa se u tom slučaju postavlja pitanje punovažnosti „*raspolaganja potraživanjem*“ na način predviđen u članu 12. st. 7. i 8. Zakona o sporazumnom finansijskom restrukturiranju. Međutim, iako to nije izričito propisano, zakonska zabrana promene poverioca

²⁰ Član 145. Zakona o obligacionim odnosima.

(cesijom ili na drugi način) trebalo bi da se odnosi samo na situaciju kada su poveriočevi računi blokirani, a ne i kada je samo dužnik u blokadi, jer se ustupanjem potraživanja prema dužniku u blokadi, ne menja niti remeti redosled prinudne naplate.

Propisivanjem odredbe prema kojoj sticalac potraživanja stupa u sva prava i obaveze prenosioca potraživanja, otklanjaju se dileme o sudbini započetih pregovora i moratorijuma u odnosu na novog učesnika finansijskog restrukturiranja. Ako na poverilačkoj strani postoje samo dve banke, pa ukoliko jedna banka raspolaže potraživanjem u celini, prestaje procesni uslov za sporazumno finansijsko restrukturiranje privrednog društva, čime restrukturiranje prestaje po sili zakona.

6. Dejstvo prestanka moratorijuma na izvršenje i red prvenstva u prinudnoj naplati

Ako se poverioci i privredno društvo u periodu mirovanja dugova ne sporazumeju o ponovnom uređivanju dužničko-poverilačkih odnosa, tj. ako ne zaključe ugovor o finansijskom restrukturiranju, poverioci istekom perioda mirovanja dugova ponovo stiču pravo na pokretanje naplate potraživanja s računa tog privrednog društva, odnosno pravo na započinjanje ili nastavak postupka prinudnog izvršenja. Dakle, ako se banke, drugi poverioci i korporativni dužnik ne sporazumeju o redefinisiranju dužničko-poverilačkih odnosa tokom perioda mirovanja dugova, te ako ne dođe do sporazumnog finansijskog restrukturiranja zaključenjem odgovarajućeg ugovora, danom isteka perioda mirovanja dugova poverioci koji su učestvovali u ovom finansijskom restrukturiranju mogu ponovo da vrše sve radnje u cilju naplate svojih potraživanja na koje su imali pravo i pre nastupanja mirovanja dugova - da ponovo blokiraju račun privrednog dužnika, odnosno da nastave postupak prinudnog izvršenja koje sprovodi sud ili izvršitelj u skladu sa Zakonom o izvršenju i obezbeđenju.

Zakon o sporazumnom finansijskom restrukturiranju privrednih društava ne propisuje da li u slučaju neuspeha pregovora i prestanka moratorijuma poverioci zadržavaju red prvenstva u prinudnoj naplati potraživanja, ili ne iz člana 47. Zakona o platnom prometu i člana 186. Zakona o izvršenju i obezbeđenju.

U nedostatku izričite zakonske odredbe, a s obzirom da je pravna posledica moratorijuma obustava izvršenja u prinudnoj naplati, odnosno odlaganje izvršenja, prihvatljivo je mišljenje da u slučaju neuspeha pregovora i prestanka moratorijuma poverioci gube svoje red prvenstva u prinudnoj naplati potraživanja, koji su imali pre zaključenja ugovora o mirovanju dugova.²¹

²¹ Objašnjenja osnovnih pravnih instituta i pojedinačnih rešenja, uz predlog Zakona o sporazumnom finansijskom restrukturiranju privrednih društava.

7. Mere zaštite potraživanja poverilaca

Pored načelne zabrane preduzimanja radnji koje bi mogle sprečiti ili otežati naplatu potraživanja poverilaca koji su zaključili ugovor o mirovanju dugova, koja je sastavni deo zakonskog načela postupanja u dobroj veri,²² ugovorom o mirovanju dugova moguće je predvideti posebne mere zaštite potraživanja poverilaca.

Iako je reč o neobaveznoj sadržini ugovora, koja je predviđena podzakonskim aktom - Pravilnikom o sadržini ugovora o mirovanju dugova, dopuštanje ugovaranja posebnih mera zaštite potraživanja poverilaca predstavlja veoma značajan instrument koji doprinosi smanjenju poslovnih i pravnih rizika poverilaca koji se upuštaju u poduhvat sporazumnog finansijskog restrukturiranja, čiji se ishod ne može sa sigurnošću predvideti, a čija je obavezna faza moratorijum.

Mere zaštite potraživanja poverilaca obuhvataju naročito: ograničenja i praćenje plaćanja, izmirivanja obaveza, zaduživanja i drugih transfera i transakcija dužnika, kao što je prethodna ili naknadna saglasnost (dozvola ili odobrenje) ili imenovanje lica ovlašćenog za sopotpisivanje isprava kojima dužnik vrši novčane transakcije u toku mirovanja dugova, uključujući uređenje pitanja odgovornosti ovog lica.²³ Na ovaj način, dopušteno je korišćenje, na autonomnoj osnovi, više instituta kojim poverioci mogu da kontrolišu i prate poslovanje korporativnog dužnika, npr. nova zaduživanja uzimanjem kredita, davanjem jemstva, zasnivanjem hipoteka, kao i zaključivanje drugih ugovora i pravnih poslova kojima bi se, preuzimanjem novih glavnih ili akcesornih obaveza, opteretila imovina ili pogoršao položaj poverioca koji učestvuju u postupku sporazumnog finansijskog restrukturiranja.

Prethodna ili naknadna saglasnost (dozvola ili odobrenje) kao mera zaštite potraživanja poverilaca iz ugovora o mirovanju dugova, ima određenih sličnosti sa institutom saglasnosti za zaključenje ugovora iz člana 55. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima u kome je propisano kad je opštim aktom pravnog lica određeno i u registar upisano da njegov zastupnik može zaključiti određeni ugovor samo uz saglasnost nekog organa, saglasnost se može dati prethodno, istovremeno ili naknadno, ako šta drugo nije upisano u registar. Razlika je u tome što se u prvom slučaju ne traži da ograničenje bude propisano opštim aktom korporativnog dužnika, niti da je upisano u Registar privrednih subjekata. Takođe, kod restrukturiranja ograničenje se odnosi na korporativnog dužnika kao pravno lice, a ograničenje iz Zakona o obligacionim odnosima odnosi se na njegovog statutarnog zastupnika. U prvom slučaju saglasnost (dozvolu ili odobrenje) daju poverioci, a ne organ dužnika. Zato se postavlja pitanje domašaja ovog ograničenja prema trećem, savesnom licu sa kojim bi korporativni dužnik zaključio ugovor ili drugi pravni posao o novom zaduživanju, bez saglasnosti poverilaca predviđene ugovorom o mirovanju dugova. U svakom

²² Član 7. stav 3. Zakona o sporazumnom finansijskom restrukturiranju privrednih društava.

²³ Član 3. stav 1. tačka 2. Pravilnika o sadržini ugovora o mirovanju dugova.

slučaju takvo ograničenje bi trebalo da bude registrovano da bi moglo da ima pravno dejstvo prema trećim licima.

Imenovanje lica ovlašćenog za sapotpisivanje isprava kojima dužnik vrši novčane transakcije u toku mirovanja dugova, kao mera zaštite potraživanja poverilaca, ima veći pravni i praktični značaj, s obzirom da je to lice obavezno da deponuje svoj potpis kod banke koja vodi račun privrednog društva, a ograničenje sapotpisivanja isprava se registruje u registru privrednih subjekata.²⁴ Pravilnik o sadržini ugovora o mirovanju dugova upotrebljava termin „sapotpisivanje“ i ovo ograničenje vezuje za potpisivanje „isprava kojima dužnik vrši novčane transakcije u toku mirovanja dugova“. Postavlja se pitanje na koje pravne poslove se odnosi ograničenje „sapotpisivanja“. Izraz „novčane transakcije“ sličan je pojmu „transakcija plaćanja“ koji se koristi u Zakonu o platnom prometu, pa sledi zaključak da se ugovorom o mirovanju dugova može imenovati lice ovlašćeno za sapotpisivanje naloga za plaćanje, koje korporativni dužnik izdaje svojoj banci uz instrukciju za transfer sredstava s njegovog računa poveriocu, ili na račun poverioca.²⁵ Međutim, kako se izrazi „novčane transakcije“ i „transakcije plaćanja“ ne podudaraju, „sapotpisivanje isprava“ kao mera zaštite potraživanja poverilaca koji učestvuju u postupku sporazumnog finansijskog restrukturiranja, mogla bi se primeniti i na druge pravne poslove kojima se regulišu ili obezbeđuju novčani tokovi, a pre svega na zaključenje novih ugovora o kreditu, davanje jemstva, zasnivanje hipoteka, kojima bi se pogoršao položaj poverilaca, učesnika restrukturiranja. Na ovaj način poveriocima se omogućava da vrše neposrednu kontrolu i utiču na poslovanje korporativnog dužnika, pre svega kroz zastupničku funkciju, a posredno i na upravljačku funkciju,²⁶ bez ulaženja u njegovu vlasničku strukturu, odnosno bez sticanja svojstva člana ili akcionara privrednog društva putem konverzije potraživanja u kapital.

Postavlja se pitanje domašaja ovog ograničenja prema trećem, savesnom licu sa kojim bi korporativni dužnik u toku mirovanja dugova zaključio ugovor ili drugi pravni posao kojim se vrše novčane transakcije, bez sapotpisa lica imenovanog ugovorom o mirovanju dugova, kada je ograničenje sapotpisivanja isprava registrovano u registru privrednih subjekata.

Zakon o privrednim društvima²⁷ u članu 33. propisuje da je zastupnik dužan da postupa u skladu sa ograničenjima svojih ovlašćenja koja su utvrđena aktima društva ili odlukama nadležnih organa društva (stav 1). Kako potpisivanju ugovora o mirovanju dugova prethodi odluka nadležnih organa društva, jasno je da je zastu-

²⁴ Član 3. st. 2. i 3. Pravilnika o sadržini ugovora o mirovanju dugova.

²⁵ U članu 4. stav 1. Zakona o platnom prometu predviđeno je da transakcija plaćanja može biti **transfer odobrenja** ili transfer zaduženja, dok je u stavu 3. istog člana definisano da je **transfer odobrenja** transakcija plaćanja koju **inicira dužnik**, koji nalog za plaćanje izdaje svojoj banci i daje joj instrukciju za transfer sredstava s njegovog računa poveriocu, ili na račun poverioca.

²⁶ Kozar V., Pravne posledice sporazumnog finansijskog restrukturiranja privrednih društava, „Pravo i privreda“, Udruženje pravnika u privredi Srbije, Beograd, br. 4-6, 2012. godina, strana 240.

²⁷ „Službeni glasnik RS“, br. 36/2011, 99/2011

pnik dužan da postupa u skladu sa ograničenjima svojih ovlašćenja koja su utvrđena ugovorom o mirovanju dugova, pa i sa ograničenjem sapotpisivanja isprava. Međutim, Zakon o privrednim društvima postavlja pravilo da prema trećim licima registrovana ograničenja ovlašćenja zastupnika (pa time i neregistrovana) nemaju pravno dejstvo,²⁸ propisujući da se ograničenja ovlašćenja zastupnika ne mogu isticati prema trećim licima (stav 2).

Izuzetno ovaj zakon propisuje da se ograničenja ovlašćenja zastupnika u vidu obaveznog supotpisa mogu isticati prema trećim licima, ako su registrovana u skladu sa zakonom o registraciji (stav 3), dakle u skladu sa Zakonom o postupku registracije u Agenciji za privredne registre.²⁹ Reč je o ograničenju koje se sastoji u zajedničkom sklapanju poslova od strane više zastupnika i prokurista (supotpis).³⁰

Ćitirane odredbe Zakona o privrednim društvima o dejstvu registrovanog ograničenja supotpisa prema trećim licima, mogu se primeniti i na dejstvo ograničenja „sapotpisivanja isprava kojima dužnik vrši novčane transakcije u toku mirovanja dugova“, kao mere zaštite potraživanja poverilaca u postupku sporazumnog finansijskog restrukturiranja. To ukazuje da je „sapotpisivanje“ odnosno obavezan supotpis, jedino delotvorno ograničenje korporativnog dužnika, odnosno ovlašćenja njegovog zastupnika, naravno pod uslovom da je registrovano u Registru privrednih subjekata.³¹

Pravilnik o sadržini ugovora o mirovanju dugova dopušta ugovaranje i drugih mera zaštite potraživanja poverilaca koje u njemu nisu izričito nabrojane, saglasno načelu slobode ugovaranja, koje moraju biti u granicama prinudnih propisa, javnog poretka i dobrih običaja.³²

Pored mera zaštite potraživanja poverilaca, navedeni pravilnik omogućava ugovaranje dodatnih sredstava obezbeđenja, odnosno garancija i jemstava.

8. Sličnosti i razlike između moratorijuma i instituta iz drugih postupaka

8.1. Mere obezbeđenja u prethodnom stečajnom postupku

Moratorijum, mirovanje dugova kao privremena obustava ispunjenja obaveza i zabrana pokretanja, odnosno odlaganje izvršenja prema privrednom društvu u po-

²⁸ Vasiljević M., Vodič za primenu Zakona o privrednim društvima, Intermex, Beograd, 2011. godina, strana 78.

²⁹ “Službeni glasnik RS”, br. 99/2011.

³⁰ Vasiljević M., Vodič za primenu Zakona o privrednim društvima, Intermex, Beograd, 2011. godina, strana 78.

³¹ Kozar V., Pravne posledice sporazumnog finansijskog restrukturiranja privrednih društava, “Pravo i privreda”, Udruženje pravika u privredi Srbije, Beograd, br. 4-6, 2012. godina, strana 241.

³² Načelo autonomije volje iz člana 10. Zakona o obligacionim odnosima.

gledu poverilaca koji učestvuju u finansijskom restrukturiranju, slična je zabrani ili privremenom odlaganju sprovođenje izvršenja prema stečajnom dužniku kao jednoj od mera obezbeđenja u prethodnom stečajnom postupku iz čl. 62. i 63. Zakona o stečaju, odnosno zabrani izvršenja u toku administrativnog upravljanja bankom, prema kojoj imovina banke ne može biti predmet izvršenja, dok se prekidaju svi sudski i upravni postupci protiv banke.³³ Moratorijum štiti stečajnog dužnika dajući mu mogućnost da se konsoliduje pre nego što poverioci počnu sa naplatom potraživanja, kao i da bi stečajni upravnik pripremio prodaju imovine dužnika kada postupak ide u pravcu bankrota.³⁴

Takođe, moratorijum je sličan zabrani izvršenja i namirenja koja je posledica otvaranja stečajnog postupka.³⁵ Reč je 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.³⁶ Tako se gubici koje za poverioce prouzrokuje stečaj, među njima ravnomerno raspoređuju, ako se naplaćuju u istom isplatnom redu.³⁷ Zabrana pokretanja, odnosno prekid izvršnog postupka, ustanovljena je da bi se prinudnim izvršenjem pogodovalo samo onim poveriocima sa izvršnom ispravom.³⁸

Moratorijum je preuzet i Zakona o stečajnom postupku iz 2004. godine, a pre toga, u vreme važenja Zakona o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji³⁹ privremenom merom u prethodnom postupku mogla se uspostaviti samo određena privremena zabrana na strani dužnika radi obezbeđenja potraživanja poverilaca, a ne i zabrana poveriocu da u budućem periodu blokira račun-dužnika mimo odluka stečajnog veća, odnosno po novom zakonu – stečajnog sudije.⁴⁰

8.2. Restrukturiranje u postupku privatizacije

Prema članu 20ž Zakona o privatizaciji⁴¹, od dana donošenja odluke o restrukturiranju do dana donošenja odluke o okončanju restrukturiranja, ne može se protiv subjekta privatizacije, odnosno nad njegovom imovinom, odrediti ili sprovesti prinudno izvršenje niti bilo koja mera postupka izvršenja radi namirenja potraživanja.

³³ Član 3a stav 3. Zakona o stečaju i likvidaciji banaka i društava za osiguranje.

³⁴ Dukić – Mijatović M., Vodič kroz stečajni postupak, izdanje autora, Novi Sad, 2010. godina, strana 66.

³⁵ Član 93. st. 1. i 2. Zakona o stečaju.

³⁶ Vasiljević M., Poslovno pravo, Savremena administracija d.d, Beograd, 1997. godina, str. 334. i 335.

³⁷ Dukić – Mijatović M., Vodič kroz stečajni postupak, izdanje autora, Novi Sad, 2010. godina, strana 64.

³⁸ Jovanović – Zattila M. i V. Čolović V., Stečajno pravo, Dosije, Beograd, 2007, str. 70. i 71.

³⁹ „Službeni list SFRJ“, br. 84/89 i „Službeni list SRJ“ br. 37/93 i 28/96.

⁴⁰ Kozar V., Komentar stečajnih zakona, „Poslovni biro“, Beograd, 2010. godina, strana 42.

⁴¹ „Službeni glasnik RS“ br. 38/01, 18/03, 45/05, 123/07 i 30/2010.

Odluka o restrukturiranju ima snagu izvršne isprave. U suštini, reč je o svojevrsnom odlaganju izvršenja koje je bilo određeno radi naplate novčanog potraživanja na novčanim sredstvima koja se vode na računu izvršnog dužnika, odnosno odlaganju mera obezbeđenja, i to za period od dana donošenja odluke o restrukturiranju do dana donošenja odluke o okončanju restrukturiranja,⁴² a što predstavlja odstupanje od opštih pravila i načela hitnosti iz Zakona o izvršenju i obezbeđenju⁴³ koji u čl. 6. propisuje da je postupak izvršenja i obezbeđenja hitan, kao i da u postupku izvršenja i obezbeđenja odlaganje nije dozvoljeno, osim ako zakonom nije izričito propisano drugačije.

Zaključak

Jedna od osnovnih pretpostavki uspešnog sprovođenja sporazumnog finansijskog restrukturiranja privrednih društava jeste privremena obustava ispunjenja obaveza, uključujući obustavu izvršenja u prinudnoj naplati sa računa privrednog društva, kao i zabrana pokretanja izvršnog postupka, odnosno odlaganje izvršenja prema privrednom društvu u pogledu potraživanja poverilaca koji učestvuju u finansijskom restrukturiranju. Ova zabrana naziva se mirovanje dugova ili moratorijum.

Moratorijum je obavezna faza u toku postupka vansudskog finansijskog restrukturiranja, bez obzira što se pravno dejstvo moratorijuma zasniva na ugovoru o mirovanju dugova, koji se zaključuje između poverioca i dužnika, a ne na odredbi zakona.

Zabrana pokretanja prinudnog izvršenja, kao i obavezan prekid izvršnog postupka, odnosi se samo na postupke prinudne naplate novčanih i nenovčanih potraživanja, ali se ne odnosi na izvršenje presude o predaji pokretnih stvari ili o ispražnjenju i predaji nepokretnosti poveriocu, koja je doneta po svojinskoj tužbi, *jer se izvršenjem takve presude ne dira u imovinu korporativnog dužnika, s obzirom da je takvom presudom dužnik obavezan da poveriocu preda imovinu koja pripada poveriocu, a ne dužniku*. Takođe, ova zabrana ne odnosi se na izvršenje rešenja o smetanju državine (smetanje poseda), jer se uspostavljanjem predašnjeg stanja državine u postupku prinudnog izvršenja ne dira u imovinu subjekta restrukturiranja.

S druge strane, zbog specifične, dvojne pravne prirode ugovora o lizingu, koji ima elemente ugovora o zakupu i elemente prodaje sa obročnim otplatama cene, zabrana ili odlaganje izvršenja kao posledica moratorijuma odnosi se i na pravo davaoca lizinga na povraćaj predmeta lizinga, iako je reč o stvarno-pravnom zahtevu, ako kao jedan od poverilaca učestvuje u pregovorima i zaključi ugovora o mirovanju dugova.

⁴² Kozar V., Uticaj restrukturiranja i obaveznog otpuštanja duga u postupku privatizacije na izvršni postupak, časopis "Radno-pravni savetnik" br. 1/08, „Poslovni biro“, Beograd, 2008. godina; Kozar V., Petrović Z., Počuča M., Zastupanje pravnih lica u sudskim postupcima (Privredno procesno pravo), „Poslovni biro“, Beograd, 2010. godina, str. 64 – 66.

⁴³ "Službeni glasnik RS", br. 31/2011.

Izuzetak od zabrane preduzimanja bilo kakve radnje u cilju naplate potraživanja je podnošenje tužbe radi sprečavanja nastupanja zastarelosti potraživanja ili radi sprečavanja gubitka prava zbog isteka prekluzivnog roka.

Poverilac koji zaključi ugovor o mirovanju dugova dužan je da bez odlaganja dostavi sudskim i drugim organima pred kojima se na zahtev ovih poverilaca vodi postupak izvršenja, odnosno prinudne naplate - zahtev za odlaganje tog izvršenja, odnosno naplate do isteka perioda mirovanja dugova.

U periodu mirovanja dugova poverilac može raspolagati svojim potraživanjem, osim ako ugovorom o mirovanju dugova nije drugačije uređeno. U tom slučaju, sticalac potraživanja stupa u sva prava i obaveze prenosioca potraživanja iz tog ugovora. Ako na poverilačkoj strani postoje samo dve banke, pa ukoliko jedna banka raspolaže potraživanjem u celini, prestaje procesni uslov za sporazumno finansijsko restrukturiranje privrednog društva, čime restrukturiranje prestaje po sili zakona.

Ako se poverioci i privredno društvo u periodu mirovanja dugova ne sporazumeju o ponovnom uređivanju dužničko-poverilačkih odnosa, tj. ako ne zaključe ugovor o finansijskom restrukturiranju, poverioci istekom perioda mirovanja dugova ponovo stiču pravo na pokretanje naplate potraživanja s računa tog privrednog društva, odnosno pravo na započinjanje ili nastavak postupka prinudnog izvršenja. U slučaju neuspeha pregovora i prestanka moratorijuma poverioci gube svoj red prvenstva u prinudnoj naplati potraživanja, koji su imali pre zaključenja ugovora o mirovanju dugova.

Delotvorna mera zaštite potraživanja poverilaca u toku moratorijuma predstavlja ograničenje ovlašćenja statutarnog zastupnika u vidu obaveznog supotpisa.

Moratorijum, mirovanje dugova kao privremena obustava ispunjenja obaveza i zabrana pokretanja, odnosno odlaganje izvršenja prema privrednom društvu u pogledu poverilaca koji učestvuju u finansijskom restrukturiranju, slična je zabrani ili privremenom odlaganju sprovođenja izvršenja prema stečajnom dužniku kao jednoj od mera obezbeđenja u prethodnom stečajnom postupku, odnosno zabrani izvršenja u toku administrativnog upravljanja bankom. Takođe, moratorijum je sličan zabrani izvršenja i namirenja koja je posledica otvaranja stečajnog postupka, a takva zabrana važi u u toku restrukturiranja u postupku privatizacije.

LITERATURA

Dukić-Mijatović M., Pregled zakonskih procedura u postupku utvrđivanja potraživanja stečajnih zakona u regionu, Tematski zbornik radova „Pravo zemalja u regionu2, izdavač Institut za uporedno pravo, Beograd, str. 368-390, 2010.

Dukić-Mijatović M., Uticaj nemačkog stečajnog prava na razvoj stečajnog zakonodavstva u Srbiji, Uvod u pravo Nemačke, Tematski zbornik radova, izdavač Institut za uporedno pravo Beograd, str. 507-524, 2011.

- Dukić-Mijatović M., Stečajno pravo, Pravni fakultet Univerziteta Privredna akademija, Novi Sad, 2010. godina.
- Dukić-Mijatović M., Vodič kroz stečajni postupak, izdanje autora, Novi Sad, 2010. godina.
- Đorđević - Stanković, Obligaciono pravo, Naučna knjiga, Beograd, 1987.
- Jovanović – Zattila M. i V. Čolović V., Stečajno pravo, Dosije, Beograd, 2007.
- Kozar V., Pravne posledice o sporazumnom finansijskom restrukturiranju privrednih društava, "Pravo i privreda", Udruženje pravnika u privredi Srbije, Beograd, br. 4-6, 2012. godina, str. 236-250.
- Kozar V., Komentar stečajnih zakona, „Poslovni biro“, Beograd, 2010. godina.
- Kozar V., Uticaj restrukturiranja i obaveznog otpuštanja duga u postupku privatizacije na izvršni postupak, časopis "Radno-pravni savetnik" br. 1/08, „Poslovni biro“, Beograd, 2008. godina.
- Kozar V., Petrović Z., Počuča M., Zastupanje pravnih lica u sudskim postupcima (privredno procesno pravo), „Poslovni biro“, Beograd, 2010. godina.
- Perović S., Obligaciono pravo, NIU "Službeni list SFRJ" Beograd, 1986. godina.
- Vasiljević M., Poslovno pravo, Savremena administracija d.d, Beograd, 1997. godina.

Vladimir Kozar, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law, University Business Academy Novi Sad,
Special Adviser, NLB banka AD, Beograd

MORATORIUM AND PROTECTION OF CREDITORS IN THE FINANCIAL RESTRUCTURING

Summary

A summary of the basic prerequisites for successful consensual financial restructuring of companies is to temporarily suspend the fulfillment of obligations, as well as prohibition and stay of execution of the claims of creditors who participate in financial restructuring. This prohibition is called a moratorium, or debt suspension and it is a mandatory stage in the proceedings. Its action is based on contract, and not required by law.

Prohibition of initiation of compulsory execution, and termination of the enforcement procedure shall not apply to enforcement of the surrender of personal property or the discharge and transfer of immovable property to the creditor, which was adopted by the ownership claims, or the execution of disturbance of possession, because surrender or restoration of the previous items state of possession in the process of enforcement does not affect the property of subject of restructuring.

The prohibition or stay of execution as a result of the moratorium, applies to the right of the lessor to return the leased object, if as one of the creditors participating in the negotiations and conclude agreements on debt standstill.

Filing the complaint in order to prevent the statute of limitations claims, or to prevent loss of rights due to expiration of the preclusive deadline, is an exception to the prohibition of taking any action to collect debts.

During the moratorium, the creditor may dispose of his claim, unless the agreement on suspension of debt is not otherwise provided.

If creditors and the company does not conclude an agreement on financial restructuring, after the expiration of the moratorium, creditors are entitled to re-start the collection of receivables from the accounts of the company or the right to initiate or proceed with enforcement.

In case of failure of negotiations and end the moratorium, creditors are entitled to seek enforcement again, but lose their priority in charging and collecting accounts receivable, which they had before the conclusion of a debt standstill.

An effective protection measure of creditors' claims during the moratorium is limitation of powers of statutory representatives in the form of mandatory countersignature.

The moratorium is similar to a measure of security in the previous bankruptcy proceedings or the enforcement of prohibition in the proceedings of the administrative management of the bank, as the prohibition of execution and settlement, as a consequence of the bankruptcy proceedings, and that prohibition applies in the course of restructuring in the privatization process.

Key words: *moratorium, financial restructuring, a stay of execution; leasing; enforced collection, bankruptcy*

УСКЛАЂИВАЊЕ КОДЕКСА КОРПОРАТИВНОГ УПРАВЉАЊА СА ЗАКОНОМ О ПРИВРЕДНИМ ДРУШТВИМА ИЗ 2011. ГОДИНЕ

Проф. др Мирјана Кнежевић*

Апстракт: Полазећи од опште важјећег става по коме се кодекс корпоративног управљања сматра пожељном и добром праксом ефикасног управљања друштвом, у циљу да идентификује неусаглашености Кодекса корпоративног управљања и Закона о привредним друштвима у Републици Србији, аутор је указао на различито дефинисање корпоративног управљања и заједничко полазиште датих дефиниција које корпоративно управљање посматрају као средство за постизање циљева друштва и праћење остварених резултата, а затим се фокусирао на институционални оквир и упоредно-правни приказ постојећих модела корпоративног управљања у другим земљама, са посебним освртом на корпоративно управљање у Републици Србији. Аутор сматра да важјеће аутономно корпоративно право у Републици Србији може да понуди иницијална решења за његово побољшање, пре свега кроз доношење новог кодекса корпоративног управљања. У раду се закључује да су неопходне измене Кодекса корпоративног управљања и његово усаглашавање са важјећим Законом о привредним друштвима који садржи другачије решење у области управљања друштвом у односу на претходни Закон о привредним друштвима из 2004. године на основу којег је био донет Кодекс корпоративног управљања.

Кључне речи: Корпоративно управљање у Републици Србији, Кодекс корпоративног управљања.

1. Појам корпоративног управљања

У правној теорији постоје различите дефиниције корпоративног управљања са заједничким наглашавањем значаја, комплексности корпоративног управљања у свим привредним друштвима без обзира на њихову правну форму и величину. Често цитирана дефиниција корпоративно управљање одређује као систем којим су компаније управљане и надзиране.¹ На тај начин се корпора-

* Проф. др Мирјана Кнежевић, ванредни професор, Економски факултет Универзитета у Крагујевцу

¹ Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance (Cadbury Report), 1992.

тивно управљање посматра као систем кроз које друштво функционише када је својина одвојена од управљања.

Једна група дефиниција се бави односима унутар привредног друштва, док се друга група темељи на регулаторном оквиру њиховог пословања кога чине законски прописи, пословна и судска пракса. Корпоративно управљање подразумева односе у оквиру стејкхолдера, с посебним освртом на односе власника и оних који у њихово име и за њихов рачун управљају њиховим капиталом. На једној страни су власници, акционари са својим захтевима и циљевима које желе да остваре и да у целом процесу остваривања тих циљева имају контролу и значајан део утицаја на сам ток процеса и менаџере на другој страни који своје циљеве виде пре свега у материјалној надокнади за ангажовање.²

Са аспекта инвеститора, корпоративно управљање се дефинише као процес обезбеђења контроле менаџера и сигурност профита. Ова група дефиниција се базира на заштити страног инвеститора од стране домаћих привредних субјеката тако да према неким теоретичарима корпоративно управљање се бави начинима на који они који обезбеђују финансирање корпорација осигуравају да ће добити принос на своје инвестиције.³ Могуће је проширење дефиниције корпоративног управљања на односе између акционара, кредитора, запослених и корпорација, између финансијских тржишта, институција и корпорација и између запослених и корпорација.

Корпоративно управљање може да се дефинише као решавање проблема који настају из одвајања власништва и контроле, тако да је усмерено на интерне структуре и борд директора, стварање независне ревизорске комисије, правила давања информација акционарима. На тај начин се дефинишу интерна средства помоћу којих се воде и контролишу акционарска друштва, а која подразумевају односе између менаџмента, акционара и других носилаца интереса. Управа, тј. они који у име и за рачун власника капитала управљању друштвом морају да остваре пројектоване задатке и циљеве, да обезбеде пословање у складу са позитивним законским прописима, као и потпуну транспарентност рада. Менаџери треба да делују у најбољем дугорочном интересу акционара, а јавне институције и окружење не треба да сметају у остваривању транспарентности тог процеса.⁴

Основна поставка је да успешно вођење друштва треба да постане процес у коме се остварује ефективна одговорност менаџмента према добро информисаним и ангажованим власницима у циљу обезбеђења прилива страног

² Васиљевић, М.: "Системи корпоративног управљања у упоредном праву", у: Мирко Васиљевић, Вук Радовић Уредници, *Корпоративно управљање-зборник радова*, Правни факултете Универзитета у Београду, 2008, стр. 57-72.

³ Shleifer, A., Vishny, W. R., – *A Survey of Corporate Governance*, Journal of Finance 52, pp. 737-83.

⁴ Васиљевић, М.: "Управљање акционарским друштвом - упоредна анализа (други део)", *Европско законодавство*, бр. 9-10/2004, стр. 81-86.

капитала. Стицање поверења потенцијалних инвеститора може да настане као резултат добре, ефикасне праксе на плану корпоративног управљања.

Свака од датих дефиниција корпоративно управљање посматра као средство за постизање циљева друштва и праћење остварених резултата.

2. Институционални оквир корпоративног управљања

Правила корпоративног управљања у европском законодавству су настала као резултат националних, појединачних и одвојених схватања.⁵ У Европској унији постоји више од четрдесет кодекса или закона.⁶

У државама чланицама Европске уније примењују се национални прописи и пракса који могу да се групишу у три модела: англосаксонски, германски и романски.⁷ У земљама које се налазе ван Европске уније на путу ка чланству постоји појачано интересовање за стварање институционалног оквира корпоративног управљања, пре свега због процеса приватизације, интеграције и глобализације светског тржишта капитала уз истовремен развој дерегулације.

Поред националних постоје и европска правила корпоративног управљања садржана у ОЕЦД⁸ правилима, која су настала као резултат потребе за хармонизацијом националних решења и стварање заједничких правила корпоративног управљања. И пре усвајања Принципа корпоративног управљања постојали су покушаји да се на националном нивоу, путем усвајања одговарајућих кодекса корпоративног управљања превазиђу постојећи проблеми који су настајали због конфликта интереса власника и менаџера.⁹

ОЕЦД принципи корпоративног управљања представљају упутство и истовремено одговор на захтеве националних влада како да побољшају своје прописе у овој области.¹⁰ На овај начин се помаже земљама чланицама ОЕЦД-а и земљама које то нису, да побољшају институционални оквир за корпоративно управљање. Принципи су подељени у пет категорија: права акционара, једнак третман акционара, улога носилаца материјалних интереса, јавност и транспарентност пословања и одговорност управе.

⁵ Baums, T., *Corporate Governance Systems in Europe - Differences and Tendencies of Convergence-Crafoord Lecture*.

⁶ Well, Gotshal & Manges LLP *Comparative Study Of Corporate Governance Codes Relevant to the European Union And Its Member States*, On behalf of the European Commission, Internal Market Directorate General, Final Report & Annexes I-III, January 2002.

⁷ Vasiljević, M.: "Corporate Governance of a Joint Stock Company (Models and Trends in Comparative Law and Practice)", *Pravo i privreda*, 9-12/2003, pp. 7-9.

⁸ Организација за економску сарадњу и развој (е. OECD, Paris).

⁹ Први национални кодекси усвојен: у Аустралији 1991. године, у Европи - Велика Британија 1992. године, у САД од стране управног одбора *GeneralMotors-a*.

¹⁰ OECD Principles of Corporate Governance.

Принципи ОЕЦД су у Србији кодификовани Законом о привредним друштвима.¹¹ Стање корпоративног управљања зависи од ефикасности примене постојеће регулативе која је у Републици Србији настала тако што се одређењем за тржишну економију уједно определила и за достигнуте стандарде правне регулативе. Постојање развијених правних оквира, финансијских тржишта и ефикасног судства, чини регулаторни оквир корпоративног управљања у Србији значајно измењен у односу на ранију законску регулативу. Овај ниво корпоративног управљања захтева мрежу институција и организација, као и друштвену свест која подстиче корпоративно понашање коришћењем правних и уобичајених инструмената.¹²

3. Модели корпоративног управљања

Корпоративно управљање у котираним акционарским друштвима у великом броју земаља је уређено кодексом због важности одговорног и етички утемељеног понашања пословних субјеката.¹³

У свету доминирају два модела корпоративног управљања: једнодоман и дводоман (монистички и дуалистички, једнослојан и двослојан). Једнослојан модел постоји ако друштво поред скупштине има још само један орган, а то је најчешће одбор директора или директор, при чему нема надзорног органа. У двослојном систему осим скупштине постоји управа и надзор где надзорни орган бира управу.

У једнослојном моделу корпоративног управљања привредно друштво има скупштину и једног или више директора. Директора, односно директоре именује и разрешава скупштина друштва, која и надзире рад и усваја извештаје директора. Скупштина утврђује и накнаду за рад директора, односно начела за утврђивање те накнаде.

У друштву у коме је управљање једнодомно, директори обављају све послове који нису у надлежности скупштине. Директори заједнички врше овлашћења, али се може предвидети и да имају самостална овлашћења за заступање друштва. С друге стране, код пословођења је могуће да се појави сукоб одлука ако сваки од директора има право да самостално доноси одлуке. У том случају, сваки од директора има право да од скупштине затражи да одлучи чија ће одлука бити спроведена. Овај модел је једноставнији и карактеристичан је за мање компаније.

¹¹ Закон о привредним друштвима, *Службени гласник* број 36/11; Закон о изменама и допунама Закона о привредним друштвима *Службени гласник РС*, број 99/11.

¹² Подруг, Н., Рачић, Д.: "Корпоративно управљање као процес учења - организациони и друштвени нивои", *Мегатренд ревија*, 2011, вол. 8, бр. 1, стр. 95-112.

¹³ Немачка, Аустрија, Белгија, Холандија, Аустралија, Енглеска, Словенија, Хрватска, итд.

У двослојном моделу, привредно друштво има скупштину и надзорни одбор, као и једног или више директора. Овај модел, поред скупштине, има и органе управе и контроле, а карактеристичан је за веће компаније. Скупштина бира и разрешава надзорни одбор и утврђује накнаду за рад чланова надзорног одбора, а надзорни одбор бира и разрешава директора, односно директоре. У друштву у коме је управљање дводомно, директори обављају све послове који нису у надлежности скупштине и надзорног одбора. У овом моделу се овлашћења, али и одговорности за пословање више преносе са скупштине на надзорни одбор него на директора, како је то случај у једнодомном моделу. Упоредноправним прегледом система управљања пословањем преовладава систем у којем је управљање пословањем дато једном органу привредног друштва. Два органа управљања постоје у привредним друштвима средњеевропских¹⁴ и прибалтичких земаља,¹⁵ затим у Кини и Данској.

У појединим државама управљачка структура привредних друштава може бити двојака (Финска, Јапан, Литванија, Холандија). У Француској и Словенији акционари оснивачким актом одлучују о увођењу једног или другог модела. У Швајцарској два органа управљања постоје само у банкама. Постоје и земље са различитим типовима изабраног модела корпоративног управљања, са различитим надлежностима, обавезама и правима надзорног органа.¹⁶

Функције пословног и својинског управљања у привредним друштвима су по правилу строго одвојене. Утицај оснивача, тј. скупштине акционара на управљање пословањем друштва је индиректан. Он се своди на избор и разрешење чланова органа управљања и условљавање пуноважности појединих правних послова предузетих од стране органа управљања давањем сагласности. Другачије решење постоји у Колумбији, Венецуели и неким европским земљама као што су Чешка, Грчка, Мађарска, Луксембург, Шпанија, Шведска, где оснивачи тј. орган који чине, може имати директан утицај на пословање привредног друштва.

Чланови органа управљања се бирају на једну у тзв. two tier систему, односно две године у тзв. one tier систему, затим на више година, три (Аргентина, Аустралија, Бразил, Кина, Хонг Конг, Летонија, Сингапур, Јужноафричка Република, Турска, Велика Британија), четири (Данска, Немачка-надзорни одбор, Литванија, Холандија, Португалија, Шведска), пет (Аустрија, Чешка, Естонија, Немачка-управни одбор, Мађарска, Пољска, Шпанија), или шест година (Француска, Луксембург). Мандат је обновљив у више наврата у истом трајању.

¹⁴ Аустрија, Чешка, Мађарска, Немачка, Пољска - обавезни једностепени систем (САД и Велика Британија) или обавезни двостепени систем (Немачка, Аустрија).

¹⁵ Естонија, Летонија.

¹⁶ Бохинц, Р.: "Унитарни или двостепени системи корпоративног управљања у неким земљама ЕУ и земљама изван ЕУ", *Мегатренд ревија*, 2011, вол. 8, бр. 1, стр. 57-76.

Према ранијим законима, запосленима се углавном не дозвољава учешће у органима управљања привредних друштава. Изузетак су биле развијене европске земље, попут Аустрије, Данске, Финске, Немачке, Луксембурга, Холандије, Шведске. У бившим социјалистичким земљама радници нису имали право на управљање сем у Чешкој, или у земљама у којима је учешће радника у управљању дозвољено, постојало је само у приватизованим предузећима.¹⁷

Кодекс корпоративног управљања у Хрватској дефинише начела: транспарентности пословања, процедуре за рад надзорног одбора, управе и других органа и структура које доносе важне одлуке, избегавање сукоба интереса, ефикасна унутрашња контрола, ефикасан састав одговорности. Утемељен на ОЕЦД смерницама за корпоративно управљање и у складу са важећим законодавством Републике Хрватске, усвојен је од стране већих хрватске корпорација.¹⁸

4. Корпоративно управљање у Републици Србији

Корпоративно управљање у Републици Србији је недовољно развијено, пре свега у области етичког понашања привредних друштава, стандарда ревизије и извештавања, ефикасности корпорацијских одбора и заштите интереса мањинских акционара, заштите инвеститора, поузданости професионалног менаџмента.¹⁹ За разлику од иностраних компанија, највећи проблеми у домену корпоративног управљања постоје у компанијама које су у домаћем власништву.

Важеће аутономно корпоративно право у Републици Србији може да понуди иницијална решења за њихово побољшање.²⁰

Закон о привредним друштвима из 2004. године²¹ је био уређен тако да поштује двослојни модел корпоративног управљања, где су постојали следећи органи: скупштина као орган власника капитала, управни одбор, као орган управљања, директор као орган пословођења, надзорни одбор као орган надзора. Директор и управни одбор чинили су управу привредног друштва. У складу са Законом о привредним друштвима из 2004. године главни чинилац корпоративног управљања је био управни одбор, а не менаџмент.

¹⁷ У Мађарској запослени могу бирати чланове органа управљања (трећину надзорног одбора), али не међу собом, већ међу предложеним кандидатима.

¹⁸ Бахтијаревић-Шибер, Ф., Сикавица, П.: "Лексикон менаџмента", Загреб, 2001, Масмедиа.

¹⁹ Извештај о пословању Светске банке 2012. (*World Bank Doing Business 2012*); Индекс глобалне конкурентности Светског економског форума 2011–2012 (*WEF's Global Competitiveness Index 2011-2012*).

²⁰ Илијић, С.: "Правни аспекти корпоративног управљања у осигурању Србије", *Право и привреда*, број 4-6/2011, стр. 263-276.

²¹ Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, број 125/04.

Закон о привредним друштвима из 2011. године омогућава избор система управљања привредним друштвом, пре свега друштвом капитала. У закону су уграђене препоруке, директиве Европске уније, ОЕЦД-ови и други међународни принципи доброг корпоративног управљања.

Према новом Закону о привредним друштвима, управљање привредним друштвом може бити организовано као једнослојно или двослојно што се одређује оснивачким актом друштва. Нови Закон је децидан тако да привредно друштво не може да се определи за неки трећи модел, него само да изабере један између ова два.

Органи код једнослојног управљања компанијом су: скупштина, један или више директора, а органи код двослојног управљања су: скупштина, надзорни одбор, један или више директора. У једнослојном друштву, функцију скупштине врши једини члан друштва. Оснивачким актом може се одредити орган јединог члана друштва који у име тог члана врши функцију скупштине, а у одсуству такве одредбе сматра се да је то регистровани заступник тог члана.

Нови Закон о привредним друштвима не предвиђа да друштво може да има управни одбор, који остаје да постоји као орган управљања у организационој структури јавних предузећа.²²

Избор између једнослојног и двослојног модела управљања компанијом, без законодавчевог налагања искључиво за један од ова два модела и без остављања могућности креирања неког трећег модела, представља добар правац развоја корпоративног управљања у Србији. На овај начин се повећава ефикасност корпорацијских одбора. За члана надзорног одбора може бити изабрано само лице које испуњава услове за именовање на позицију директора акционарског друштва и то лице не сме бити запослено у друштву, чиме се обезбеђује независност надзорног одбора. Потребно је да лице има пословну способност, да није директор или члан управног одбора у више од пет друштава, није осуђено за кривично дело против привреде.

Ново законско уређење корпоративног управљања је сагласно регулацији ове области у савременим тржишним системима. Али, из разлога свеобухватности, целине, потребно је да се реформама обухвате и норме аутономног права.

5. Кодекс корпоративног управљања у Републици Србији

Кодекс корпоративног управљања је скуп правила којима се уређује начин управљања и надзор у друштвима капитала. То је аутономно компанијско право које представља кодификоване, систематизоване пословне обичаје у области корпоративног управљања, тзв. меко право. У односу на важећу законо-

²² Закон о јавним предузећима, *Службени гласник РС*, број 25/2000, 123/2007..

давну регулативу има за циљ попуњавање правних празнина, давање смерница за примену правила и објашњење неких законом уређених питања. На тај начин се Законом прописане диспозитивне одредбе путем Кодекса прилагођавају потребама конкретного друштва.

Закон о привредним друштвима из 2004. године прописује да управни одбор котираног акционарског друштва може да донесе свој писани кодекс корпоративног управљања или да прихвати неки други.²³ Опште одредбе Кодекса уређују предмет Кодекса, односно Кодекса према закону, циљ Кодекса, као и домен његове примене.

Основни циљ Кодекса је заштита права акционара и савесних чланова управног одбора, тако да прописује правила која треба да обезбеде да чланови управног одбора врше правне радње не у сопственом интересу, већ у интересу друштва.

Важећи Кодекс корпоративног управљања без обзира што рађен по узору на препоруке Комисије ЕУ, начела ОЕЦД-а и општеприхваћене методе корпоративног управљања из упоредног права,²⁴ није наишао на ширу употребу у пословној пракси привредних друштава у Србији. Разлози су бројни. Многи издвајају сложеност и преобимност текста. На путу ка ефикасном, применљивом Кодексу корпоративног управљања са више принципа транспарентности и обелодањивања података, потребна је релевантна домаћа, пословна и судска пракса, другачија власничка структура акционарских друштава која је у Србији високо концентрисана.²⁵

Закон о привредним друштвима из 2011. године садржи другачије решење у области управљања друштвом. Важећи Кодекс корпоративног управљања је донет након ступања на снагу Закона о привредним друштвима из 2004. године, тако да је логично очекивати његове измене у циљу прилагођавања важећем Закону о привредним друштвима.

Привредна комора Србије је донела јединствени Кодекс корпоративног управљања,²⁶ који се примењује на сва котирана акционарска друштва уз препоруку прихватања и од стране других друштава капитала.

Усвајањем Кодекса корпоративног управљања дефинисана су правила која уз помоћ законске регулативе могу да постану обавезујућа.²⁷ Кодекс корпоративног управљања треба да буде сачињен тако да обезбеђује механизме за

²³ Члан 318 Закон о привредним друштвима из 2004. године.

²⁴ Вујисић, Д.: “Кодекс корпоративног управљања”, *Право и привреда*, број 5-8/2008, стр. 194-202.

²⁵ Ђорђевић, С.: “Значај и улога механизма корпоративног управљања у подизању ефикасности менаџмента”, *Школа бизниса*, број 1/2012, стр. 14.

²⁶ Кодекс корпоративног управљања, *Службени гласник РС*, број 1/2006.

²⁷ OECD Principles of Corporate Governance - 2004 Edition Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE - Édition 2004© 2004, OECD.

реализацију постављених циљева у компанији уз поштовање пословне етике, и заштиту интереса свих заинтересованих страна.

Кодекс корпоративног управљања треба да садржи еластичне принципе који треба да се мењају у зависности од промене околности и потребе конкретне компаније, односно привредног друштва. Нови Кодекс треба да постави опште принципе корпоративног управљања које би појединачни кодекси компанија детаљно разрадили и прилагодили својим пословним и развојним циљевима и политикама.

Закључак

У Републици Србији је потребно усагласити важећи Кодекс корпоративног управљања са Законом о привредним друштвима из 2011. године који у себи садржи нормативно изграђене принципе и институте на којима треба да се темељи нови Кодекс. На тај начин би се заокружила реформа домаћег компанијског права и прихватио опште важећи став по коме се Кодекс корпоративног управљања сматра пожељном и добром праксом ефикасног управљања друштвом.

Доношењем новог Кодекса корпоративног управљања, усклађеног са новим Законом о привредним друштвима, допринело би се ефикасном решавању проблема који се јављају у области управљања привредним друштвима. Код доношења новог Кодекса потребно је водити рачуна о законском оквиру, уз могућност активирања добровољних кодекса корпоративног управљања, прихватање постојећег донетог у Привредној комори уз извесне измене, а може се направити нови на основу сарадње и предлога акционарских друштава.

Применом императивних и добровољних правних норми којима се регулише управљање компанијама стварају се адекватни услови за заштиту инвеститора у Србији.

Mirjana Knežević, Ph.D

Associate Professor at the Faculty of Economics University of Kragujevaca

HARMONIZING CORPORATE MANAGEMENT CODE WITH THE LAW ON BUSINESS COMPANIES OF 2011

Summary

It is necessary to harmonize the existing Corporate Management Code with the Law on Business Companies of 2011, which include normative principles and institutes which a new Code should build on. In this way the reform of domestic company law would be completed and an attitude would be taken by which the Corporate Management Code is considered to be desirable, representing an example of good practice of efficient company management.

Adopting a new Corporate Management Code, harmonized with the new Law on Business Companies, would contribute to solving problems emerging in the field of business company management. In adopting a new Code, it is necessary to observe the legislative framework and to consider the possibility of activating voluntary codes of corporate management, accepting the existing Code adopted by the Chambers of commerce with certain modifications, or making a new one based on the cooperation with joint stock companies.

Adequate conditions for protecting investors in Serbia are created by applying imperative and voluntary legal norms by which company management is regulated.

ULOGA NOTARA KOD REGISTRACIJE POSLOVNIH SUBJEKATA

Irena Mojović*

***Apstrakt:** Notari ostvaruju svoju ulogu vanparničnih preventivnih sudija, koji kao pravni stručnjaci sačinjavaju osnivačke akte poslovnih subjekata u propisanoj formi notarske javne isprave i time preventivno djeluju kao prethodna kontrola zakonitosti kod upisa u sudski registar, što skraćuje postupak i čini ga sigurnijim, pa je očigledno da ustanovljene nadležnosti notarske službe u tom cilju treba jačati.*

Pošto je u Bosni i Hercegovini uspostavljena notarska služba latinskog notarijata, koja je preporučena od Evropske unije kao najbolja i najsigurnija, Republika Srpska je i na taj način svoj pravni sistem još više primakla evropskoj pravnoj tradiciji, na čijim osnovama se u Evropi jača uloga notara u pravnom životu.

Vrijeme je pokazalo da su neophodne izmjene i usklađivanje određenih zakonskih rješenja u odredbama Zakona o registraciji poslovnih subjekata i Zakona o privrednim društvima, zakona o finansijskim i osiguravajućim organizacijama i društvima, drugih zakona o poslovnim subjektima, Zakona o notarima i donošenje propisa o elektronifikaciji i elektronskom povezivanju registra i notarijata, te postupak registracije svih oblika poslovnih subjekata međusobno uskladiti, da bi se na taj način iskoristile prednosti notarijata i ostvarila uloga notara u razvoju i jačanju pravnog sistema i pravne sigurnosti.

U toku budućeg usklađivanja analiziranih propisa ne bi se smjela umanjiti nadležnost notarijata kao javne službe, ni podleći povremenom nerazumijevanju uloge notarske službe u privrednom životu, nego upravo tu ulogu jačati u skladu sa preporukama i tendencijama u modernom evropskom pravu.

U toku izrade rješenja na kojima će raditi pravni i drugi stručnjaci, bilo bi neophodno uključiti i notare, jer će svojim stručnim znanjem i iskustvom u ovoj oblasti moći doprinijeti da ova unutrašnja harmonizacija propisa u pravnom sistemu postigne potreban stepen pravne sigurnosti.

***Ključne riječi:** registracija poslovnih subjekata, notarska isprava, usaglašavanje.*

* Irena Mojović, notar

UVOD

U toku su izmjene Zakona o registraciji poslovnih subjekata¹, pa je prilika da se međusobno usklade odredbe tog zakona sa odredbama Zakona o privrednim društvima², Zakona o notarima³, Zakona o javnim preduzećima⁴, Zakona o sistemu javnih službi⁵, zakona iz oblasti zadrugarstva, zakona o komunalnim djelatnostima, posebnih zakona kojima se uređuju uslovi osnivanja i funkcionisanja ustanova u oblasti pojedinih djelatnosti, kao što su zdravstvo i školstvo, Zakona o stranim ulaganjima⁶, Zakona o politici direktnih stranih ulaganja u Bosni i Hercegovini⁷ i drugih propisa o poslovnim subjektima u pravnom poretku Republike Srpske, pravnom poretku Federacije Bosne i Hercegovine i pravnom poretku Brčko Distrikta. To će svakako doprinijeti pravnoj sigurnosti na području cijele Bosne i Hercegovine.

Notari imaju sve veću ulogu u osnivanju privrednih društava, prenosu udjela i statusnim promjenama u mnogim zemljama Evrope i svijeta. Prema propisu Savjeta Evrope (CC) br. 2157/2001 od 08.10.2001. godine o Statutu evropskog preduzeća (SE) čl. 8(8) notar izdaje uvjerenje kojim se potvrđuje kompletnost akata i formalnosti koje se moraju izvršiti prije registracije promjena. Prema Izjavi 7 Direktive 2005/56/EC Evropskog parlamenta i Savjeta od 26.10.2005. godine o spajanjima privrednih društava iz dvije države, notari imaju nadležnost da vrše kontrolu zakonitosti svih radnji potrebnih za osnivanje privrednih društava i registraciju izmjena u sudskom registru, elektronski ulažu dokumente u trgovačke registre i da izdaju izvode iz tih registara. Takva ovlaštenja već godinama imaju notari u Hrvatskoj i Makedoniji.

U Republici Srpskoj je uspostavljen latinski tip notarijata, koji je u Evropi i svijetu priznat kao dio preventivnog pravosuđa, pošto notari obavljaju poslove slične vanparničnom suđenju, vrše kontrolu zakonitosti i jačaju pravnu sigurnost. Preventivna uloga notara u ovoj oblasti ostvaruje se time što notar stručnim znanjem, poštujući propisanu formu, obezbjeđuje sigurnost prava stranaka, koje mu se obrate za pravnu uslugu i time što je obavezan odbiti preduzimanje službene radnje ako bi stranke namjeravale, koristeći notarsku ispravu, da postignu nedozvoljen cilj.

¹ Zakon o registraciji poslovnih subjekata („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 42/05 i 118/09).

² Zakon o privrednim društvima („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 127 /08 58/09 i 100/11).

³ Zakon o notarima Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 86/04, 2/05, 74/05, 76/05, 91/06, 37/07, 50/10 i 78/11).

⁴ Zakon o javnim preduzećima („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 75/04 i 78/11).

⁵ Zakon o sistemu javnih službi („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 68/07).

⁶ Zakon o stranim ulaganjima („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 25/02, 24/04 i 52/11).

⁷ Zakon o politici direktnih stranih ulaganja u Bosni i Hercegovini („Službeni glasnik BiH“, broj 17/98, 13/03 i 48/10).

Sada je već peta godina od uvođenja notarijata u Bosni i Hercegovini, pa je neka pitanja uloge i funkcionisanja notarijata u Republici Srpskoj i BiH na području registarskog prava, potrebno analizirati. U tom pogledu može se primijetiti da se u pravnom sistemu Republike Srpske znatno smanjio broj žalbi u oblasti registracije privrednih društava i drugih poslovnih subjekata, kao i sporova u vezi odnosa članova privrednih društava.

Svaki javni registar ima određenu javnu svrhu, pa tako i registar privrednih subjekata. Na prvom mjestu, kao osnovna i primarna funkcija u pravnom sistemu, stoji ostvarivanje potrebnog stepena pravne sigurnosti u pravnom prometu, zaštita privatnih interesa učesnika u pravnom prometu i značajan broj javnopravnih interesa.⁸

U ovom radu ćemo posvetiti naročitu pažnju mjestu i ulozi notara u postupku registracije poslovnih subjekata, čije se poboljšanje očekuje donošenjem izmjena i usaglašavanja zakona o registraciji poslovnih subjekata na području cijele Bosne i Hercegovine.

Okvirni zakon o registraciji poslovnih subjekata u Bosni i Hercegovini

Nakon donošenja Okvirnog zakona o registraciji poslovnih subjekata u Bosni i Hercegovini⁹, smatramo da je u značajnom obimu ostvaren zakonski cilj, a to je utvrđivanje jedinstvenog i efikasnog načina registracije poslovnih subjekata u Federaciji BiH i Republici Srpskoj (u daljem tekstu: entiteti) i Brčko Distriktu BiH, te usaglašavanje sa propisima Evropske unije. Okvirnim zakonom uređeni su osnovi postupka registracije poslovnih subjekata, a entitetskim zakonima detaljno je razrađen postupak registracije.

Entiteti i Brčko Distrikt uskladili su tokom 2005. godine svoje propise sa ovim zakonom.¹⁰ U 2009. godini došlo je do izmjena Zakona o registraciji u FBiH zbog neophodnog usklađivanja odredaba tog zakona sa rješenjima u Zakonu o notarima FBiH u pogledu podnošenja sudu notarskih javnih isprava, koje su postale pravni osnov za registraciju poslovnih subjekata. Sada je u toku isto usklađivanje u Republici Srpskoj.

Na cijeloj teritoriji BiH vođenje registra privrednih društava povjereno je nadležnim sudovima entiteta i Brčko Distrikta. Za vođenje Registra nadležni su okružni privredni sudovi u Republici Srpskoj, u FBiH redovni općinski sudovi u sjedištu

⁸ Vasiljević M., Kompanijsko pravo, Beograd 2007. str. 100 i Josipović T., Zajednička načela registarskog materijalnog prava, u knjizi Dika, M., Ernst, H., i drugi autori, Hrvatsko registarsko pravo, Zagreb 2006. str. 4.

⁹ Okvirni zakon o registraciji poslovnih subjekata u Bosni i Hercegovini („Službeni glasnik BiH“, broj. 42/04).

¹⁰ Zakon o registraciji poslovnih subjekata u Republici Srpskoj („Službeni glasnik RS“, broj 42/05 od 26.04.2005), i Zakon o registraciji poslovnih subjekata u Federaciji Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH“, br. 27/05 i 68/05).

okružnog suda na čijem području je sjedište subjekta upisa, a u Brčko Distriktu takođe redovni – Osnovni sud Brčko distrikta BiH.

Okvirnim zakonom je propisan veoma kratak rok za izdavanje rješenja o registraciji od pet radnih dana od dana predaje uredno podnesene prijave. To je moguće postići od kako je u pravnu praksu uvedena notarska služba, koja je nadležna za izradu javnih notarskih isprava za registraciju poslovnih subjekata. Po prijemu potrebne dokumentacije, notar sačinjava notarsku ispravu i prijavu radi registracije poslovnog subjekta u roku od dva dana. Na taj način došlo je do značajnog skraćenja postupka za registraciju poslovnog subjekta. Kod registracije promjena kod poslovnih subjekata postupak kod registarskog suda traje duže, jer sud ima zadatak da uporedi svaku promjenu sa već registrovanim podatkom.

Do sada je u tehničkom pogledu izvršeno modernizovanje registra, tako da se osim u štampanom obliku, registar vodi i u elektronskom obliku. Ministarstva pravde entiteta i Pravosudna komisija Brčko Distrikta obezbjeđuju tehničku ispravnost, održavanje, trenutnu isporuku sudovima elektronskih podataka iz glavnih knjiga, kao i funkcionisanje sistema. Lista isprava, koje su neophodne za utvrđivanje obaveznih javnih, kao i zaštićenih podataka koji se unose u registar, trebalo bi da bude na identičan način uređena zakonima entiteta, kada uskoro dođe do usvajanja izmjena i dopuna Zakona o registraciji poslovnih subjekata Republike Srpske usklađenog sa Zakonom o privrednim društvima, u prvom redu u onim odredbama, koje se odnose na notarske isprave.

Zakon o registraciji poslovnih subjekata u Republici Srpskoj

Važeći Zakon o registraciji poslovnih subjekata u Republici Srpskoj preuzeo je principe registracije i osnovne odredbe Okvirnog zakona o registraciji poslovnih subjekata BiH. Zakonom se posebno ističe da registarski sudovi odgovaraju za vjerodostojnost upisa kojeg provedu, mada sudovi po prirodi svoga položaja kao sudska vlast imaju takvu odgovornost. Takođe je određeno da je registarski sud ovlašten tražiti samo one podatke utvrđene ovim i Okvirnim zakonom o registraciji poslovnih subjekata, ali i posebnim zakonima, čime je u odnosu na Okvirni zakon proširen obim isprava koje se traže kod registracije.

Na prvi pogled i pravicima se čini da je riječ samo o jednom zakonu kojim se uređuje sudski registar poslovnih subjekata, a u stvarnosti registracija poslovnih subjekata i pravnih lica podliježe primjeni većeg broja propisa. Za registraciju poslovnih subjekata u Republici Srpskoj, pored Zakona o registraciji poslovnih subjekata, veoma je značajan i Zakon o privrednim društvima, jer od njegovih odredbi može da zavisi uređenje mnogih pitanja značajnih za registar poslovnih poslovnih subjekata. Takođe su značajni zakoni i drugi propisi koji regulišu obavljanje određenih djelatnosti.

Predstojeće izmjene Zakona o registraciji poslovnih subjekata u Republici Srpskoj

Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o registraciji poslovnih subjekata u Republici Srpskoj, čije se donošenje priprema, radi usklađivanja sa odredbama Okvirnog zakona, trebao bi biti usklađen ne samo sa Okvirnim zakonom, kao do sada, nego i sa Zakonom o privrednim društvima i Zakonom o notarima u Republici Srpskoj. Imajući u vidu aktuelnost trenutka, ovom prilikom dajemo osvrt na neka pitanja registracije poslovnih subjekata, koja bi se mogla preciznije urediti.

Notar kao podnosilac prijave i punomoćnik

Zakonom o notarima¹¹ omogućeno je da notar bude podnosilac prijave registarskom sudu. Ukoliko su stranke ugovorom ili u drugoj notarskoj ispravi ovlastile notara da može u njihovo ime izvršiti određene radnje kao što je zahtjev za upis, takve radnje će notar izvršiti u granicama ovlašćenja iz notarske isprave, bez izdavanja posebne punomoći. Zakon o notarima dao je mogućnost da stranka odredi granice ovlašćenja notaru u postupku registracije putem notarske isprave. To podrazumijeva da notar može notarskom ispravom od stranaka biti ovlašten da zaprima zaključke i rješenja registarskog suda da bi imao mogućnost da na efikasan način saraduje sa sudom, a komplementarna je funkcija i suda u pogledu saradnje sa notarima u funkciji efikasnijeg, sigurnijeg i bržeg ostvarivanja interesa stranaka u postupku registracije. Zakonom o javnom bilježništvu Hrvatske je preciznije uređeno pitanje zastupanja u postupku registracije.

O principu javnosti

Sudski registar ima javnu i kontrolnu funkciju. Javna funkcija sudskog registra sastoji se u tome što svakome ko želi omogućuje da uvidom u podatke koji su upisani ili pohranjeni u sudski registar bude obaviješten o stanju upisa u pogledu subjekta upisa. Radi lakšeg obavještavanja javnosti uvijek se nastoji da se zakonom tačno odrede podaci koji se upisuju u taj registar. U pravnoj nauci se ispravno ističe da se upisom javnosti ne obraća subjekt upisa i ne prenosi njegova poruka sadržana u prijavi za upis, nego joj se obraća sud.¹² Naime, registarski sud je odgovoran za vjerodostojnost upisa koji je proveo. Zbog toga ovdje i ističemo posebno da je za registar poslovnih subjekata veoma značajno dosljedno poštovati princip javnosti.

¹¹ Čl. 68. a) Zakona o notarima Republike Srpske.

¹² Barbić, J., Značenje upisa u sudski registar, Pravo u gospodarstvu, vol. 45 br. 6/2006, str. 281.

Polazeći od prirode sudskog registra poslovnih subjekata kao javnog registra, iza čijeg svakog izvotka, ispisa iz registra, stoji autoritet sudske vlasti kao javne vlasti, smatra se da registar tačno, istinito i potpuno prikazuje prava, pravne odnose, pravne činjenice koji su u njemu registrovani. U pravnom prometu postojanje određenog prava, pravnog odnosa, pravne činjenice, sticanje pravne sposobnosti, ovlaštenje za određeno postupanje, pravo na zaštitu i ostvarivanje prava, aktivna i pasivna legitimacija u sudskom ili upravnom postupku, dokazuje se upravo činjenicom upisa u javni registar, odnosno izvotkom, ispisom, prepisom iz javnog registra.¹³ Naravno, u odnosu na sadržaj upisa, odnosno nekog izvotka iz registra važi oboriva pretpostavka o istinitosti i potpunosti registrovanih podataka. Sve dok se ne izbrišu, ne isprave, ne ponište provedeni upisi, oni prema trećim licima proizvode pravne učinke. Imajući u vidu da se upravo na osnovu notarski sačinjenih isprava vrše određeni upisi u registar poslovnih subjekata, notarima treba omogućiti najširi i najelastičniji način pristupa podacima upisanih u registar. Tako se omogućuje ostvarivanje funkcije preventivnog pravosuđa koju notari kao javna služba imaju. Notar samo na osnovu potpunog uvida u tačnost i istinitost ne samo volje stranaka, nego i svih podataka do kojih može doći upravo u javnom registru može sastaviti javnu ispravu iza koje stoji ono što se vijekovima trajanja notarijata naziva javna vjera (*fides publica*).

Elektronifikacija registra i notarske službe u Republici Srpskoj

Odredba člana 4. stav 2. Zakona o registraciji privrednih subjekata koja omogućava pravo uvida u podatke glavne knjige registra koja se vodi u elektronskom obliku, te davanje ovjerenih izvoda iz iste, što je dužan omogućiti svaki registarski sud, omogućuje pristup notarima i elektronskoj formi glavne knjige registra i izdavanje izvoda iz iste kad se stvore tehnički uslovi u sudovima i notarijatu. Veza notara sa registrom mora biti brza i pouzdana, kako bi notar u pravo vrijeme mogao da provjeri potrebne podatke, s tim da notar kao nosilac javnih ovlaštenja, koji štiti javni interes, ima pravo uvida i u zbirku isprava u registru poslovnih subjekata.

Notarska služba je u većini zemalja Evrope jače uključena u elektronski servis za registraciju poslovnih subjekata. U našem okruženju, na području Hrvatske i Makedonije, kao država nastalih od SFRJ, javni bilježnici, odnosno notari, imaju pravo da izdaju ovjerene izvode iz registra poslovnih subjekata. Od strane notara ovjeren izvod u elektronskoj formi predstavlja javnu ispravu koja važi svugdje u svijetu.

Vlada Republike Srpske je donijela odluku o iniciranju projekta „Elektronska registracija privrednih društava u RS“, sa ciljem unapređenja i pojednostavljenja procedura implementacijom elektronskog servisa za registraciju poslovnih subjekata. U tom pogledu potrebno je napraviti analizu propisa koji regulišu pitanje elek-

¹³ Josipović T., Zajednička načela registarskog materijalnog prava, u knjizi Dika, M., Ernst, H., i drugi autori, Hrvatsko registarsko pravo, Zagreb 2006, str. 16.

tronifikacije i te propise usaglasiti međusobno kod nas, a uporediti sa propisima u okruženju, te donijeti dodatne propise koji regulišu to pitanje, da bi se projekat elektronifikacije registra i uvezivanja sa notarskom službom mogao uspješno provesti.

Forma osnivačkog akta prilikom osnivanja poslovnih subjekata

Prema odredbi člana 11. stav 1. i stav 2. tačka c, Zakona o privrednim društvima, registracija osnivanja privrednog društva ništava je ako osnivački akt nije sastavljen u propisanoj formi. Odredbom člana 68. stav 1. tačka 5. i stav 2. Zakona o notarima propisano je da je osnivački akt privrednog društva ništav ako nije notarski obrađen. Odredbu člana 68. stav 5. Zakona o notarima ne bi trebalo restriktivno tumačiti. Naime, ova zakonska odredba u kojoj se kaže da ove odredbe Zakona o notarima vrijede tako dugo dok ne budu zamijenjene posebnom regulativom o obavezi notarske obrade isprava koja ih izričito u cjelini ili u dijelovima stavlja van snage, može se tumačiti samo u smislu preciziranja i razrađivanja postupka obavezne notarske obrade, a ne u smislu ukidanja ove obavezne forme putem nekih drugih zakona, jer to nije mogao biti cilj Zakona o notarima. Cilj Zakona o notarima kojim je regulisan notarijat nije mogao biti smanjenje uloge notarijata nego razvijanje notarijata radi jačanja pravne sigurnosti, pa je uvođenje pravne sigurnosti u oblast privrednih društava putem propisivanja forme koja garantuje tu pravnu sigurnost, ostvarivanje suštine uloge notara. Osim toga, ove odredbe ne bi ni mogle biti stavljene van snage nekim drugim propisom.

U skladu sa odredbama Zakona o notarima, u postupku notarske obrade osnivačkog akta, kao javne isprave, notar je dužan da ispita pravu volju stranaka, zatim da izjave volje stranaka jasno i nedvosmisleno pismeno sastavi u obliku notarskog originala. Notar je dužan da zaštiti neiskusne i nevjeste stranke, kao i da pouči stranke o pravnim posljedicama poslova koje preduzimaju. Isprava se mora pročitati strankama. Svaka radnja koju je notar preduzeo mora biti konstatovana u notarski obrađenoj ispravi. Notar provjerava da li su stranke sposobne i ovlaštene za preduzimanje određenog pravnog posla. Notar utvrđuje identitet osnivača poslovnih subjekata. U vezi označavanja pravnih lica, njihov naziv mora označiti onako kako su upisana u sudskom registru poslovnih subjekata ili registru udruženja. Kod označavanja entiteta ili jedinice lokalne samouprave, kao osnivača, prije uvođenja notarijata dolazilo je do čestih omaški, pa je umjesto Republike Srpske ili opštine ili grada i njihovog zakonom, odnosno statutom određenog zastupnika, označavana Vlada ili ministarstvo ili skupština opštine kao osnivač poslovnog subjekta, što je pogrešno, jer se radi o organima uprave koji nemaju svojstvo pravnog lica.

U skladu sa odredbom člana 7. stav 3. Zakona o privrednim društvima, kod osnivanja društava lica i društava kapitala, osim kod otvorenog akcionarskog društva, vrši se isključivo notarska obrada osnivačkog akta, u kojem postupku učestvuju osnivači koji izjavljuju svoju slobodnu volju koju notar unosi u notarski obrađenu

javnu ispravu, čime se izjave date pred notarom, zapisane u ispravi i potpisane od strane stranaka smatraju istinito izraženom slobodnom voljom. Na osnivačkoj skupštini otvorenog akcionarskog društva notar mora da vodi zapisnik i potvrdi osnivački akt i statut.¹⁴

Uz prijavu za upis u registar osnivanja poslovnog udruženja trebalo bi propisati da se prilaže notarski obrađen ugovor o osnivanju. Isto tako bi trebalo propisati da se kod osnivanja zadruga uz prijavu za upis prilaže notarska isprava, jer ne bi trebalo praviti razliku u pravnom položaju zadruga u odnosu na ostale poslovne subjekte.

Takođe je potrebno preciznije zakonom propisati koje su isprave potrebne za upis u registar osnivanja ustanova kao pravnih subjekata i u odnosu na koji oblik društva će se vršiti shodna primjena Zakona o privrednim društvima.

Forma izmjena osnivačkih akata

Do sada Zakonom o privrednim društvima, kao ni Zakonom o registraciji poslovnih subjekata, nije na dovoljno jasan način regulisano pitanje forme izmjena osnivačkog akta u smislu notarski obrađenih ili potvrđenih izmjena tog akta. Još uvijek kod zakonodavca traje upoznavanje sa suštinskim značenjem i razlikom pojmova „notarska obrada“ i „notarska potvrda“. No, praksa notara i registarskih sudova je to riješila u interesu poslovnih subjekata i pravne sigurnosti.

Do stupanja na snagu posljednjih izmjena i dopuna Zakona o privrednim društvima¹⁵, isti zakon je propisivao u čl. 7. st. 3. da se u svakom slučaju vrši notarska obrada osnivačkog akta kod osnivanja društva kapitala, koja odredba je ostala neizmijenjena i nakon posljednjih izmjena i dopuna tog zakona. Situacija je drugačija u pogledu izmjena osnivačkog akta već osnovanog društava kapitala. Naime, do posljednjih izmjena Zakona, odredbama čl. 168. st. 6. i čl. 331. st. 2. Zakona o privrednim društvima bilo je propisano da se izmjene osnivačkog akta društava kapitala notarski obrađuju.¹⁶ Takođe, odredbom čl. 331. st. 2. Zakona bilo je propisano da se izmjene i dopune osnivačkog akta akcionarskog društva notarski obrađuju. Te odredbe o notarskoj obradi izmjena osnivačkog akta, dok su bile na snazi, nisu mogle biti niti su bile primjenjivane u praksi kao isključive, jer osnivački akt koji je prije osnivanja privrednog društva imao obligacionopravni karakter, kad ima dva i više osnivača, nakon osnivanja društva dobija statusni karakter. Zbog toga se osnivački akt društva koje ima skupštinu može mijenjati i dopunjavati na način da skupština društva usvaja odluku o izmjenama i dopunama osnivačkog akta, pa je notar dužan da vodi zapisnik na sjednici skupštine i da na osnovu onoga što je zapisnički kon-

¹⁴ Čl. 193. Zakona o privrednim društvima.

¹⁵ „Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 100/11.

¹⁶ Navedene odredbe su posljednjim izmjenama Zakona o privrednim društvima stavljene van snage.

statovao sačini potvrdu o usvajanju izmjena (i dopuna) osnivačkog akata. U praksi, takođe, notar najčešće sačinjava nacrt te isprave. Dakle, kod višečlanih društava kapitala, vršio se postupak potvrđivanja izmjena (i dopuna) osnivačkog akta, primjenom odredbi Zakona o notarima, imajući u vidu da notar zapisnički potvrđuje odluku skupštine društva, bez obzira na to što je i tada važećim odredbama Zakona o privrednim društvima bilo uređeno postupanje notara u smislu obrade i kod izmjena osnivačkog akta, te je izostalo propisivanje forme potvrđivanja.

Notari su i pri takvim odredbama Zakona o privrednim društvima nalazili pravni osnov da u skladu sa odredbama čl. 68. u vezi sa čl. 95. Zakona o notarima kao *lex specialis* vrše potvrđivanje odluka skupština akcionarskih društava i višečlanih društava sa ograničenom odgovornosti u propisanoj proceduri u skladu sa odredbama Zakona o notarima.

Očigledno je da je izmjenama Zakona privrednim društvima trebalo predvidjeti postupak notarskog potvrđivanja i obrade. No, posljednjim izmjenama, umjesto dodavanja uz formu obrade i forme notarskog potvrđivanja, izostavljena je forma notarske obrade, a propisana je kod svih društava kapitala isključivo forma notarski potvrđenih izmjena osnivačkog akta ili statuta na osnovu odluke skupštine članova društva, ukoliko posebnim zakonom nije drugačije određeno.¹⁷

Notarsko potvrđivanje izmjena osnivačkog akta ili statuta – znači da je notar vodio zapisnik skupštine društva i potvrdio odluku skupštine o usvajanju izmjena osnivačkog akta ili statuta. Dakle, logično je da se kod višečlanih društava kapitala vrši potvrđivanje izmjena osnivačkog akta na osnovu notarskog zapisnika sa skupštine članova društva.¹⁸ Notar može u cijelosti sastaviti nacrt izmjena osnivačkog akta odnosno statuta, ali izradu nacрта izmjena osnivačkog akta ili statuta mogu izvršiti osim notara i pravnici zaposleni u poslovnim subjektima ili advokati. Što se tiče nadripisarstva, može se ukazati na primjer u Hrvatskoj, gdje je Zakonom o javnom bilježništvu propisano da je zabranjeno da nadripisari sačinjavaju bilo kakve akte za čije sačinjavanje su nadležni notari, pa u takvu zabranu spadaju i osnivački akti društava.¹⁹

Odredba člana 7. st. 4. Zakona o privrednim društvima umjesto obrade ili potvrđivanja izmjena osnivačkog akata, čiju formu zavisno od situacije treba da određuje notar, sada propisuje samo potvrđivanje i kod jednočlanih društava, osim ako drugim zakonom nije drugačije uređeno. Notari su dosljedno toj novoj zakonskoj

¹⁷ Članom 3. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o privrednim društvima u članu 7. poslije stava 3. dodaje se novi stav 4. prema kome se izmjene i dopune osnivačkog akta ortačkog i komanditnog društva (društva lica) notarski obrađuju, a društva sa ograničenom odgovornošću i akcionarskog društva (društva kapitala) notarski se potvrđuju, ukoliko posebnim zakonom nije drugačije uređeno.“

¹⁸ M. Rajčević, Notari u Zakonu o privrednim društvima Republike Srpske, Pravna riječ, časopis za pravnu teoriju i praksu, Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka, 2010, str. 533.

¹⁹ Članak 175. Zakona o javnom bilježništvu (Narodne novine br.78/1993, 29/1994, 16/2007) propisao je da je zabranjeno svako obavljanje za nagradu i obrtimize poslova koji po tom Zakonu spadaju u djelokrug javnih bilježnika.

odredbi u praksi uglavnom i primijenili formu potvrđivanja, bez obzira na to što je tom odredbom trebalo ostaviti notarsku obradu i dodati potvrđivanje. Kod jednočlanog društva Zakon polazi od fikcije da i jednočlano društvo ima skupštinu, a znamo da ima samo jednog člana, koji vrši poslove iz djelokruga skupštine. Vršeći poslove iz djelokruga skupštine u svojstvu jedinog člana, isti ne može sazivati sjednicu skupštine, usvajati dnevni red, birati predsjedavajućeg, glasati, nego jedino može notaru u zapisnik dati izjavu o tome koju odluku donosi iz zakonom propisanog djelokruga skupštine, a notar na osnovu izjave jedinog člana treba da sačini javnu notarsku ispravu o izmjenama i dopunama osnivačkog akta jednočlanog društva čiju će istinitost potvrditi. Takvim postupkom se onemogućava ponovno uključivanje nadripisara, uglavnom knjigovodstvenih agencija, u izradu nacрта izmjena osnivačkih akata, do kojega je dolazilo kod usklađivanja sa izmijenjenim propisima neposredno nakon posljednjih navedenih izmjena Zakona o privrednim društvima.

Pošto posebnim zakonom ovo pitanje može biti drugačije određeno, moguće je da je taj poseban zakon jedino Zakon o notarima. Odredbom člana 68. stav 2. tačka 5. Zakona o notarima je propisana forma notarske obrade osnivačkog akta ili statuta, a odredbama čl. 87. stav 2. i člana 95. Zakona o notarima propisana je forma notarskog potvrđivanja, forma zapisnika skupštine privrednog društva, na osnovu kojeg se vrši potvrđivanje, koje odredbe notari primjenjuju zavisno od stvarne situacije.

Regulisanje ovog pitanja u predstojećim izmjenama Zakona o registraciji poslovnih subjekata ne bi smjelo dovesti do manje pravne sigurnosti.

No, bez obzira na prethodno razmatranje ovog pitanja, notari prilikom pružanja svojih pravnih usluga poslovnim subjektima, paze na dosljedno, ali prvenstveno ciljno tumačenje i primjenu odredbi Zakona o privrednim društvima, stručno preciziraju odredbe izmjena osnivačkog akta, daju pravne savjete i upozorenja, kod potvrđivanja u notarski zapisnik najčešće unose kompletnu odluku o izmjenama osnivačkog akta i istu potvrđuju, pa će prava stranaka biti od strane notara u svakom slučaju obezbijeđena. Bez obzira na pitanje forme „obrade“ ili „potvrde“, u ovakvoj pravnoj situaciji, nastaloj izmjenama Zakona o privrednim društvima, odlučujuće je da se sadržajem javnih notarskih isprava, propisanim Zakonom o notarima štite prava stranaka. Saglasno tome, registarski sudovi prihvataju uredno sačinjenu notarsku javnu ispravu koja sadrži sve potrebne elemente za registraciju izmjena kod poslovnih subjekata.

Postupak registracije ubrzava odredba čl. 331. Zakona o privrednim društvima, prema kojoj se uz prijavu za registraciju prilaže prečišćeni tekst osnivačkog akta, sa notarskom potvrdom da se taj tekst izmijenjenog akta slaže sa odlukom o izmjenama.

U Federaciji BiH je Zakonom o registraciji poslovnih subjekata propisano da se dostavlja notarski obrađen akt o izmjenama podataka za sve poslovne subjekte. Smatra se da je notarski obrađen akt potpuno sigurna forma kod privrednih društava upravo iz razloga što akt u cijelosti sastavlja notar, koji je pravni stručnjak. Tako se

izbjegava i ponovna pojava nadripisarstva. U tom zakonu, međutim, ostalo je neriješeno pitanje razlikovanja forme obrade u odnosu na formu potvrđivanja odluka skupština višečlanih društava kapitala.

Pitanje da li formu notarske isprave treba propisivati Zakonom o privrednim društvima ili njeno propisivanje treba prepustiti Zakonu o notarima i Zakonu o registraciji poslovnih subjekata, treba riješiti u narednom periodu, a preporučujemo da se ubuduće oko pitanja forme notarskih isprava zakonodavac posavjetuje sa notarima prije donošenja izmjena Zakona o privrednim društvima. No, u slučaju kada Zakon o privrednim društvima precizira formu notarske isprave za svaku pravnu situaciju kod privrednih društava posebno, tada mora imati u vidu cilj propisivanja određene forme. U Hrvatskoj je to pitanje dosljedno riješeno Zakonom o trgovačkim društvima.

Notarske isprave kod statusnih promjena

Takođe bi bilo potrebno međusobno uskladiti sa odgovarajućim odredbama Zakona o notarima odredbe članova 381. stav 4 i 405. stav 3. te 434. stav 5. Zakona o privrednim društvima, prema kojima se ugovor o spajanju uz pripajanje i podjeli društva ili o sticanju i raspolaganju imovinom velike vrijednosti, notarski potvrđuje. U tim postupcima, trebalo bi da notar vodi zapisnik skupštine i na osnovu toga potvrdi da je skupština odobrila nacrt ugovora o spajanju ili podjeli, a nakon toga, potpisi ugovornih strana trebali bi da budu notarski ovjereni. To bi značilo da notar svojim specifičnim autoritetom pravnog stručnjaka pomaže da jedna pravno veoma složena statusna promjena poslovnih subjekata bude vjerodostojno provedena i da akti kojima se to reguliše budu podobni za sudsku registraciju. To i jeste prevažna uloga notara da sprečava buduće sporove oko ovako pravno komplikovanih statusnih promjena.

Notarski zapisnik

Registarski sud uglavnom neće zahtijevati prilaganje notarskog zapisnika na osnovu kojeg je notar potvrdio izmjene osnivačkog akta ili statuta, ali to može tražiti radi provjere istinitosti notarske isprave.

Prema odredbama člana 145. Zakona o privrednim društvima, odluke skupštine članova društva sa ograničenom odgovornošću unose se u zapisnik, te je propisan sadržaj zapisnika. Ako zapisnik ne potpiše predsjedavajući, to ne utiče na punovažnost odluka skupštine članova društva sa ograničenom odgovornošću, ukoliko je notar sačinio zapisnik. Sadržaj i forma notarskog zapisnika uređeni su Zakonom o notarima.²⁰

²⁰ Član 95. Zakona o notarima RS.

Prema odredbi člana 196. Zakona o notarima zapisnik o radu osnivačke skupštine akcionarskog društva vodi notar kao zapisničar, a potpisuje predsjednik skupštine, zapisničar, oba brojača glasova i osnivači društva. Odredbama člana 292. istog zakona propisan je sadržaj zapisnika skupštine akcionara, a ako zapisnik vodi notar, sadržaj i forma notarskog zapisnika uređeni su Zakonom o notarima. Kada notar sačinjava zapisnik, on ima značaj javne isprave, pa nije logično da osim notara i ovjerivači zapisnika predviđeni odredbom čl. 292. stav 6. Zakona o privrednim društvima u praksi ponekad potpisuju zapisnik.

Forma i sadržaj punomoći stranaka

Određena usaglašavanja trebalo bi izvršiti u pogledu odredaba Zakona o registraciji poslovnih subjekata, Zakona o notarima, kao i Zakona o obligacionim odnosima koja se tiču forme punomoći na osnovu koje se sačinjava notarska isprava potrebna za registraciju i zastupanje u postupku registracije. Notar mora u svakom slučaju obraditi punomoć i unijeti sve bitne podatke koje će sadržavati osnivački akt koji se donosi ili mijenja.

Registracija dijela stranog privrednog društva

Kao poseban kuriozitet u praksi registracije privrednih subjekata pojavljuje se registracija dijela, poslovne jedinice, odnosno podružnice stranog privrednog društva. Već nekoliko godina ta vrsta registracije je u zastoju i notari nisu mogli sačiniti notarsku ispravu još ni za jedan takav dio društva, pa ih tako nema ni registrovanih u Republici Srpskoj. Razlozi su po svojoj prilici samo u tehničkim zaprekama. Naime, za registraciju dijela stranog poslovnog subjekta zahtijeva se podatak koji strani poslovni subjekt nije ni mogao pribaviti, a to je MBS i poreski identifikacioni broj dodijeljen od strane nadležnog organa za pravna lica, pa taj broj, koji se dodjeljuje samo domaćim poslovnim subjektima, nije ni moguće dostaviti registarskom sudu za dio stranog pravnog lica. Ovaj problem bi se mogao riješiti tako što bi nadležni poreski organ dostavio registarskom sudu jedinstveni identifikacioni broj za poslovnu jedinicu stranog lica, tretirajući istu kao subjekt upisa, na koji način je to pitanje riješeno u Hrvatskoj.

O nekim podacima značajnim za pravni promet

a) Prebivalište osnivača – Novim izmjenama Zakona o registraciji mogla bi biti predložena dopuna opštih podataka koji se registruju, u smislu registrovanja prebivališta odnosno boravišta osnivača. No, zahtjev za dostavljanje registarskom sudu uvjerenja o prebivalištu za domaće i strano fizičko lice koje je osnivač, mogao bi biti

jedna od prepreka za efikasnu i brzu registraciju. Dovoljna zaštita principa istinitosti upisa je to što svi identifikacioni dokumenti prije registracije moraju biti predloženi notarima kao vršiocu javne službe koji utvrđuje i prebivalište i boravište osnivača ili lica ovlaštenog za zastupanje, pa sud ne bi trebao biti u obavezi da vrši takve redovne dodatne provjere osim u slučaju sumnje u tačnost tog podatka u notarskoj ispravi, jer bi to, u suprotnom, dovodilo do nepotrebnog odugovlačenja postupka registracije.

c) Djelatnost. – Što se tiče upisa podataka o djelatnosti, posebno šifara djelatnosti, treba imati u vidu da je procedura oko upisa djelatnosti i promjene šifara razreda odnosno odjeljaka u skladu sa Klasifikacijom delatnosti spora i da iziskuje nepotrebne troškove i da bi trebalo da se u tom vidu ona provodi samo u Zavodu za statistiku, kojem su potrebni ovi podaci. Smatramo da ova obaveza predstavlja nepotrebno opterećenje privredi, posebno zato što se šifre djelatnosti često mijenjaju. U dosadašnjoj praksi s pravom je predlagano da se ukine obaveza registracije svih djelatnosti prema propisanoj klasifikaciji koje će subjekt upisa obavljati i da se, kao u drugim zemljama, uvede samo pretežna djelatnost privrednog društva bez navođenja šifre, uz koju bi djelatnost mogle da se obavljaju i sve ostale djelatnosti, s tim da je za obavljanje nekih djelatnosti potrebna posebna saglasnost nadležnog ministarstva.

d) Dokazi o ulaganju i obezbjeđenju osnivačkog uloga. – Kada osnivač odnosno član ulaže nepokretnost u društvo, dokaz o ulaganju prilikom osnivanja ili povećanja osnovnog kapitala predstavlja izvod iz javne evidencije nepokretnosti i odredba osnivačkog akta, odnosno ugovora članova sa klauzulom intabulandi o prenosu stvarnih prava od strane osnivača, odnosno člana na društvo.

Sudovi su imali različitu praksu kod dokazivanja da je ulog u pokretnim stvarima unesen u društvo, pa su neki registarski sudovi zahtijevali dokaz o unesenim pokretnim stvarima koji dokaz nije zakonom definisan. Međutim, to nije bilo moguće u svakom slučaju pribaviti i predložiti sudu pogotovo u postupku osnivanja novih poslovnih subjekata, koji tek treba da nabave opremu i to najčešće uvozom. Smatramo da je dovoljno da se registarskom sudu priloži samo dokaz o procjeni novčanog uloga od strane stalnog sudskog procjenitelja, kako je uređeno odredbama člana 186. a u vezi sa članom 240. Zakona o privrednim društvima.

Registarski sud je dužan da traži dokaz o unošenju zakonom propisanog minimalnog novčanog udjela, što je uslov za registraciju društva, s tim što se posebnim zakonima propisuju minimalni novčani ulogi kod osnivanja finansijskih i osiguravajućih organizacija i društava.²¹ Notari bi trebali obratiti posebnu pažnju oko odredaba osnivačkog akta koje se odnose na mogućnost zaštite prava zbog neunesenog uloga.

U slučaju da se očekivanim izmjenama Zakona o registraciji poslovnih subjekata propiše obaveza registarskog suda da zahtijeva dokaz o sredstvima obezbjeđenja za neuplaćeni iznos novčanog dijela osnivačkog uloga, odnosno za vrijednost neunesenog novčanog uloga, kao što se predviđa, obezbjeđenje bi se moglo ugovoriti na osnovu notarske isprave samo u pogledu novčanog uloga, a u pogledu

²¹ Član 107. st. 2. Zakona o privrednim društvima.

nenovčanog odlukom suda. Razlog je u tome što notarske isprave koje se odnose na pitanja registracije mogu biti izvršene po Zakonu o notarima samo u pogledu novčanih obaveza, ali ne i nenovčanih. No, postavlja se pitanje da li je propisivanje obezbjeđenja unošenja uloga dobro rješenje, jer postoje drugi efikasni načini rješavanja pitanja neunošenja uloga, kao što su prestanak člana, prestanak društva i drugi.

e) Lice ovlašteno za zastupanje. – Odredba člana 316. Zakona o privrednim društvima izričito određuje da su članovi izvršnog odbora kod akcionarskih društva u radnom odnosu, a predsjednik izvršnog odbora, koji je ujedno i član izvršnog odbora je generalni direktor društva, prema članu 314. istog zakona.

Ova odredba o obaveznom radnom odnosu se shodno primjenjuje i na izvršne direktore, koji su ujedno zastupnici društva, kada društvo nema izvršni odbor, shodno odredbama čl. 313. istog zakona. Slijedom navedenog, zaključuje se da generalni direktor, odnosno izvršni direktor akcionarskog društva, kao lice ovlašteno za zastupanje društva, mora biti u radnom odnosu u tom društvu.

Nasuprot tome, isti zakon ne određuje da direktor društva sa ograničenom odgovornošću mora biti u radnom odnosu u društvu.

Preporučljivo je da notar upozna stranke sa odredbama čl. 39. Zakona o radu koje omogućavaju imenovanje stranca kao lica ovlaštenog za zastupanje, bez obaveze zasnivanja radnog odnosa, s tim da društvo može da uredi svoj odnos sa njim putem menadžerskog ugovora.²²

Bilo bi poželjno da se u osnivački akt unese odgovarajuća odredba za slučaj da strano lice ovlašteno za zastupanje ne želi da bude u radnom odnosu. U takvom slučaju ne bi se mogla na štetu stranke primijeniti odredba člana 12. stav 1 d. tačka 5. Pravilnika o registraciji i upisu u jedinstveni registar obveznika indirektnih poreza (Službeni glasnik BiH broj 51/12), koja otežava proceduru kod registracije društava kod Uprave za indirektno oporezivanje BiH, jer se tom odredbom sada nepotrebno i protivno propisima o radu i stranim ulaganjima uslovljava upis društva u jedinstveni registar poreskih obveznika pribavljanjem radne dozvole za svakog direktora koji je stranac.

f) Promjena člana i članskog udjela. – Odredbom člana 123. Zakona o privrednim društvima propisano je da se udio prenosi ugovorom u pisanoj formi sa notarski ovjerenim potpisima prenosioca i sticaoca, te da nije potrebna izmjena osnivačkog akta društva sa ograničenom odgovornošću, ako tim aktom nije drugačije određeno.

Zbog značaja ove promjene u privrednom društvu bilo bi dobro propisati da se uz prijavu za upis u registar promjene člana ili povećanja odnosno smanjenja broja članova ili promjene članskog udjela prilaže notarski obrađen ugovor o istupanju ili pristupanju novog člana.

²² Odredbom člana 39. st. 3. Zakona o radu – prečišćeni tekst, Službeni glasnik Republike Srpske, broj 55/07 određuje se da se međusobna prava, obaveze i odgovornosti direktora, koji nije zasnovao radni odnos i poslodavca, uređuju posebnim ugovorom.

Položaj zainteresovanog lica u postupku registracije

Jedno od značajnijih pitanja u postupku daljeg uređivanja propisa registracije poslovnih subjekata je jasnije određivanje pojma *zainteresovanog lica*.

U postupku registracije kao vanparničnom i strogo formalnom postupku upisa činjenica u javni registar bitno je o čijim pravima i interesima sud odlučuje u svakoj konkretnoj pravnoj situaciji. Na to notar treba da ukaže strankama u toku obrade notarske isprave koja će služiti za registraciju. Međutim, s obzirom na sadašnje stanje pravne regulative na području registracije poslovnih subjekata, notarima ovo pitanje može donijeti mnogo nedoumica.

Prema odredbama Zakona o registraciji poslovnih subjekata kao učesnik u postupku osim subjekta upisa, može se pojaviti i lice o čijim se pravima i pravnim interesima odlučuje u postupku, te nadležni organ, kao protivnici predlagača upisa. Takođe kao zainteresovana lica u postupku brisanja subjekta upisa mogu se pojaviti povjerioci subjekta upisa, lica koja imaju pravni interes u subjektu upisa, članovi subjekta upisa i lica ovlašćena za zastupanje subjekta upisa.

Na prvi pogled prethodno zakonsko određenje zainteresovanog lica izgleda kao da je u skladu sa odredbama vanparničnog postupka. Međutim, treba imati u vidu da su propisi o registraciji *lex specialis* i moguće je precizirati krug lica koja se mogu pojaviti u tom postupku. Pravo pristupa registarskom sudu treba tumačiti samo u odnosu na lica koja mogu imati pristup sudu u odgovarajućem postupku registracije. Smisao svake registracije je da se provede što prije, a nipošto da se na bilo koji način usporava ili gotovo onemogućava.

Kod upisa promjene lica ovlaštenog za zastupanje, često se postavlja pitanje da li direktor²³ ili generalni direktor²⁴ ili predsjednik upravnog odbora mogu imati status *zainteresovanog lica*? Naime, i pored pravila da se u sudski registar upisuje samo ono što odgovara, moguće je da u sudskom registru postoji ono što ne odgovara stvarnom stanju. Načelo istinitosti ima za posljedicu da prema trećim vrijedi ono što je upisano u sudskom registru. Jedno vrijeme može postojati raskorak između stvarnog stanja i postojećeg upisanog stanja. Tako organi subjekta upisa mogu imenovati novog direktora, generalnog direktora, predsjednika upravnog odbora, a da se lice koje je do tada vršilo tu funkciju i čije ime se još uvijek nalazi upisano u sudskom registru kao ovlašteno lice, suprotstavlja bilo kakvom upisu promjene tog podatka u sudskom registru.

U vezi s tim treba razlikovati upise s konstitutivnim dejstvom od onih sa deklaratornim dejstvom. O konstitutivnom dejstvu je riječ kada upisom nastaje, odnosno prestaje, neko pravno stanje. Tako su konstitutivni upisi osnivanja društva sa

²³ Čl. 149. Zakona o privrednim društvima.

²⁴ Čl. 314. Zakona o privrednim društvima.

svim značajnim podacima za osnivanje među kojima je i podatak o prvom licu ovlaštenom za zastupanje, jer društvo tek upisom u sudski registar postaje pravi subjekt, mada prije toga postoji sklopljeni ugovor obrađen čak kod notara, ali on ima do upisa u sudski registar posebno dejstvo u koje sada nećemo ulaziti. Upisom u sudski registar nekog društva rađa se jedan novi pravni subjekt u pravnom poretku. Isto tako će taj subjekt prestati da postoji kada bude izbrisan iz sudskog registra, jer dok, na primjer, traje likvidacija ili stečajni postupak, društvo još postoji, a tek sa njihovim potpunim provođenjem i brisanjem društva iz sudskog registra, prestaje. Ovo brisanje, pravno posmatrano, ima konstitutivno dejstvo.²⁵ Postoje svakako i drugi upisi u sudskom registru s konstitutivnim učincima. Takvi su, na primjer, povećanje ili smanjenje osnivačkog kapitala, prenos udjela, priključenje društva kapitala drugom takvom društvu, spajanje, pripajanje, podjela društva itd. Najbolje je kada zakon na sasvim jasan način kaže koji upisi imaju konstitutivno dejstvo i on to uglavnom i čini. Bez obzira na to što se konstitutivno dejstvo upisa propisuje zakonom, treba imati u vidu da se takvo dejstvo u pravnoj nauci smatra izuzetkom, a da je deklaratorno dejstvo pravilo.²⁶

Deklaratorno dejstvo imaju upisi kojima se samo upisom u sudski registar javno daje na znanje trećim licima da je došlo do nekih promjena, a zakonom se takve promjene ne čine ovisne o upisu u sudski registar. To su sva ona pitanja koja se dešavaju u unutrašnjem životu društva, a trećim licima mogu biti značajna u odnosima sa subjektom upisa. Zbog toga treba imati u vidu da, na primjer, razrješenje lica ovlaštenog za zastupanje djeluje od trenutka kada se to odredi u odluci o razrješenju, a upis u sudski registar ima deklaratorno dejstvo. Tako je, na primjer, kod davanja prokure ili opoziva prokure, koji djeluju od kada je prokura dana, odnosno od kada djeluje opoziv prokure, s tim da upis u sudski registar ima samo značaj javnog objavljivanja trećim licima, tj. deklaratorno dejstvo.

Od trećih lica se ne traži posebna pažnja da istražuju da li stvarno stanje odgovara onom u sudskom registru. Oni se mogu pouzdati u stanje upisa u sudski registar dok ih određene okolnosti ne upozore da se stvarno stanje razlikuje od registrovanog, a to se odnosi i na notare.

Pošto raspravljamo ovdje o preciznijem regulisanju lica zainteresovanih u postupku registracije, treba imati u vidu da je ime kod promjene ovlaštenog lica za zastupanje *samo podatak u registru* privrednih subjekata koji se vodi u registarskom sudu. Ako je takvo lice razriješeno, a po njegovom mišljenju to razrješenje je neza-

²⁵ Interesantno je da u našoj praksi registarski sudovi uglavnom ne vrše upis zabilježbe u Glavnoj knjizi podataka o postupku likvidacije, stečaja, zabrane obavljanja djelatnosti odnosno poslova i drugih činjenica koje su određene zakonom, nego samo ulažu ogovarajuća rešenja u zbirku isprava. Takvo postupanje bi moglo da naruši princip javnosti i istinitost registra, koje može dovesti do nesigurnosti u pravnom prometu. U budućim izmjenama Zakona o registraciji poslovnih subjekata trebalo bi jače potencirati obavezu unošenja navedenih podataka u Glavnoj knjizi, kao i svaki drugi aktuelni status registrovanog subjekta upisa.

²⁶ Barbić, J., Značenje upisa u sudski registar, Pravo u gospodarstvu, vol. 45 br. 6/ 2006, str. 302.

konito, tada ovo lice može samo voditi parnicu protiv poslovnog subjekta i imenovanog lica. Ne odlučuje sud ko će biti direktor u jednom društvu ili lice ovlašćeno za zastupanje, nego nadležni organi društva. Svako ko smatra da su povrijeđena neka njegova prava, može da pokrene redovni sudski postupak, a eventualno neselektivno prihvatanje od strane registarskog suda učešća takvog lica u toku postupka registracije dovodilo bi do odugovlačenja registracije i sprečavalo bi primjenu načela obaveznosti upisa kada za to postoje potrebne pretpostavke.

Dakle, ako je neki upis deklaratornog karaktera, tim upisom se ne mogu ni povrijediti bilo čija prava. Konstitutivnog karaktera je sama odluka nadležnog organa društva o imenovanju lica ovlaštenog za zastupanje, pa se ona može pobijati zbog eventualne povrede prava isključivo u parničnom postupku, a ne u postupku registracije.

Treba imati u vidu da lice ovlašćeno za zastupanje subjekta upisa ne može imati ni kod brisanja društva iz registra položaj zainteresovanog lica, pošto to lice ne istupa u postupku u svoje ime i za svoj račun kao fizičko lice, nego samo kao zastupnik pravnog lica- subjekta upisa. Direktor ne nastupa u svoje lično ime, pa direktor nema samostalna *svoja* prava.

Treba napomenuti da se u sudski registar ne bi mogao upisivati vršilac dužnosti lica ovlaštenog za zastupanje, pošto takva ovlaštenja nisu propisana Zakonom o privrednim društvima.²⁷

Član društva kao zainteresovano lice. – Ni član društva ne može imati status zainteresovanog lica u svakom postupku upisa podataka u sudski registar. Član bi mogao biti zainteresovani učesnik isključivo kod upisa promjene osnivačkog udjela, pošto ona utiče na promjenu prava na upravljanje i dobit i on zbog zaštite tih svojih prava ima status zainteresovanog lica kod promjena tih prava u registru. Međutim, član ne može imati status zainteresovanog lica kod ostalih promjena u registru, kao što je sjedište, djelatnost, promjena lica ovlaštenog za zastupanje ili usklađivanje sa zakonom, pa bi bilo dobro u Zakonu o registraciji poslovnih subjekata precizirati i suziti pravo člana društva na status zainteresovanog lica samo za pravnu situaciju kad se u postupku upisa vrši promjena na njegovim pravima kao člana.

Postupanje nadležnog registarskog suda po prijemu prijave za registraciju

Sud ispituje ispunjenost formalnih uslova kroz provjeru da li je prijavu podnijelo ovlašćeno lice, da li je prijava predana na propisanom obrascu i potpisana od strane podnosioca, da li su prijavi priložene sve propisane isprave u originalu

²⁷ „Osobe koje zamjenjuju ravnatelja ne upisuju se u sudski registar, već vode poslove na temelju punomoći ili drugih ovlaštenja iz akata.“ Buljan V., sutkinja Visokog trgovačkog suda RH, Jedinствени stavovi o upisu u sudski registar, Javni bilježnik br. 26, 2007. godine.

odnosno ovjerenoj kopiji, da li su iprave donesene u propisanom postupku, odnosno da li imaju propisani sadržaj, te da li su ispunjeni drugi formalni uslovi predviđeni Zakonom o registraciji poslovnih subjekata i drugim propisima.

Sud ispituje ispunjenost materijalnih uslova kroz provjeru da li je zahtjev za upis određenih podataka u saglasnosti sa Zakonom o privrednim društvima, zakonima koji uređuju ostale poslovne subjekte, Zakonom o registraciji poslovnih subjekata i drugim propisima kojim je utvrđena obaveza upisa tih podataka, kao i sa odredbama opštih akata kojima su uređeni podaci, odnosno promjene koje se upisuju u registar.²⁸

Ako registarski sud posumnja u istinitost akta kojim se dokazuje činjenica koja je predmet upisa ili u zakonitost postupka po kome je akt donesen ili u zakonitost pravne radnje koja je predmet upisa, registarski sud može održati ročište za raspravu na koje će pozvati podnosioca prijave i eventualno lica kojima bi mogle biti poznate sporne okolnosti i donijeti odluku. Registarski sud može i izvan ročišta saslušati učesnika u postupku i drugo lice ako nalazi da je to potrebno radi provjere podataka u notarskoj ispravi. Pošto notar prethodno sačinjava notarske isprave koje služe radi registracije i notar vrši provjeru svih priloženih dokumenata, utvrđuje identitet stranaka, ovjerava potpis lica ovlaštenog za zastupanje, provjerava uplatu osnivačkog uloga i uplatu sudske takse i naknade za oglas, tada će sud biti veoma rijetko u prilici da zakaže ročište za uzimanje novih izjava ili radi utvrđivanja odlučnih činjenica. Notar je notarskom ispravom od stranke ovlašten da po zaključku suda izvrši dopunu ili ispravku notarske isprave u postupku registracije.

U postupku rješavanja o prethodnom pitanju, npr. o zakonitosti odluke skupštine akcionara, tužba za pobijanje odluke skupštine akcionara ne sprečava njenu registraciju, ali registarski sud može odgoditi upis, odnosno registrovati zabilježbu spora, ako ocijeni da su nastupili slučajevi iz odredbi Zakona o privrednim društvima i drugih odredbi prema kojim odredbama je odluka skupštine ništava.²⁹

Kad registarski sud posumnja u neku činjenicu koja se dokazuje ispravom, sud prema odredbi čl. 54. st.2. i čl. 55. Zakona o registraciji poslovnih subjekata, može obavijestiti subjekt upisa da eventualno pred drugim nadležnim sudom pokrene odgovarajući postupak i o tome izvijesti registarski sud. Uglavnom bi se moglo raditi o sporovima radi pobijanja odluka skupština, koje su osnov za upis u sudski registar, a u kojem slučaju zapisnike obavezno sačinjavaju notari. Postavlja se pitanje pod kojim uslovima sud treba notarskoj ispravi pokloniti punu vjeru, a kada sud mora odbiti upis odluke skupštine sadržane u notarskom zapisniku. Ako je notar sačinio zapisnik o činjenicama koje su se događale pred njim, a koje ukazuju na to da su skupštinske odluke ništave, sud treba da odbije upis, smatrajući notarsku ispravu upravo kao dokaz ništavosti odluke. Primjer ništavosti odluke skupštine društva sa ograničenom odgovornošću, za čiju pravnu valjanost je neophodna jednoglasna odluka članova

²⁸ Član 53. Zakona o registraciji poslovnih subjekata.

²⁹ Član 293. stav 5. i 6. Zakona o privrednim društvima.

skupštine društva, može biti slučaj kada sjednici skupštine nisu prisustvovali svi članovi društva. Sud postupa u skladu sa zakonom i donosi odgovarajuće rješenje kojim se ne dozvoljava upis.³⁰ U hrvatskoj pravnoj književnosti izražen je stav o obavezi notara da obavijesti registarski sud o eventualnoj grešci notara.³¹

Summary

Notaries have their role as extrajudicial preventive judges, which as legal experts draft acts of incorporation of business entities and notarize such acts in the prescribed form of the notary public documents and thereby prevent litigation, so that the established authority of the notaries should be strengthened to that effect.

In Bosnia and Herzegovina the Latin notary service was established, after being recommended by the European Union as the best and safest. In that way, the Republic of Srpska, as well as Bosnia and Herzegovina as a whole, and thus their legal systems are closer to European legal tradition on bases of which the role of the notary in legal life is constantly being increased in Europe.

The time has shown the necessity of changes and adjustment of certain provisions contained in the Law on Business Registration, the Company Law, as well as laws on financial and insurance institutions, the Law on Notaries and other laws related to business entities, as well as necessity to adopt the regulation on electronic connection of court registry and notaries, and to adjust the registration procedure for all forms of business entities, all in order to strengthen the role of notaries in development and strengthening of the legal system and legal security.

In the future harmonization of the analyzed regulations, one should not allow diminishing the jurisdiction of notary service nor should succumb to occasional misunderstanding of the role of notary service in the business life and business transactions, but rather to strengthen this role in accordance with the recommendations and trends in modern European law.

³⁰ Pitanje pravnih posljedica nedostataka u sadržaju i obliku otpravaka javnobilježničkog akta uređeno je člankom 104. Zakona o javnom bilježništvu („Narodne novine“ br. 78/9 , 29/9 , 16/07 i 75/09) koji glasi:

„(1) Otpravak javnobilježničkog akta nema snagu javne isprave ako nije prema odredbama članka 48. stavka 2. ovoga Zakona prošiven, ako nije potvrđena podudarnost otpravka s izvornim javnobilježničkim aktom ili ako na njemu nema potpisa i pečata javnog bilježnika.

(2) Da li i u kojoj mjeri koji drugi nedostaci (članak 43, članak 45. do 47., članak 48. stavak 1., članak 94. do 98., članak 100. do 103.) u cijelosti ili djelomično oduzimaju ili umanjuju vjerodostojnost otpravaka, ocijenit će po slobodnoj ocjeni sud.“

³¹ „Saznanju registarskog suda za to da se stvarno stanje razlikuje od upisa pridonosi i obveza sudova, državnih odvjetništava, javnih bilježnika, tijela državne uprave i pravnih osoba s javnim ovlastima koji u obavljanju službene dužnosti saznaju za netočne ili nepotpune prijave za upis ili propuštanja da se podnese prijava, da o tome izvijeste registarski sud.“ Akademik J. Barbić, Značenje upisa u sudski registar, Pravo u gospodarstvu, Hrvatski savez udruga pravника u gospodarstvu, Zagreb, 2006.

In the course of determining solutions by legal and other experts, it would be essentially to include notaries, because their expertise and experience in this area can contribute to to harmonized regulations and, thus, to the necessary degree of legal certainty.

Keywords: *registration of business entities, notary act, harmonization of law.*

STEČAJNI UPRAVNIK centralni organ stečajnog postupka

Nedeljko Milijević*

***Apstrakt:** Cilj ovog rada je prikaz položaja stečajnog upravnika u stečajnom postupku u svjetlu Zakona o stečajnom postupku Republike Srpske. Analizirane su radnje koje stečajni upravnik preduzima u postupku u cilju identifikovanja, popisa, procjene i unovčenja imovine stečajnog dužnika i namirenja povjerilaca kao krajnjeg cilja stečajnog postupka.*

Analizirana su iskustva stečajnih upravnika u desetogodišnjoj primjeni Zakona o stečajnom postupku i dobijeni rezultati koji ukazuju na potrebu donošenja novog Zakona o stečajnom postupku u kojem trebaju biti ugrađena nova rješenja na koja ukazuju dosadašnja iskustva naših sudova, kao i pozitivna iskustva sudova drugih zemalja.

***Кljučне ријечи:** stečajni postupak, stečajni upravnik, stručni ispit, pravilnik, komisija.*

Uvod

Za razliku od drugih stečajnih postupaka koje vode sudski organi, stečajni postupak vode sudski i vansudski organi. To je razumljivo ako se ima u vidu složenost i specifičnost stečajnog postupka. U postupku se preduzimaju radnje čije uspješno provođenje zahtijeva od lica koja preduzimaju te radnje, poznavanje pravnih, ekonomskih, tehničkih i drugih struka. Otuda savremeno stečajno zakonodavstvo centralno mjesto u stečajnom postupku daje instituciji stečajnog upravnika. Takođe, Zakon o stečajnom postupku Republike Srpske¹ i Federacije Bosne i Hercegovine² na savremen način reguliše materiju vezanu za ulogu stečajnog upravnika u postupku.

* Недељко Милијевић, судија Окружног привредног суда у Бањој Луци.

¹ Zakon o stečajnom postupku Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 67/02, 77/02, 38/03, 68/07, te prečišćeni tekst Zakona objavljen u „Službenom glaniku Republike Srpske“, broj 26/10.

² Zakon o stečajnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine br. 20/03.

Stечајni upravnik je posebni operativni organ stечајnog postupka. Imenuje ga stечајni sudija rješenjem o otvaranju stечајnog postupka i on zauzima mjesto bivšeg organa upravljanja i rukovođenja stечајnog dužnika.³ Stečajni sudija može u prethodnom postupku imenovati privremenog stечајnog upravnika ako je to potrebno, čiji je zadatak da obezbijedi imovinu stечајnog dužnika i utvrdi da li postoji razlog za otvaranje stечајnog postupka i da li se iz imovine stечајnog dužnika mogu namiriti troškovi stечајnog postupka.

Da bi bolje pojasnili poziciju i ulogu stечајnog upravnika u stечајnom postupku u kratkim crtama upoznaćemo vas sa organima stечајnog postupka.

Stечајni organi

Svaki od organa stечајnog postupka ima svoju funkciju u određenim fazama ili u svim fazama stечајnog postupka. U Zakonu o stечајnom postupku (dalje ZSP) su, u odnosu na prethodno regulisanje ove oblasti, učinjene određene izmjene koje se, prije svega, tiču ovlaštenja stечајnog sudije, stечајnog upravnika, skupštine i odbora povjerilaca. Stečajnom upravniku su proširena ovlaštenja, tako da on faktički ima glavnu ulogu u stечајnom postupku. Skupština povjerilaca je nov organ stечајnog postupka i djelokrug poslova i ovlaštenja ovog organa određen je zakonom tako da skupština donosi strateške odluke u postupku.⁴

Organi stечајnog postupka su:

- 1) stечајni sudija,
- 2) privremeni stечајni upravnik (u prethodnom postupku),
- 3) stечајni upravnik,
- 4) skupština povjerilaca,
- 5) privremeni odbor povjerilaca (u prethodnom postupku) i
- 6) odbor povjerilaca

Sa druge strane, stranke stечајnog postupka su predlagač i stечајni dužnik.

Svoja prava u stечајnom postupku povjerioci ostvaruju učešćem u postupku prijavom svog potraživanja, odnosno danom utvrđivanja potraživanja osnovanim, stiču pravo donošenja odluka u skupštini povjerilaca tj. u odboru povjerilaca ukoliko su izabrani u taj organ. Kao što smo vidjeli, razlikujemo organe stечајnog postupka od stranaka u stечајnom postupku. Kriterijumi za ovakvu podjelu je donošenje odluka od strane stечајnih organa. No, sve odluke donesene od navedenih organa stечајnog postupka, imaju za cilj sprovođenje stečaja nad dužnikom i namirenje povjerilaca u stечајnom postupku. Svi organi stечајnog postupka donose odluke prilikom

³ M. Velimirović, Stečajno pravo, Novi Sad, 2004. godine.

⁴ B. Marić - N. Milijević, Zakon o stечајnom postupku Republike Srpske, sa osvrtom na osnovna rješenja u zakonu, Banjaluka, 2003. godine.

sprovedenja stečajnog postupka i sve odluke jednako mogu da utiču na tok postupka. U odnosu na dosadašnja rješenja, u Zakonu o prinudnom poravnanju stečaju i likvidaciji (ZPPSL), vidimo da kao organ stečajnog postupka ne postoji po ZSP stečajno vijeće što dovodi do određenih problema. Stečajni postupak vodi stečajni sudija kao sudija pojedinac. On, faktički, koordinira rad svih organa stečajnog postupka. Sa druge strane, postoje i određene pozitivne strane, koje se sastoje u efikasnosti stečajnog postupka, kao i u boljoj kontroli ostalih subjekata stečajnog postupka (tu mislimo i na organe i na stranke). Ne samo to, u ZSP je predviđen i postupak reorganizacije dužnika, gdje stečajni sudija ima ključnu ulogu, pored povjerilaca i stečajnog upravnika. Novi organ stečajnog postupka je skupština povjerilaca. Skupštinu saziva stečajni sudija, koji njome i rukovodi. Samo povjerioci koji su prijavili svoja potraživanja, a koja nisu osporena, imaju pravo glasa. Uloga skupštine povjerilaca se sastoji, prije svega, u kontroli toka stečajnog postupka, odnosno u kontroli rada stečajnog upravnika.

Uloga stečajnog upravnika

Stečajni upravnik je operativni organ stečajnog postupka, a određuje ga stečajni sudija odlukom o otvaranju stečajnog postupka. Stečajnog upravnika možemo da definišemo kao posebni organ stečajnog postupka, koji pod nadzorom stečajnog sudije i povjerilaca vrši poslove stečajnog dužnika koji se sastoje u prikupljanju i unovčavanju imovine dužnika u cilju namirenja potraživanja povjerilaca.⁵ Naravno, stečajni upravnik istupa u ime dužnika, on na neki način zastupa dužnika. Stečajni upravnik vrši i druge poslove koji su definisani zakonom.

Stečajni upravnik po stupanju na dužnost mora izvršiti popis imovine stečajnog dužnika i sastaviti listu povjerilaca za koje je saznao, te obezbijediti i čuvati imovinu stečajnog dužnika.

Stečajni upravnik mora ispitati osnovanost svih potraživanja povjerilaca i izjasniti se da li ih priznaje ili pak osporava. Takođe, on će pokrenuti parnice uz saglasnost odbora povjerilaca radi naplate potraživanja od stečajnog dužnika. Takođe, stečajni upravnik zastupa dužnika u parnicama koje pokrenu povjerioci radi utvrđivanja osnovanosti osporenog potraživanja. Stečajni upravnik unovčava stečajnu masu prema odlukama skupštine i odbora povjerilaca, vrši djelimične diobe uz saglasnost odbora povjerilaca i glavnu diobu nakon što stečajni sudija dā saglasnost na prijedlog diobe.⁶

Stečajni upravnik upravlja imovinom stečajnog dužnika, nastavlja i vodi proizvodnju nakon saglasnosti stečajnog sudije i odbora povjerilaca. Naročito je značajna uloga stečajnog upravnika u procesu reorganizacije stečajnog dužnika. On

⁵ M. Dika, *Insolventijsko pravo*, Zagreb, 1998. godine.

⁶ A. Eraković, *Komentar stečajnog zakona*, Zagreb, 2000. godine.

predlaže reorganizaciju stečajnog dužnika ukoliko smatra da je privredno društvo moguće sanirati i priprema stečajni plan u čemu mu pomaže odbor povjerilaca. Ukoliko skupština povjerilaca stečajni plan usvoji, a stečajni sudija potvrdi plan, nadzor nad sprovođenjem stečajnog plana vrši stečajni upravnik u roku koji odredi sud.

Stečajni upravnik je dužan da o svom radu podnosi izvještaje kada to zatraži stečajni sudija, skupština i odbor povjerilaca, a najmanje jednom u tri mjeseca. O izvještajima stečajnog upravnika odlučuje odbor povjerilaca i stečajni sudija i mogu ga usvojiti odnosno odbiti, dati primjedbe na izvještaj i preduzeti određene sankcije prema stečajnom upravniku ukoliko nisu zadovoljni izvještajem uključujući čak i njegovo razrješenje.

Imenovanje stečajnog upravnika

Stečajnog upravnika imenuje stečajni sudija rješenjem o otvaranju stečajnog postupka.

Stečajni upravnik mora da bude lice koje je stručno, s obzirom na prirodu poslova koje treba da vrši u stečajnom postupku i mora da ispunjava određene uslove. Znači, za stečajnog upravnika može biti imenovano fizičko lice koje je stručno i koje ima određeno iskustvo. No, za razliku od ranijih rješenja, stečajni upravnik po ZSP, mora imati položen stručni ispit. Taj ispit se polaže po Pravilniku o programu stručnog ispita za stečajnog upravnika i način njegovog polaganja koji donosi ministar pravde. ZSP definiše i koja lica ne mogu biti imenovana za stečajnog upravnika, u skladu sa ranijim rješenjima, a to su:

- a) lica koja moraju biti izuzeta kao sudije u stečajnom postupku;
- b) lica koja su bliski srodnici stečajnog sudije (ZSP ne navodi do kog stepena srodstva);
- c) lica koja su odgovorna za obaveze stečajnog dužnika ili su članovi organa za zastupanje stečajnog dužnika;
- d) lica koja ne bi mogla biti izabrana za članove nadzornog organa ili organa za zastupanje stečajnog dužnika;
- e) lica koja su bila zaposlena ili su sada zaposlena kod stečajnog dužnika i
- f) lica koja su radila kao savjetnici stečajnog dužnika.

Sva ograničenja koja su navedena, a tiču se imenovanja stečajnog upravnika su logična, s obzirom da ne mogu biti imenovana ona lica koja su na bilo koji način ranije ili sada uticali na obim imovine i poslovanje dužnika. Sva lica koja su položila stručni ispit i koja ispunjavaju ostale uslove propisane zakonskim propisima i imaju određeno iskustvo naći će se na listi stečajnih upravnika, koju utvrđuje Vlada Republike Srpske na prijedlog ministra pravde i koja se objavljuje u Službenom glasniku Republike Srpske.

Stečajni upravnik kao menadžer

Stečajni upravnik je obavezan da se stara o imovini stečajnog dužnika i upravlja njome kao dobar privrednik. Zbog toga stečajni upravnik mora imati menadžerske sposobnosti. U određenim uslovima u stečajnom postupku će se nastaviti poslovna djelatnost, koja je često proizvodnog karaktera, što zahtijeva posebne sposobnosti stečajnog upravnika. Stečajni upravnik sam ili sa svojim timom organizuje i vodi proizvodnju, vrši prodaju proizvoda i usluga i prati efekte poslovanja u cjelini. U ovom slučaju on obavlja poslove koje je obavljao raniji direktor preduzeća, pa je logično da posjeduje sposobnost rukovođenja. Ako je skupština povjerilaca odlučila da se imovina unovči, stečajni upravnik imovinu unovčava u skladu sa Zakonom o izvršnom postupku. Za te radnje potrebna mu je saglasnost odbora povjerilaca. U tom slučaju upravnik pored poznavanja procedure prodaje mora preduzimati i druge radnje da bi informaciju o prodaji robe približio kupcu.

Iako je u nekim zemljama zakonom o stečajnom postupku određeno da imovinu stečajnog dužnika na kojoj postoji razlučno pravo, najčešće hipoteka, unovčava stečajni sudija, smatram da je način unovčenja imovine propisan ZSP-om bolje rješenje, jer su se stečajni upravnici uglavnom bavili privrednom djelatnošću i imaju više iskustva u prodaji imovine. Za obavljanje menadžerskih poslova potrebno je, pored prava, poznavati i ekonomsku, tehničku i neke druge struke koje discipline sudije ne poznaju u dovoljnoj mjeri.

Ukoliko je skupština povjerilaca odlučila da se vodi postupak reorganizacije (sanacije) preduzeća, stečajni upravnik je dužan sačiniti stečajni plan, plan zastupati na ročištima i ukoliko povjerioci plan usvoje i sud ga potvrdi, nadzirati realizaciju plana od zaključenja stečajnog postupka pa do isteka vremena za koje je nadzor određen. Upravo u postupku reorganizacije stečajnog dužnika dolazi do izražaja sposobnost stečajnog upravnika kao privrednika tj. menadžera. Međutim, i u drugim fazama postupka, menadžerske sposobnosti stečajnog upravnika dolaze do izražaja.

Odnos stečajnog upravnika sa javnošću

Stečajni upravnik je obavezan da na traženje sredstava informisanja informiše javnost o toku stečajnog postupka. Ovo iz razloga što je javnost zainteresovana za stečajni postupak određenih preduzeća, uzroke koji su doveli do stečaja, posebno prestanak rada fabrike, masovnog otpuštanja radnika, da li je bilo kriminalnih radnji i korupcije u preduzećima, postoje li mogućnosti sanacije preduzeća, postoje li potencijalni investitori za sanaciju preduzeća itd. Stečajni upravnik je dužan da da informaciju u vezi sa stečajem. On tu obavezu može prenijeti na drugo lice, portparole, koji će u njegovo ime informisati javnost o toku stečajnog postupka. Kod nas

većina stečajnih upravnika nije navikla na kontakt sa medijima. Prevelika izloženost medijima za stečajnog upravnika predstavlja veliki rizik a donosi malo koristi. Otuda stečajni upravnik treba da sarađuje sa medijima, da prema istim ima korektan odnos i da informisanju poklanja dovoljno pažnje. Posebno su značajne informacije date štampi. Uputno je da stečajni upravnik ne odgovara na provokacije koje se mogu pojaviti u sredstvima informisanja te da po mogućnosti kontaktira sa medijima putem pisanih obavještenja.

Pored informisanja javnosti putem sredstava informisanja, stečajni upravnik je dužan pružiti informacije učesnicima u postupku, kao i drugim zainteresovanim licima ako je to od interesa za ostvarivanje određenih prava u postupku.

Odgovornost stečajnog upravnika

ZSP reguliše odgovornost stečajnog upravnika, tako da, ukoliko skrivljeno povrijedi obaveze koje je dužan da izvršava u stečajnom postupku, u obavezi je da nadoknadi štetu koja je izazvana takvim djelovanjem. Međutim, ako neke obaveze koje su trebale da se ispune iz stečajne mase, nisu ispunjene, a stečajni upravnik nije mogao da predvidi da te obaveze neće moći biti ispunjene, neće odgovarati za eventualnu štetu. Kao što se vidi, ZSP predviđa skrivljenu odgovornost stečajnog upravnika u postupku. ZSP nije bliže odredio oblike te odgovornosti tako da ćemo morati da se poslužimo opštim definicijama. Pod aktima stečajnog upravnika, koji su učinjeni sa skrivljenom odgovornošću podrazumijevaćemo akte koji su učinjeni sa namjerom ili krajnjom nepažnjom.

Sa druge strane, u ZSP se predviđa da stečajni upravnik neće odgovarati ako neke obaveze ne budu izmirene iz stečajne mase, a on to nije mogao da predvidi na vrijeme. Pretpostavlja se da će o ovome odlučivati stečajni sudija koji ima pravo nadzora nad radom stečajnog upravnika. Taj nadzor se sastoji u tome što stečajni sudija može uvijek tražiti izvještaj od stečajnog upravnika o stanju dužnika.

Ako sudija utvrdi da stečajni upravnik ne izvršava svoje obaveze po ZSP-u, može izreći novčanu kaznu stečajnom upravniku, a može ga i smijeniti i imenovati drugog upravnika. Zbog navedenog, stečajni sudija ima obavezu da utvrdi pod kojim okolnostima stečajni upravnik nije mogao da izmiri pojedine obaveze iz stečajne mase (kako je naprijed rečeno), kao i da utvrdi eventualnu odgovornost stečajnog upravnika. Stečajni sudija može odluke stečajnog upravnika, kojima se bitno krše odredbe ovog i drugih pozitivnih propisa ili kojima se umanjuje stečajna masa i prava stečajnih povjerilaca, staviti van snage i o tome obavijestiti skupštinu povjerilaca.⁷ Dakle, stečajni sudija odlučuje o odgovornosti stečajnog upravnika.

⁷ Član 22 stav 5 Zakona o stečajnom postupku (prečišćeni tekst) Službeni glasnik Republike Srpske broj 26/10.

Osiguranje stečajnog upravnika

ZSP određuje da je stečajni upravnik obavezan da zaključi ugovor o osiguranju od odgovornosti za sve rizike odgovornosti, koji su povezani sa njegovim vršenjem poslova u stečajnom postupku. Stečajni upravnik je, znači, dužan da zaključi kod osiguravajućeg društva ugovor o osiguranju od građanske odgovornosti. Ono što je interesantno, odnosi se na visinu osigurane sume i na oslobađanje od obaveze osiguranja. Visinu osigurane sume određuje stečajni sudija u zavisnosti od toga kolika je očekivana stečajna masa, kao i od posebnih okolnosti. Ovdje se može postaviti pitanje procjene visine stečajne mase od strane stečajnog sudije, kao i pitanje drugih okolnosti, koje se može pojaviti u toku stečajnog postupka, a što stečajni sudija nije mogao da predvidi. Odgovornost stečajnog sudije kod određivanja visine osigurane sume je nesumnjiva, naročito kod velikog broja povjerilaca i velike sume potraživanja. Od visine osigurane sume zavisi i visina premije osiguranja koja bi trebala da se plati iz stečajne mase, odnosno da se kvalifikuje kao trošak stečajnog postupka, a što nije definisano u ZSP-om.

Visinu osigurane sume stečajni sudija određuje i u zavisnosti od posebnih okolnosti. Te posebne okolnosti možemo vezati za postupke drugih subjekata stečajnog postupka, za potraživanja stečajnog dužnika, kao i za eventualni postupak reorganizacije dužnika.

Međutim, može se reći da te posebne okolnosti oslobađaju, na neki način, stečajnog sudiju od odgovornosti za lošu procjenu visine osigurane sume, što bi moglo da dovede do neadekvatne isplate oštećenicima u stečajnom postupku. Osim toga, u ZSP-u je određeno da stečajni sudija može osloboditi stečajnog upravnika obaveze osiguranja od odgovornosti u opravdanim slučajevima. ZSP nije definisao te opravdane slučajeve. Pretpostavka je da su to slučajevi kada je procijenjeno da stečajna masa neće biti dovoljna za namirenje potraživanja, odnosno troškova postupka, kada se usljed toga zaključuje postupak. U drugim slučajevima bili bi oštećeni ostali učesnici postupka, odnosno, postavilo bi se pitanje mogućnosti naknade štete koju bi oni pretrpjeli u stečajnom postupku.⁸

U svakom slučaju, odredbe ZSP-a koje se odnose na osiguranje stečajnog postupka, imaju za cilj zaštitu učesnika u postupku, prije svega, povjerilaca. Ono što se može uputiti kao zamjerka, odnosi se na definisanje skrivljene odgovornosti, zatim na određivanje slučajeva kada stečajni upravnik nije bio u mogućnosti da predvidi da određena obaveza neće moći da se namiri iz stečajne mase, kao i na određivanje visine osigurane sume od strane stečajnog sudije. Činjenica je da u ZSP-u nadzor nad radom stečajnog upravnika predstavlja institut od kojeg zavisi i njegovo osiguranje od odgovornosti. Sa druge strane, nadzor sprovodi stečajni sudija, tako da

⁸ V. Čolović-N. Milijević, Stečajni postupak, Banja Luka, 2004. godine.

i ovaj institut može zavisiti od određenih subjektivnih okolnosti. Може се рећи да је осигурање стеčajног управника од одговорности у стеčajном поступку по ZSP-у обавезно, али да, ипак, околности случаја одређују ту обавезност. Да би у потпуности могла да се спроводи обавеза осигурања од одговорности стеčajног управника потребно је ускладити и законска рјешенја из области осигурања од одговорности. Први услов за несметано осигурање стеčajних управника јесте предвиђање осигурања појединих категорија стручних лица који обављају дјелатност од јавног интереса. Послије тога, треба одредити и мјерила (услове осигурања) од стране осигуравачућих друштва.

Да закључимо, да би mogao да врши функцију стеčajног управника, на njega се преносе права и дужности органа управљања дужника, али у складу са потребима стеčajног поступка и са одређеним ограничењима. Он заступа дужника и руководи његовим пословима. Његови послови су разноврсни, од ажурирања књиговодствене евиденције преко састављања почетног биланса стеčajа и бриге о окончању започетих послова, до уновчавања ствари ради формирања стеčajне масе и састављања нацрта за главну диобу и нацрта за завршни стеčajни биланс. Може се прихватити схватање да је стеčajни управник јавноправни орган стеčajног поступка који, поред осталог, има права и дужности законског заступника стеčajног дужника *sui generis*. Стеčajни управник је одговоран сваком од учесника стеčajног поступка за штету коју му нанесе намјерно или крајњом непажњом. Стеčajни управник има обавезу да подноси писмене извјештаје о самом стеčajном поступку и то једном у три мјесеца. Он има и право на награду за рад.

Pravilnik o polaganju stručnog ispita za stečajnog upravnika

S obzirom da је u ZSP-у предвиђена обавеза полагања стручног испита за стеčajног управника, налазимо за shodno да Правилнику за полагање тог испита посветимо посебну пажњу. Обавеза доношења Правилника о полагању стручног испита за стеčajне управнике предвиђена је у прелазним и завршним одредбама ZSP-а. Министар правде у Влади Републике Српске donio је Правилник 2003. године и исти је објављен у Службеном гласнику Републике Српске број 6/03. Да би једно лице могло да врши послове стеčajног управника, оно мора положити стручни испит, а о чему је напријед било ријечи. Ова одреба се мора примјенјивати након протека шест мјесеци од дана ступања на снагу ZSP-а. Практично, два услова која су одлучна за примјену обавезе полагања стручног испита за стеčajног управника су доношење Правилника од стране министра правде и сама примјена ове обавезе.

U овом раду посебну пажњу посветићемо његовим најважнијим одредбама, имајући у виду важност полагања овог стручног испита. Наиме, Правилником се утврђује програм стручног испита и начин његовог полагања. Стручни испит се полаже пред посебном комисијом коју именује министар правде на вријеме од двије године. Лица која се бирају у комисију морају да имају или одговарајуће радно искуство или да су објављивали стручне радове из ове области, односно, да су се истакли у овој

oblasti naučnim radom. Praktično, to bi mogli da budu ili stečajne sudije ili naučni radnici (univerzitetski profesori i ostali), odnosno istaknuti privrednici. Ne navode se posebni uslovi za imenovanje članova komisije, pa se može zaključiti da ministar pravde ima diskreciono pravo izbora članova komisije. Naravno, Pravilnik reguliše i obaveze predsjednika komisije kao i administrativne radnje sekretara komisije.

Kandidati za stečajnog upravnika i program stručnog ispita

Pravilnik definiše da stručni ispit za stečajnog upravnika može polagati lice koje ima sedmi stepen stručne spreme, odnosno ekonomski, pravni ili fakultet tehničkog smjera, kao i najmanje pet godina radnog iskustva u struci.

Očekujemo da će se najčešće (mada nije pravilo) prijavljivati lica sa ekonomskim ili pravnim fakultetom. Činjenica je, imajući u vidu djelokrug stečajnog upravnika u stečajnom postupku, da će biti najpotrebnije znanje stečeno na navedena dva fakulteta. Prijava za polaganje stručnog ispita se podnosi Ministarstvu pravde i ona mora sadržavati potrebne podatke o kandidatu, sa potrebnim dokazima o stručnoj spremi i ostalom dokumentacijom. Inače, stručni ispit se polaže usmeno. Nećemo se zadržavati na tehničkim detaljima oko polaganja ispita, ali ćemo reći nekoliko riječi o uspjehu kandidata na ispitu, kao i o uslovima, ako kandidat ne položi jedan ili više predmeta. Ono što je bitno, jeste da se uspjeh kandidata ocjenjuje sa »položio« ili »nije položio«, kao i da se o uspjehu kandidata, odnosno o polaganju kandidata, komisija mora izjasniti jednoglasno. Ako kandidat ne položi jedan predmet on može u roku, koji ne smije biti kraći od jednog niti duži od tri mjeseca, polagati ponovo taj predmet. Ako kandidat ne položi u cijelosti stručni ispit, što znači da nije položio više od jednog predmeta, tada će moći ponovo da ga polaže poslije isteka od tri mjeseca od datuma polaganja prethodnog ispita. Pravilnik nije na jasan način regulisao slučaj kada kandidat ne položi u cjelosti stručni ispit, tako da je bila potrebna navedena dopuna.

Što se tiče programa stručnog ispita, Pravilnikom je na uspješan način izvršen izbor predmeta koji su sastavni dio stručnog ispita. Naime, sadržaj stručnog ispita za stečajnog upravnika je sljedeći:

1) *Stečajno pravo*. Sadržaj ovog predmeta nisu samo pravila o stečajnom postupku, već i pravila o organizaciji i nadležnosti sudova, pravila parničnog i izvršnog postupka kao i dio radnog prava, koji se odnosi na ugovore o radu;

2) *Osnovi građanskog i privrednog prava*. Ono što je navedeno kao sadržaj građanskog prava odnosi se na stvarno pravo (svojina, založno pravo, zemljišne knjige, zakup), kao i na ugovore. Što se tiče privrednog prava, ovaj predmet je obuhvatio statusni dio (preduzeća) i hartije od vrijednosti;

3) *Osnove računovodstva i finansija*. Kao sadržaj ovog predmeta, navedeni su računovodstveni i revizorski standardi, finansiranje poslovanja, platni promet i sl. Znači, sve ono što se vezuje za ekonomski dio poslova stečajnog upravnika.

Činjenica je da je izbor predmeta ono što je potrebno budućem stečajnom upravniku u vršenju njegovih poslova u stečajnom postupku. Potreba za polaganjem stručnog ispita u ovoj oblasti pokazala se, s obzirom na stručnost lica, koja su do donošenja ZSP-a imenovana na mjesto stečajnog upravnika, kao i s obzirom na uslove koji su se tražili da bi jedno lice bilo izabrano na to mjesto (lice, koje može biti birano za direktora preduzeća, što je bilo diskutabilno, s obzirom na stepen stručne spremlje). Ranije smo rekli da će za stečajnog upravnika biti najpotrebnije znanje sa ekonomskog i pravnog fakulteta, što se vidi i iz sadržaja programa stručnog ispita. Pravilnik navodi izvore koji se mogu koristiti prilikom spremljanja ovog ispita, a isto tako uređuje i izgled uvjerenja o položenom stručnom ispitu za stečajnog upravnika.

Smatrali smo za potrebno da predstavimo u osnovnim crtama Pravilnik, s obzirom da polaganje stručnog ispita za stečajnog upravnika predstavlja novost u našem pravu. Od izuzetne važnosti je i regulisanje postojanja liste stečajnih upravnika sa položenim stručnim ispitom koji je dostupan javnosti. Time se ne obezbjeđuje samo stručnost već i efikasnost, što treba da bude osnovni cilj ZSP-a. Stečajni upravnik treba da bude, prije svega, lice koje je obrazovano i stručno, odnosno čije je znanje navedenim ispitom provjereno. Takođe, neophodno je i određeno iskustvo. Takav stečajni upravnik mora da obezbijedi ne samo navedenu efikasnost (koja je do sada i bila najveća »boljka« stečajnog postupka), već i sigurnost za sve subjekte u postupku koji će imati povjerenja u lice koje se brine o imovini dužnika i o unovčenju stečajne mase.

Zbog značaja stečajnog ispita neophodno je razmotriti mogućnosti da se ispit stečajnog upravnika polaže u dva dijela, i to pismeno, u vidu testova i praktičnog rada, i usmeno pred komisijom.

Dosadašnje iskustvo u radu stečajnih upravnika

Zakon o stečajnom postupku je u primjeni deset godina. U Republici Srpskoj ispit za stečajnog upravnika položilo je preko stotinu kandidata i iste je Vlada Republike Srpske uvrstila na stalnu listu stečajnih upravnika.

U Federaciji Bosne i Hercegovine približno isti broj kandidata je položio ispit i stekao sertifikat za obavljanje poslova stečajnog upravnika i te kandidate je ministar pravde u Vladi Federacije Bosne i Hercegovine imenovao i uvrstio na stalnu listu stečajnih upravnika. Jedan broj kandidata koji su položili ispit za stečajnog upravnika prošli su obuku koju je organizovao i držao USAID, dok su drugi kandidati prisustvovali seminarima koje su organizovale neke međunarodne organizacije, Privredne komore i Udruženja stečajnih upravnika. Na taj način je otklonjen problem nedovoljnog broja stečajnih upravnika. Međutim, svi kandidati koji su položili ispit nisu osposobljeni da vode složene stečajne postupke. Tek 30% stečajnih upravnika po ocjeni stečajnih sudija sposobno je da vodi složene stečajne predmete. Određen broj stečajnih upravnika stiče potrebna iskustva i znanja i uskoro će sami moći vo-

diti složene stečajne postupke. Neki od kandidata iako su položili ispit, ne snalazi se u stečajnom postupku i nisu sposobni samostalno voditi stečaj. Mada svi stečajni upravnici žele da vode postupke reorganizacije preduzeća, mali broj upravnika ima dovoljno znanja i iskustva da vodi te postupke.

U Republici Srpskoj djeluje Udruženje stečajnih upravnika koje pruža pomoć u radu stečajnim upravicima, posebno onima koji su skoro položili ispit. U Federaciji Bosne i Hercegovine, takođe, poslove edukacije stečajnih upravnika obavlja udruženje stečajnih upravnika, no sve to nije dovoljno. Potrebno je još više raditi na edukaciji stečajnih upravnika, uvesti redovnu edukaciju sa utvrđenim programom edukacije.

U Srbiji poslove licenciranja i obuke stečajnih upravnika vrši Agencija za licenciranje stečajnih upravnika. Mislim da bi bilo korisno da kod nas obuku stečajnih upravnika nastave strukovna udruženja upravnika i privredne komore entiteta uz podršku vlade i međunarodnih organizacija. Svakako da i sami stečajni upravnici moraju puno pažnje posvetiti sticanju novih znanja i usavršavanju u struci.

ZAKLJUČAK

Nema sumnje da je Zakonom o stečajnom postupku ojačana pozicija stečajnog upravnika. On postaje centralna figura stečajnog postupka. Neka ovlaštenja stečajnog sudije prenesena su na stečajnog upravnika. Između ostalog, on predlaže i donosi sam ili u saradnji sa odborom povjerilaca značajne poslovne i operativne odluke. Tendencija je da se neka ovlaštenja sudskih organa prenesu na povjerioce, odnosno skupštinu i odbor povjerilaca, s jedne strane i stečajnog upravnika, s druge strane. Mislim da je ovo razumno rješenje koje ima za cilj ubrzanje postupka i bolje namirenje povjerilaca. Doduše, postoji određen strah i sumnja u to da li će stečajni upravnici, ovako organizovani i sa postojećim kapacitetima, moći sve te obaveze na vrijeme i kvalitetno riješiti. Da bi se osigurao kvalitetan rad stečajnog upravnika pooštreni su uslovi za njihov izbor koji je uslovljen sticanjem licence. Propisano je da je stečajni upravnik obavezan da se osigura od odgovornosti za sve rizike odgovornosti koji su povezani sa njegovim vršenjem poslova u stečajnom postupku. Propisana je krivična i materijalna odgovornost za nezakonito i nemarno vođenje stečajnog postupka. S obzirom da je Bosna i Hercegovina zemlja u tranziciji, u kojoj se vrši transformacija privrede, veći broj preduzeća je u stečaju, posebno onih koji su ranije bili u državnoj svojini, pa je u tim postupcima neophodno pojačati nadzor nad radom stečajnog upravnika, a koji nadzor vrše stečajni sudija i povjerilački organi. Takođe, kontrola materijalno-finansijskog poslovanja stečajnog dužnika putem revizije završnog računa od velike je važnosti.

Veću pažnju trebalo bi posvetiti daljnjoj edukaciji stečajnih upravnika imajući u vidu složenost poslova stečajnog upravnika, donošenje novih i izmjene postojećih propisa. U tom pravcu, trebalo bi ojačati udruženja stečajnih upravnika, pa čak raz-

misliti o osnivanju posebne profesionalne organizacije (agencije) koja bi se pored ostalog (kontrole primjene zakona, standarda prodaje, pripreme i polaganja ispita za stečajne upravnike) bavila i permanentnom edukacijom stečajnih upravnika.

Trebalo bi izvršiti analizu radi utvrđenja da li je ovako postavljena mreža stečajnih upravnika adekvatno postavljena i može li stečajni upravnik, u našem slučaju fizičko lice sa odgovarajućom licencom za rad, odgovoriti očekivanjima povjerilaca i društvene zajednice, te da li je u tom pravcu potrebno vršiti određene promjene, npr. više profesionalizovati ovu profesiju kako je to urađeno u većini zemalja Evropske unije, pa čak i u nekim zemljama u okruženju.

U proteklom desetogodišnjem periodu stečaj je završen ili se privodi kraju u većini privatizovanih privrednih društava. Postaju sve aktuelniji stečajni postupci nad privrednim društvima nastalim poslije rata i u skorašnje vrijeme koji su po mnogo čemu specifični.

Iz naprijed navedenog, trebalo bi prići izradi novog Zakona o stečaju, u kojem bi pored ostalog trebalo uvesti i novine vezane za mjesto i ulogu stečajnog upravnika, a koje se posebno odnose na profil i ulogu stečajnog upravnika u reorganizaciji i likvidaciji stečajnog dužnika.

Nedeljko Milijević
Judge of the District Commercial Court in Banja Luka

BANKRUPTCY TRUSTEE **central authority of the bankruptcy procedure**

Summary

The aim of this paper is to present the position of the bankruptcy trustee in the bankruptcy proceedings in the light of the Law on Bankruptcy proceedings of the Republic of Srpska. Paper Analyzes the bankruptcy trustee actions taken in the process to identify, inventory, evaluate and liquidate the assets of the debtor and the settlement of creditor as the final goal of the bankruptcy proceedings.

Paper analyzed the experiences of the bankruptcy trustees for the ten years period of the implementation of the Law on Bankruptcy Proceedings and the results obtained indicated the need for the adoption of the new Law on Bankruptcy which should incorporated the new solution, based on the experience of our courts and the positive experience of the courts of other countries.

Keywords: *bankruptcy, the bankruptcy trustee, exam, Rules, Commission.*

ПОЈАМ И ОБЛИЦИ ПРАВНОГ РЕГУЛИСАЊА ИНСТИТУТА ИНСАЈДЕРСКЕ ТРГОВИНЕ У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

Доц. др Мијат Јоцовић*

Апстракт: У овом раду аутор је анализирао појам института инсајдерске трговине и облике његовог правног регулисања у упоредном праву. У првом дијелу рада приказане су дефиниције појма инсајдерске трговине у теорији, законодавству и судској пракси. Након њиховог описивања и објашњења изнијет је став да је једном дефиницијом тешко обухватити све елементе дјела инсајдерске трговине и да је правно сигурније и ефикасније прецизно дефинисање елемената бића дјела инсајдерске трговине. У другом дијелу рада објашњени су начини правног регулисања овог института у упоредном праву. Аутор је истакао чињеницу да основни циљ регулативе у овој области представља заштита права инвеститора и заштита интегритета тржишта. На крају, изнијет је закључак да је стварање одговарајућег правног оквира у којем ће бити прецизно дефинисан елементи бића дјела почетни корак у стварању ефикасног система заштите од злоупотребе повлашћених информација.

Кључне ријечи: инсајдерска трговина, инсајдер, регулисање инсајдерске трговине.

УВОД

Инсајдерска трговина (трговина на основу повлашћених информација, трговина упућеног, енгл. *insider trading, insider dealing*) постоји у ситуацијама када једно лице (физичко или правно) закључује правне послове са вриједносним папирима на основу посједовања информација које нијесу доступне јавности, а њихово објављивање би утицало на цијену вриједносног папира на тржишту, ради стицања профита или избјегавања губитка. Са правног аспекта, постоје бројна спорна питања у овој области. Појачана регулација института инсајдерске трговине у протеклим деценијама је изазивала оштре критике и

* Доц. др Мијат Јоцовић, Универзитет Црне горе, Економски факултет Подгорица.

значајне отпоре у многим земљама бројних интересних група, а често је била и супротна трендовима у развоју права вриједносних папира. Прво, општи тренд у протеклих педесет година у приступању проблему инсајдерске трговине било је регулисање правилима аутономног права, па је увођење законских забрана створило значајне проблеме у великом броју земаља. Резултати емпиријских истраживања показују да се значајан број трансакција, упркос законским забранама, остварује уз коришћење повлашћених информација. Ипак, у судској пракси су ријетке пресуде у којима се утврђује одговорност инсајдерима и изричу одговарајуће санкције. Овакво стање има двије последице: са једне стране, повећава се учесталост случајева инсајдерске трговине, док са друге стране слаби повјерење осталих улагача у интегритет тржишта. Друго, правна рјешења у овој области се често мијењају, па се у инвестиционој јавности ствара перцепција да регулатори нијесу у стању да ријеше проблем инсајдерске трговине. На крају, ефикасност у откривању, вођењу поступка против инсајдера и санкционисању је од почетка највећи проблем у овој области.

I. ПОЈАМ ИНСТИТУТА ИНСАЈДЕРСКЕ ТРГОВИНЕ

1. ТЕШКОЋЕ У ДЕФИНИСАЊУ ИНСТИТУТА. Већ на првом кораку истраживања, приликом дефинисања појма инсајдерске трговине, до изражаја долазе теоријске супротстављености, законске нелогичности и бројне контроверзе које прате овај институт. У зависности од циља истраживања, концептуалног погледа, става према регулисању и санкционисању, трговина повлашћеним информацијама се дефинише и објашњава на различите начине, па се у теорији налазе бројне дефиниције овог института. Неке од њих су опширне и покушавају да обухвате све елементе института, док су друге кратке и стављају акценат на његове најзначајније дјелове. Ипак, бројност дефиниција, без обзира на њихову садржину и прецизност, доказује пораст интересовања јавности за област инсајдерске трговине.

Приликом дефинисања инсајдерске трговине, истраживачи овог института наилазе на бројне препреке. Прво, тешко је једном дефиницијом обухватити све елементе дјела инсајдерске трговине. Наиме, за настанак овог института потребно је да постоје: лице које посједује повлашћену информацију (инсајдер), повлашћена информација која мора да има одређене карактеристике (необјављена, материјална и сл.) и забрањена радња (трговина, одавање информација или подстицање на трговину). Друго, у опширним дефиницијама губи се прави смисао одређења појма и читаоцу слаби пажња. Зато је потребно да дефиниција буде, ако је то могуће, довољно кратка и да обухвати све елементе инсајдерске трговине. Често су наведени захтјеви неспојиви у једној дефиницији. Треће, област инсајдерске трговине је предмет проучавања различитих научних дисциплина, које приликом њеног описивања и објашњења полазе од

својих специфичности, па се из угла теорије може говорити о постојању економске и правне дефиниције. Правне дефиниције стављају акценат на друштвену опасност инсајдерске трговине и последице које она проузрокује, док се економске дефиниције усмјеравају на указивање да се искоришћавањем повлашћених информација од стране инсајдера остварује профит. Различите дефиниције, које означавају суштину института у економској и правној теорији, често су током историје доводиле до супротних законских рјешења, али и до спорних одлука судова. Четврто, овај институт се постепено развијао и није увијек на исти начин привлачио пажњу јавности, али је потреба људи да брзо и без уложеног напора дођу до профита стварала различите начине којима су се злоупотребљавале информације. Тако је и дефиниција инсајдерске трговине еволуирала у складу са различитим облицима злоупотреба. У првом периоду радило се само о трговини инсајдера, да би касније дефиниција морала да обухвати и одавање информације или савјетовање трећих лица да тргују вриједносним папирима.

2. ПОКУШАЈ ДЕФИНИЦИЈЕ. Дефиниције овог института могу се наћи у теорији, законодавству и судској пракси. Регулишући ову област, у неким земљама законодавци преузимају ризик да дефинишу инсајдерску трговину, док они „мудрији“, свјесни бројних недостатака, избјегавају директно дефинисање овог института. Недостатак законских дефиниција инсајдерске трговине налази се у сазнању о несавршености и непотпуности теоријских дефиниција. И једне и друге дефиниције стварају опасности. Нетачне теоријске дефиниције усмјеравају истраживање у погрешном смјеру, док непотпуне и нетачне законске дефиниције сужавају домен примјене института и доприносе учесталости овакве праксе на тржишту вриједносних папира. Такође, кратке дефиниције остављају могућност за правне празнине, док је опасност од прешироких дефиниција у чињеници да могу створити опасност за спречавање законите трговине. Сличност у дефинисању је заједнички садржалац теоријских настојања одређења појма инсајдерске трговине. Најчешће, због немогућности да се у потпуности обухвате сви елементи дјела, дефиниције пажњу посвећују појединим елементима. У неким случајевима то је инсајдер, док је у другим случајевима то повлашћена информација.

Највећи број дефиниција овог института налази се у англосаксонској правној мисли. Разлог је једноставан: у правној пракси у земљама англосаксонског права је најразвијенији овај институт и његови коријени се налазе у тој правној традицији. И у овој земљи дефиниције су различите и стављају акценат на поједине елементе бића дјела. У једним дефиницијама акценат се ставља на употребу (односно злоупотребу) информација. Тако професор компанијског права *Farrar* (енгл. *John H. Farrar*) овај институт дефинише на сљедећи начин: „термин инсајдерска трговина се употребљава да значи употребу цијеновно осјетљивих информација од стране инсајдера (информација које су познате ин-

сајдеру а непознате осталим члановима инвестиционе јавности и које је стекао обављањем посла) у трговини вриједносним папирима компаније“.¹ Неке од дефиниција пажњу посвећују инсајдеру као основном елементу дјела.² У правној теорији Аустралије може се наћи следећа дефиниција: „трговина од стране инсајдера који поседује информацију која је материјална о цијени вриједносног папира којим се тргује, што није познато осталим трговцима на тржишту, и није продукт анализе на основу јавно доступних информација од стране трговца“.³ Специфичност наведене дефиниције је у покушају да се ограничи домен злоупотребе повлашћених информација, јер се примјена овог института не односи на аналитичаре вриједносних папира. И у њемачкој правној теорији такође се могу наћи дефиниције овог института. Иако се ова земља дуго година противила законској забрани инсајдерске трговине и на разне начине опструирала хармонизацију европског законодавства, у академској заједници посвећивала се значајна пажња инсајдерској трговини. Професор Клаус Хопт (енгл. *Klaus J. Hopt*) инсајдерску трговину је дефинисао као „све трансакције са вриједносним папирима од стране лица које на основу свог положаја поседују цијеновно осјетљиве информације које нијесу доступне јавности, и остварују предност на основу њих куповином или продајом вриједносних папира“.⁴ У праву Србије професор Небојша Јовановић дефинише овај институт на следећи начин: „трговина упућеног јесте радња лица упознатог са неким необјављеним податком (повлашћени податак), којом купује или продаје вредноснице јавног издаваоца пре објављивања податка, у намери да стекне добит или избегне губитак након његовог објављивања“.⁵

Покушаји дефиниције инсајдерске трговине налазе се и у судској пракси. Разлог за ову, на први поглед неуобичајену ситуацију, је једноставан: дефинисање и објашњење института представљају важан корак у одређењу одговорности инсајдера у одговарајућим поступцима, а правни системи неких земаља не садрже дефиницију инсајдерске трговине нити појединих елемената института. Тако, на примјер, судија *Richard Posner* дефинише инсајдерску трговину као „праксу у којој менаџери и други инсајдери користе информације које до тада нијесу објелодањене акционарима ни инвестиционој јавности ради

¹ John H. Farrar, “Farrar’s Company Law”, Butterworths, London, 1991, стр. 426.

² „Термин *insider trading* се користи да објасни коришћење (односно злоупотребу) повјерљивих информација од стране лица која дођу до одређеног знања које је стечено захваљујући обављању радних задатака у предузећу или на основу природе посла, за стицање профита кроз трговину вриједносним папирима“, Len Sealy, Sarah Worthington, “Cases and Materials in Company Law”, Oxford University Press, eight edition, Oxford, 2007, стр. 594.

³ Gregory Lyon, J. J. Du Plessis, “The Law of Insider Trading in Australia”, Federation Press, Sydney, 2005, стр. 3.

⁴ Klaus J. Hopt, “The European Insider Dealing Directive”, у: Klaus J. Hopt, Eddy Wymeersch, “European Insider Dealing - Law and Practice”, Butterworths, London, 1991, стр. 129.

⁵ Небојша Јовановић, „Берзанско право“, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009, стр. 413.

стварања профита у трговини акцијама компаније”. Суочени са немогућношћу потпуног дефинисања института, неки аутори прибјегавају кратким, лаконским дефиницијама инсајдерске трговине. Као примјер наводимо дефиницију *Easterbrook-a* (енгл. *Frank H. Easterbrook*) и *Fischel-a* (енгл. *Daniel R. Fischel*): „инсајдерска трговина представља трговину лица које је боље информисано у односу на сауговорача“.⁶

Прегледом релевантне литературе може се закључити да је овај институт у покушајима дефинисања био више предмет правне него економске мисли. Економска теорија је пажњу усмјерила више на објашњење негативних или позитивних аспеката инсајдерске трговине. Међу ријетким економским дефиницијама налази се и следећа: „Инсајдерска трговина представља куповину или продају акција или других финансијских инструмената на основу знања које није доступно инвестиционој јавности“.⁷ Економске дефиниције су кратке, не садрже ближе одређење елемената дјела, већ покушавају да опишу суштину института. На крају, постоје и дефиниције из угла информационе асиметрије, којима се оправдава забрана и санкционисање инсајдерске трговине. Ове дефиниције налазе се у економској теорији, па из овог угла инсајдерска трговина представља „трговину засновану на асиметрији информација које посједује инсајдер, а које нијесу рефлектоване у цијену вриједносних папира“.⁸

Ако се узму у обзир наведене дефиниције и недостаци приликом дефинисања, као и чињеница да позитивно право у највећем броју земаља не дефинише овај институт, тада се са довољно аргумената може бранити став да није неопходно дефинисати инсајдерску трговину, већ да је цјелиходније описивање и објашњење елемената овог института. Ипак, одређивање појма представља често почетни корак у истраживању неке појаве, па сматрамо да је потребно дефинисати овај институт. Из угла правне науке, инсајдерска трговина се може дефинисати као свака радња (куповина, продаја, подстицање или савјетовање о куповини и продаји) коју предузима правни субјект на основу посједовања необјављених информација које могу утицати на цијену вриједносних папира, са циљем стварања профита или избјегавања губитка.

II. НАЧИН РЕГУЛИСАЊА ИНСТИТУТА У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

Основни циљ регулативе у овој области представља заштита права инвеститора и заштита интегритета тржишта. Да би се обезбиједили поставље-

⁶ Frank H. Easterbrook, Daniel R. Fischel, “The economic structure of corporate law”, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1996, стр. 254.

⁷ Дефиниција је преузета са интернет адресе: <http://glossary.econguru.com>.

⁸ Colin Read, “Market Inefficiencies and Inequities of Insider Trading - An Economic Analysis”, у: Paul U. Ali, Greg N. Gregoriou: “Insider Trading-Global Developments and Analysis”, CRC Press, New York, 2008, стр. 3.

ни циљеви, правна правила морају да буду: прецизна, потпуна и усаглашена. Прецизност правних правила значи да се тачно морају навести елементи бића дјела како би судови имали мање простора за тумачење.⁹ У протеклој деценији често се дешавало да у судским поступцима дође до одбијања тужбених захтјева и у случајевима у којима постоје очигледне злоупотребе. Разлог се налази у чињеници да у правним изворима нијесу прецизно наведени сви елементи дјела, или ако су наведени, нијесу прецизно дефинисани. На примјер, у неким земљама се ближе не одређује појам повлашћене информације, док друге земље не одређују на одговарајући начин појам инсајдера, па у конкретном случају, успјешном одбраном у поступку, долази до избјегавања санкционисања. Овакво стање често обесхрабрује тужиоце и охрабрује инсајдере. На крају, усаглашеност законодавства има двије димензије. Прва је усклађеност законодавства на нивоу једне земље. Правне норме које садрже забрану коришћења инсајдерских информација у трговини вриједносним папирима, директно или индиректно, налазе се у компанијском праву, законодавству у области вриједносних папира, у преузимању акционарских друштава, у банкама, али и у материји кривичног права. Широко присуство регулативе у различитим областима претпоставља међусобну усклађеност правних норми којима се регулише ова област. И неусклађеност законодавства, током историје у појединим земљама, била је једна од препрека за ефикаснију примјену права.¹⁰ Други вид се односи на земље чланице Европске уније и кандидате за чланство, а означава усклађеност са изворима права Европске уније у овој области. У различитим земљама ова област се регулише на различите начине. Ипак, могу се наћи и заједничке карактеристике извора права у овој области. Једна од основних подјела извора права је подјела на националне и међународне изворе. На нивоу једне земље инсајдерска трговина је регулисана различитим правним изворима. То су: 1) закони; 2) подзаконски акти; 3) самостални правни извори; 4) унутрашњи акти компанија; 5) судска пракса. У међународне изворе права у овој области улазе два правна извора: 1) Конвенција о спречавању инсајдерске трговине из 1989. године и 2) Директива Европске уније о забрани злоупотреба на тржишту вриједносних папира из 2003. године. У даљем тексту биће приказани начини правног регулисања овог правног института унутар једне земље.

⁹ Овај став се може оспоравати навођењем САД као примјера земље гдје законодавство није потпуно, често ни прецизно, а степен заштите од злоупотреба инсајдерских информација је највећи.

¹⁰ На примјер, у Енглеској након регулисања инсајдерске трговине кривичним законодавством. Видјети: R. Pennington, "Company Law", Butterworths, London, 1995, стр. 500-505.

1. Закони

Узимајући у обзир значај института инсајдерске трговине и последице које проузрокује, чини се логичним што је ова област у највећем броју земаља регулисана законима. Из данашњег угла дјелује апсурдно ситуација да су многе земље са развијеним тржиштем вриједносних папира дуго година упорно одбијале да законима регулишу ову област.¹¹ У данашњем времену законско регулисање инсајдерске трговине представља важан сегмент обезбјеђења заштите интегритета тржишта вриједносних папира. У зависности од начина којим се регулише инсајдерска трговина у упоредном праву, разликују се четири приступа законског регулисања инсајдерске трговине. Према првом систему, који је доминантан и прихваћен у Црној Гори, земљама у окружењу, али и у највећем броју развијених земаља, инсајдерску трговину регулишу закони којима се уређује тржиште вриједносних папира. Овај систем је прихваћен у: Србији,¹² Хрватској,¹³ Словенији,¹⁴ Републици Српској,¹⁵ Македонији.¹⁶ Већина европских земаља, након усвајања Директиве о инсајдерској трговини из 1989. године, на овај начин је регулисала област инсајдерске трговине.¹⁷ У другом систему законског регулисања област инсајдерске трговине регулисана је компанијским законодавством, односно правним правилима којима се уређује правни статус облика обављања привредне дјелатности. Овај систем је усвојен у праву Аустралије.¹⁸ Према трећем приступу, кривично законодавство представља извор права за област инсајдерске трговине. У четвртном систему постоје посебни закони којима се инсајдерска трговина уређује заједно са осталим облицима злоупотреба на тржишту вриједносних папира. Овај систем је

¹¹ На примјер, у Енглеској је први пут инсајдерска трговина законски регулисана 1980. године, док је у највећем броју европских земаља закон постао извор права у овој области тек након 1989. године.

¹² У праву Србије основни извор права је Закон о тржишту капитала из 2011. године („Сл. гласник РС“, бр. 31/2011).

¹³ Закон о тржишту вриједносних папира Хрватске из 2002. године („Народне новине“, бр. 84/2002).

¹⁴ Закон о трговини вриједносним папирима Словеније из 1999. године (Zakon o trgu vrednosnih papirjev, Урадни лист, бр. 55/1999).

¹⁵ Закон о тржишту хартија од вриједности РС („Сл. гласник“, бр. 92/2006, 24/09, 30/12).

¹⁶ Закон о хартијама од вриједности Македоније (мак. Законот за хартии од вредност, „Службен весник на Република Македонија“, број 95/2005)

¹⁷ Тако, на примјер, у Њемачкој ова област је регулисана Законом о трговини вриједносним папирима (енгл. *Securities Trade Act*, њем. *Wertpapierhandelsgesetz*).

¹⁸ Овај модел је прихваћен и у праву Ирске. Видјети ирски Закон о компанијама из 1990. године (енгл. *Ireland Companies Act*).

прихваћен, на примјер, у праву Шведске¹⁹ и у Јужној Африци.²⁰ Такође, развија се у одређеном броју европских земаља које прилагођавају своје законодавство новој европској директиви.²¹ Од средине деведесетих година овај систем је прихваћен у Сједињеним Америчким Државама (у даљем тексту: САД), јер је усвојен посебан закон против санкционисања инсајдерске трговине.²² На крају, мора се истаћи да у чистој форми не постоји ниједан од наведених система, тако да је наведена подјела релативног карактера. Такође, у односу на технику писања и саму примјену права, разликују се амерички и европски систем регулисања инсајдерске трговине. У америчком систему дуго времена није постојала директна забрана инсајдерске трговине, већ се примјена законодавства вршила на основу широког тумачења Правила 10б-5 Комисије за хартије од вриједности. Област инсајдерске трговине у Црној Гори непосредно је регулисана Законом о хартијама од вриједности.²³

На крају, у неким земљама кривично законодавство представља важан извор права за област инсајдерске трговине. На примјер, у Великој Британији.²⁴ Право Велике Британије је примјер у којем се прожима материја вриједносних папира, компанијско и кривично законодавство у регулисању инсајдерске трговине, па су најзначајнији извори права: Закон о компанијама из 2006. године (енгл. *Companies Act*), Закон о финансијским услугама и тржиштима из 2000. године и Закон о кривичној правди из 1933. године (енгл. *Criminal Justice Act*).

2. Подзаконски акти

Након закона, према правној снази, подзаконски општи акти су други по значају правни извори којима се регулише област инсајдерске трговине. Многи закони у овој области не регулишу материју инсајдерске трговине у

¹⁹ Видјети: шведски Закон о инсајдерима (*Insiderlagen*).

²⁰ Видјети: Закон о инсајдерској трговини Јужне Африке из 1998. године (енгл. *Insider Trading Act*).

²¹ Овај модел у упоредном праву може се наћи у бугарском законодавству након усвајања Закона о мјерама против злоупотребе тржишта из октобра 2006. године. Основни циљеви доношења, који су дефинисани у преамбули закона, били су: превенција и откривање злоупотреба на тржишту, јачање повјерења јавности у тржиште капитала, обезбјеђивање прецизног и потпуног објелодањивања информација инвеститорима и стварање услова за развој правичног, транспарентног и ефикасног тржишта финансијских инструмената. Од 1. априла 2005. године основни извор права у праву Малте за област инсајдерске трговине је Закон о спречавању злоупотреба на финансијском тржишту (енгл. *Prevention of Financial Markets Abuse Act*).

²² Видјети: Закон о санкционисању инсајдерске трговине САД из 1984. године (енгл. *Insider Trading Sanctions Act*).

²³ Објављен у „Сл. листу РЦГ“ бр. 59/00, 10/01, 43/05, 28/06.

²⁴ Закон о кривичној правди из 1993. године, одјељак V.

потпуности, већ остављају простор да надлежни органи подзаконским актима прецизније регулишу одређена питања.²⁵ Регулисање инсајдерске трговине подзаконским актима показало се нарочито ефикасно у САД, гдје је од 1942. године правило 10б-5 Комисије за хартије од вриједности постало ноћна мора за многе инсајдере у протеклим деценијама.²⁶

Питања која се регулишу подзаконским актима су бројна и значајна. Често се, због недовољног разумијевања овог проблема, рјешења траже у законима. За покретање одговарајућег поступка или за добијање зеленог свјетла за куповину вриједносних папира некада је неопходно погледати и норме садржане у подзаконским актима у којима се прецизније разрађују одређена питања. Прво, овим актима се прецизније дефинише инсајдерска трговина и остали облици злоупотреба на тржишту. Друго, надлежни органи подзаконским актима прописују начине спречавања инсајдерске трговине.²⁷ Треће, подзаконским актима се ближе одређују елементи бића дјела. Тако надлежни органи имају могућност да подзаконским актима прошире круг инсајдера. Наиме, техника писања закона (сматрамо неисправна и правно несигурна) у неким земљама набраја круг инсајдера, али даје могућност надзорном органу да и друга лица третира као инсајдере ако из околности случаја утврди да су искоришћавали повлашћене информације ради остваривања профита.²⁸ Четврто, у овим актима се могу некада наћи и изузеци за примјену инсајдерског законодавства за одређене категорије лица. На крају, подзаконским актима се ближе одређује начин остваривања законских обавеза којима се спречава инсајдерска трговина. У Енглеској је надлежни регулатор тржишта, Власт за финансијске услуге (енгл. *Financial Service Authority*), усвојио Кодекс понашања на тржишту (енгл. *Code of Market Conduct*) чији је саставни дио Правилник о злоупотребама на тржишту (енгл. *Market Abuse Rulebook*), у којем се прецизније обрађују различити облици злоупотреба. У овом документу налазе се прецизније смјернице о појединим елементима инсајдерске трговине у односу на Закон о финансијским услугама и тржиштима из 2000. године. На примјер, прецизније су одређени елементи који конституишу инсајдерску информацију у специфичним ситуацијама, изузеци од примјене инсајдерског законодавства, примјери активности којима се најчешће злоупотребљавају инсајдерске информације и сл.²⁹

²⁵ У највећем броју земаља надлежни орган је Комисија за вриједносне папире, а подзаконски акти се доносе у форми правилника.

²⁶ Велика Британија представља примјер земље у којој надзорни орган на тржишту има широко постављена овлашћења и у доношењу правних правила и у изрицању санкција у случајевима инсајдерске трговине.

²⁷ Видјети: чл. 271 ст. 2 Закона о тржишту хартија од вриједности РС, идентично је и праву Хрватске, чл. 108 ст. 2 Закон о тржишту вриједносних папира Хрватске.

²⁸ Видјети: чл. 272 Закона о тржишту хартија од вриједности РС.

²⁹ Видјети: *Market Abuse Rulebook* 1.3.20. Овај документ је доступан на интернет адреси: <http://www.fsa.gov.uk>.

3. Самостални извори права

Доношењем законских и подзаконских аката завршава се легислативна активност државе у овој области, али се не исцрпљују правни извори. Наиме, карактеристика материје инсајдерске трговине је и чињеница да значај у регулисању овог института имају правна правила која доносе и недржавни субјекти. Ова правила доносе берзе, професионални учесници на тржишту, али у све већем броју и сами емитенти доносе унутрашња правила којима изричито забрањују злоупотребе повлашћених информација. Ти акти су статuti, правила пословања, општи услови пословања, правила о котацији берзе, кодекси и остала правна правила.³⁰

А) Правила саморегулаторних организација

Данас у свијету скоро и да не постоји берза која својим аутономним правилима не регулише забрану инсајдерске трговине. И у Црној Гори берзе су регулисале ову област. Тако, на примјер, у члану 89 Правила пословања Монтенегро берзе наводи се да нико не смије прибавити хартије од вриједности или њима располагаати на основу *inside* информације.³¹ Недостатак наведених правила је непостојање прецизних санкција. И берзе земаља у региону аутономним правилима регулишу ову област.³² У Правилима пословања Бањалучке берзе наводи се да члан берзе или брокер не смије прибавити хартије од вриједности или њима располагаати на основу интерних информација. Такође, лице које има приступ интерним информацијама не смије ове информације давати трећим лицима или на основу њих давати савјете трећим лицима о прибављању или располагању хартијама од вриједности.³³ Ова правила предвиђају конкретне активности које се могу предузети у случају злоупотреба. У случају постојања основане сумње да члан берзе крши Правила, односно уочавања неправилности у берзанском пословању чланова берзе или брокера,

³⁰ „Ти акти јесу извори права, јер садрже општа правила. Њима се разрађују и у празнинама, допуњују правила садржана у законима и подзаконским актима, са којима морају да су сагласни“, Н. Јовановић, *нав. дјело*, стр. 33.

³¹ „Лице које има приступ *inside* информацијама, не смије ове информације давати трећим лицима или на основу њих давати савјете трећим лицима о прибављању или располагању хартијама од вриједности“, члан 89 ст. 2 Правила пословања Монтенегро берзе.

³² Према Правилима Загребачке берзе, члану берзе је забрањена употреба повлашћених информација супротно важећим прописима. Оваква радње је предвиђена као тежа повреда која може прузроковати: нејавну опомену, јавну опомену, новчану санкцију и искључење из чланства. Видјети више: Правила пословања Загребачке берзе, чл. 2.4.7.

³³ Правила пословања Бањалучке берзе, чл. 194.

берза обавјештава Комисију за хартије од вриједности и предузима мјере против прекршиоца у складу са својим надлежностима. Због недостатка државног система регулисања у Црној Гори ова правна правила имају посебну важност.³⁴ На крају, мора се истаћи да је главни недостатак свих облика самосталне регулације инсајдерске трговине примјена, прецизније необавезност примјене. Без обзира на озбиљне проблеме који се односе на откривање инсајдерске трговине, саморегулаторним организацијама је изузетно тешко да обезбиједи сарадњу у извршењу питања од лица која директно нијесу субјекти њихове уговорне или професионалне надлежности.

Б) Аутономна правила емитента

Емитенти вриједносних папира све више увиђају да злоупотреба повлашћених информација од стране инсајдера урушава њихов пословни углед, па усвајају интерна правна правила којима забрањују инсајдерску трговину. Ова пракса започета је средином седамдесетих година прошлог вијека након првих случајева инсајдерске трговине у америчкој пословној пракси. Од тада у праву САД је раширена пракса да се компаније ослањају на сопствена правила којима се упозоравају лица која због природе свог посла имају приступ инсајдерским информацијама о озбиљним последицама са којима се могу суочити ако злоупотребе информације са циљем да куповином или продајом остваре профит или избјегну губитак. Емитенти, унутрашњим правилима, установљавају тзв. *blackout* периоде у којима се забрањује инсајдерима да тргују вриједносним папирима док су у посједу повлашћених информација. Наведене ситуације, на примјер, обухватају период прије објелодањивања кварталних извјештаја о пословању или значајних пословних успјеха (откривање новог производа, ширење тржишта, и сл). Такође, у складу са Правилем 10-б5 Комисије за хартије од вриједности многе компаније су имплементирале тзв. *10б5-1* планове којима емитенти дозвољавају инсајдерима да продају вриједносне папире у складу са плановима који нијесу под заштитом *blackout* периода.³⁵ Овакав тренд се услед глобализације пословања проширио и на остале земље свијета, тако да данас

³⁴ У развоју антиинсајдерског законодавства у многим земљама улогу имају саморегулаторне агенције. На примјер, у Енглеској је инсистирање Панела за преузимање (енгл. *The Takeover Panel*) у значајној мјери утицало на законско регулисање инсајдерске трговине. У извјештају о инсајдерској трговини, који је објављен у фебруару 1973. године (уз подршку берзе и гувернера енглеске банке), ова организација је предлагала да инсајдерска трговина буде кривично дјело, као и да органи који примјењују право треба да добију посебна овлашћења приликом утврђивања власништва над вриједносним папирима. Овај захтјев је у Великој Британији усвојен 1993. године доношењем поменутог Закона о кривичној правди.

³⁵ John J. Camey, Jimmy Fokas, "Insider Trading: Why More Attorneys Are Being Charged and What Companies Should Do to Prevent It", *New Jersey Law Journal*, New Jersey, август, 2007. године, стр. 3.

не постоји већа компанија која унутрашњим правним правилима не регулише материју инсајдерске трговине.³⁶

4. Судска пракса

Елементи института инсајдерске трговине у садашњем облику настали су под значајним утицајем судске праксе. Иако судска пракса није формално-правни извор права, у области инсајдерске трговине, као у мало којој области компанијског права и права вриједносних папира, она има посебан значај. У историји регулисања института инсајдерске трговине важне пресуде биле су прекретница за разумијевање појединих елемената и самог појма инсајдерске трговине, увођење нових правила о одговорности у кривичним и парничним поступцима и за промјену законодавства.

Без обзира на савршености или недостатке законодавства, степен примјене института инсајдерске трговине мјери се бројем правоснажних пресуда. Ово посебно долази до изражаја ако као релевантне узмемо чињенице да законске забране не смањују интензитет инсајдерске трговине. Истраживања која се интензивно спровode широм свијета показују да свака трећа трансакција са вриједносним папирима има елемената инсајдерске трговине. Судови земаља са развијеном судском праксом имају значајне проблеме приликом утврђивања кривице и изрицања санкција лицима осумњиченим за инсајдерску трговину. Статистички подаци у овом случају представљају добар аргумент у одбрани става да судови немају довољно успјеха у утврђивању одговорности.³⁷

Из анализе случајева инсајдерске трговине, а затим и активности законодавца, може се навести да су креативна рјешења и тумачења појединих судских вијећа често подстицала напредак у борби против инсајдерске трговине. Ово посебно важи за право САД. Европским земљама недостаје више случајева из судске праксе који би без сумње допринијели бољем разумијевању, а самим тим и примјену овог института. Наравно, кривица се не смије тражити искључиво на страни судова, већ на неразумијевању института, неспремности одговарајућих тужилаца да иницирају судске поступке, али и у непрецизности, непотпуности и неусаглашености законодавства.

³⁶ И у Црној Гори се могу наћи компаније које у форми статута или посебних правила регулишу инсајдерску трговину.

³⁷ На примјер, према статистичким подацима у Великој Британији, Министарство трговине је било прилично уздржано приликом подизања тужби, па је, у периоду од 1985. до 1989. године, преко 240 случајева инсајдерске трговине које је пријавила Лондонска берза остало непроцесуирано. Bary A.C Rider, "Policing Insider Trading in Britain", у: Klaus J. Hopt, Eddy Wymeersch, "European Insider Dealing-Law and Practice", Butterworths, London, 1991, стр. 315.

ЗАКЉУЧАК

Вријеме у којем живимо с правом се може назвати ера информација. Франсис Бејкон (енгл. *Francis Bacon*) је још прије 400 година изговорио данас често цитирану реченицу - „Знање представља моћ“ (енгл. “knowledge is power”). У свијету финансија тачне информације вриједје богатство, док њихово непознавања може довести до великих губитака. На основу свог положаја у емитенту, одређене категорије лица (чланови одбора директора, извршни директори) долазе у посјед информација које нијесу доступне јавности, а могу да имају утицај на формирање цијене вриједносних папира. Са друге стране, лица која немају директан контакт са емитентом (рачуновође, ревизори, адвокати, инвестициони савјетни, брокери), обављајући на уговорној основи одређене послове, долазе до истих информација. Користећи информације у трговини вриједносним папирима, они имају могућност да остваре профит или избјегну губитак, док је укупна инвестициона јавност онемогућена да учини исто из једноставног разлога - не посједује информације. Случајеви из судске праксе показују да се у улози оптужених јављају различити правни субјекти, од извршних директора компанија до особа које раде у штампаријама. Све наведене категорије лица спаја једна заједничка нит: могућност да неправично остваре профит користећи повлашћене информације. Историја трговине вриједносним папирима показује да је инсајдерска трговина саставни дио функционисања тржишта. У будућности, без сумње ће долазити до злоупотреба повлашћених информација. Због наведеног је неопходно укупној јавности представити овај правни институт, указати на његове штетне посљедице и створити одговарајући правни оквир у којем ће се ефикасно санкционисати лица која злоупотребљавају повлашћене информације.

Summary

In this paper the author analyzes the concept of the institute of insider trading and its forms of legal regulation in comparative law. The first part of paper shows the definition of insider trading in theory, legislation and in jurisprudence. After their descriptions and explanations we have put forward an opinion that one definition that should cover all elements of the offense of insider trading is difficult to make and is legally safer and more efficient to precisely define the elements of the offense of insider trading. The second part of the paper explains the methods of legal regulation of mentioned institution in comparative law. The author pointed out that the main goal of regulation in this area is the protection of investor rights and market integrity. In the end, we brought a conclusion that the creation of an appropriate legal framework that will precisely define elements of the offense will be the initial step in creating an efficient system of protection against the abuse of insider information.

Keywords: *insider trading, insider, the regulation of insider trading.*

УЛОГА И ЗНАЧАЈ МУНИЦИПАЛНИХ ОБВЕЗНИЦАКАО НАЧИН ФИНАНСИРАЊА ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ

Проф. др Маријана Дукић Мијатовић*
Предраг Мирковић, дипл. правник-мастер**

Апстракт: Муниципалне обвезнице представљају значајан начин прикупљања неопходних финансијских средстава за финансирање локалне самоуправе. Муниципалне обвезнице су дужничке хартије од вредности, које емитују локалне самоуправе, општине, односно градови. У раду су анализирани основни појмови и карактеристике муниципалних обвезница као и различити појавни облици истих. Муниципалне обвезнице имају веома дугу историју коришћења као један од начина финансирања локалне самоуправе у развијеним тржишним привредама, док у земљама у транзицији њихова улога и значај су лимитирани одређеним нормативним и другим чиниоцима, који су идентификовани у раду. Улога и значај муниципалних обвезница може бити изузетно значајна у финансирању инфраструктурних пројеката локалних самоуправа и у раду су обрађена питања од значаја у контексту ове проблематике. Нормативним променама, које је законодавац извршио, доношењем Закона о јавној својини као и изменама и допунама Закона о јавном дугу, постављени су законски основи за емитовање муниципалних обвезница. Град Нови Сад је први од градова и општина који се одлучио за емитовање муниципалних обвезница.

УВОД

Предмет истраживања овог рада представљају муниципалне обвезнице, као дужничке хартије од вредности, које емитују локалне самоуправе, општине и градови и њихов утицај на могућност привлачења улагања инвеститора у ове дужничке хартије од вредности. Муниципалне обвезнице не представљају новину на финансијском тржишту развијених тржишних земаља, али исте

*Проф. др Маријана Дукић Мијатовић, ванредни професор и Продекан за науку и међународну сарадњу Правног факултета Универзитета Привредна академија Нови Сад.

**Предраг Мирковић, дипл. правник-мастер, асистент Правног факултета Универзитета Привредна академија Нови Сад.

представљају велику непознаницу у земљама у транзицији којима припада и Србија. Процес децентрализације једне земље се огледа у већем степену финансијске самосталности нижих органа власти као што су општине, односно градови. Децентрализација омогућава овим субјектима да са већим степеном овлашћења врше своје примарне функције развоја на један самосталнији начин. У складу са позитивном регулативом локалну самоуправу код нас чине општине, градови и град Београд, којима су поверене одређене надлежности. Према тим законским решењима, локална самоуправа у Србији може да финансира јавне радове и да врши допуну буџета узимањем кредита, емитовањем муниципалних обвезница као и финансирањем путем донација односно ткз. грант програма.¹ Један од примарних начина финансирања локалних самоуправа у развијеним земљама представља емитовање муниципалних обвезница, које првенствено служе за развој инфраструктурних пројеката од значаја за локалну заједницу. Управо децентрализација власти, омогућава задуживање локалних јединица власти емитовањем ових дужничких хартија од вредности за развој оних пројеката од значаја, који нису од примарног интересовања за централну власт земље. Циљ овог рада је да представи основна обележја муниципалних обвезница, да укаже на досадашња одређена нормативна ограничења у контексту њиховог емитовања, те да се укаже на значај које муниципалне обвезнице могу имати за развој локалних самоуправа у контексту већег степена развијања локалне инфраструктуре и других пројеката од значаја за једну локалну заједницу. Акцент ће такође бити стављен на прву емисију муниципалних обвезница града Нови Сад и могућностима да и друге општине односно градови уђу у процес емитовања истих.

ОСНОВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ МУНИЦИПАЛНИХ ОБВЕЗНИЦА

Процес транзиције земаља, који се огледа у структуралним реформама у свим доменима једне државе, не огледа се само у трансформацији капитала и прелазак истог у власништво приватних субјеката, већ и у процесу децентрализације једне земље и повећања надлежности локалних самоуправа.² Муници-

¹ Митић, А.: Могућност емитовања муниципалних обвезница у Србији и нужност унапређења финансијског – практична и законска ограничења, Правни живот, вол. 57, бр. 12, стр. 865-876, 2008. год.

² Овај процес је често веома проблематичног карактера, јер се трансфер надлежности са централних органа власти на ниже, као што су општине и градови, у стварности показао као велики изазов у контексту степена овлашћења која се дерогирају и начину финансирања локалне самоуправе. Имајући у виду тренутну светску економску кризу, као и незаокружен процес децентрализације, који је видљив у појединим земљама југоисточне Европе, којима припада и Србија, начин финансирања развоја општина и градова добија на све већем значају. У том контексту муниципалне обвезнице могу представљати једно од решења, које ће градовима и

палне обвезнице су дужничке хартије од вредности које су емитоване од стране градова, општина, округа или региона и других локалних заједница.³ У теорији се најчешће наглашава да локалне заједнице издају ове дужничке хартије од вредности за финансирање развоја инфраструктуре од значаја за локалну заједницу.⁴ Иако се у теорији често наглашава овај примаран значај муниципалних обвезница, чест је случај (нарочито у тренуцима светске економске кризе) да локалне заједнице имају мањак средстава у буџету, па неретко користе овај финансијски инструмент за попуњавање буџетског мањка. Муниципалне обвезнице се могу издавати и за покривање дефицита буџета локалне самоуправе и финансирање оних пројеката који по својој природи неће доносити непосредне и посредне приходе буџета локалне заједнице.⁵ Муниципалне обвезнице као финансијски инструмент прикупљања новчаних средстава се употребљавају дуг временски интервал⁶, нарочито на развијеним финансијским тржиштима, али је њихова примена као начин финансирања локалне заједнице лимитирана у земљама у транзицији, нарочито онима које још нису у потпуности развиле своје финансијско тржиште.⁷ У контексту општих карактеристика, које се односе на муниципалне обвезнице, можемо напоменути да купац, односно инвеститор, приликом куповине муниципалних обвезница врши један вид позајмљивања новца субјекту, који врши емисију обвезница (градови и општине), а субјект који емитује обвезнице се обавезује да ће купцу истих исплатити пуну цену обвезнице, која је увећана за каматну стопу у тренутку када иста буде доспела на наплату.⁸ Мора се нагласити да нису све муниципалне обвезнице ослобођене пореза, тј. постоје обвезнице које су предмет опорезивања на федералном нивоу, а ослобођене на нивоу држава чланица федерације.⁹ Ово је нарочито слу-

општинама омогућити да исфинансирају значајне инфраструктурне и друге пројекте од значаја за развој тих заједница.

³ The Bond Market Association; An investors guide to municipal bonds, New York, 2003.

⁴ Види више; Dorit S.; A comparative risk return analysis and performance evaluation of tax free municipal bond funds, The Ohio State University, 1997.

⁵ Види више; Перић, М.; Муниципалне обвезнице као инструмент децентрализације, Пословна економија, Вол. 5, бр. 1, стр. 273-282, 2011. год.

⁶ Прве муниципалне обвезнице су биле емитоване од стране локалне власти у САД још 1812. год. и САД се сматрају за земљу која има најразвијеније тржиште муниципалних обвезница. Види више: F.J. Fabozzi and S. G. Feldstein; The handbook of municipal bonds, John Wiley and Sons, New Jersey, 2008.

⁷ Бејатовић М., Дукић Мијатовић М., Берзанско право, Правни факултет за привреду и правосуђе, Универзитет Привредна академија, Нови Сад, 2011, стр. 189.

⁸ Специфичност ових дужничких хартија од вредности, у односу на друге се огледа у субјекту, који врши емисију односно издавање ових обвезница, а то су локалне заједнице односно градови и општине. Друга битна карактеристика ових обвезница се огледа у чињеници да су муниципалне обвезнице неретко ослобођене пореза, па инвеститори односно купци немају законску потребу да приход остварен од куповине ових обвезница буде предмет опорезивања.

⁹ The Bond Market Association; An investors guide to municipal bonds, New York, 2003.

чај у САД, које су федерално уређена земља, која има најразвијеније тржиште муниципалних обвезница на којем се јављају изузетно специфичне врсте ових обвезница, које су особене само овом тржишту. Са друге стране, иако је основно обележје муниципалних обвезница да не представљају предмет опорезивања, један број држава и даље нормативно уређује својим пореским законима обавезу опорезивања добити, који је остварен.¹⁰ Један од сегмената даљег развоја и диверзификације тржишта дуговинских ХОВ је и увођење муниципалних обвезница као једне шире стратегије развоја, продубљивања и диверзификације тржишта капитала у транзиционим земљама¹¹. Мора се истаћи да су земље, у којима су муниципалне обвезнице предмет опорезивања су углавном земље у транзицији и уколико те земље желе да развију своје тржиште муниципалних обвезница морају променити пореску политику у правцу укидања пореза на капиталну добит који је остварен трговином муниципалних обвезница.

ВРСТЕ МУНИЦИПАЛНИХ ОБВЕЗНИЦА

У претходном делу рада пажња је била посвећена дефинисању муниципалних обвезница као дужничких хартија од вредности и одређеним битним карактеристикама, које их чине специфичним у односу на неке друге дужничке хартије од вредности. С обзиром на специфичности истих, у свету данас постоји веома велики број различитих врста муниципалних обвезница, нарочито на развијеним финансијским тржиштима¹² и класификацију је могуће обавити у зависности од критеријума, који нам служи за њихову поделу. Најчешћа подела муниципалних обвезница је на: *опште обавезујуће обвезнице, обвезнице које доносе приходе и наменске обвезнице*¹³. Поред ове три категорије обвезница, постоје још многе друге које имају специфичности које их издвајају у односу на остале и њих можемо срести на финансијском тржишту САД, који представља најразвијеније тржиште муниципалних обвезница. Опште обавезујуће обвезнице (*general obligation bonds*) карактерише обавеза емитента да дуг који је настао по емитовању обвезница врати из било којег прихода локалне власти. С обзиром на значај ове чињенице, у контексту обавезе враћања позајмљених средстава, локалне власти су у обавези да добију сагласност грађа-

¹⁰ Управо један од основних разлога успеха функционисања тржишта муниципалних обвезница представља чињеница да инвеститори желе да улажу свој капитал у исте, јер добит неће бити предмет опорезивања, а са друге стране тржиште муниципалних обвезница је једно од најликвиднијих финансијских тржишта што ове обвезнице чини веома привлачним за инвестирање.

¹¹ Види више: Др Јовановић, А., Др Закић, Н.: Тржиште муниципалних обвезница – нека упоредна искуства; Економика, вол. 54, бр. 5-6, стр. 88-100, 2008. год.

¹² Види више: Compton, R. W. ; Municipal bonds, St. Luis, str. 51 – 56, 2009.

¹³ Момировић, Д.: Муниципалне обвезнице – новина или финансијска иновација на тржишту капитала Србије; Финансије, вол. 64, бр. 1-6., стр. 226-255, 2009.

на, који чине ту локалну заједницу. Сагласност грађана (*voter-approved*) може бити добијана посредним или непосредним начином.¹⁴ С тим у вези, грађани ових заједница су много квалитетније упознати са висином задуживања локалне заједнице, временским интервалом на који се задужује, као и пројекти који ће бити финансирани на овој начин, чиме овај процес добија на транспарентности задуживања. *Обвезнице које доносе приходе или приходне обвезнице (revenue bonds)* су врсте муниципалних обвезница, које емитент издаје за финансирање конкретног пројекта, а купцу обвезница се главница и камата враћају на основу прихода који остварује финансирани пројекат.¹⁵ Степен ризика код куповине ових обвезница је на вишем нивоу него код опште обавезујућих обвезница, па инвестор мора квалитетно да изврши анализу пројекта, који је предмет финансирања од стране локалне заједнице. Са друге стране, камате на ову врсту обвезница су веће него код општинских обвезница, што утиче да су оне интересантне инвеститорима за куповину. Чест је случај да ове врсте обвезница буду осигуране код неког осигуравача, који се обавезује да исплати главницу са припадајућом каматом у случају да емитент то није у стању.¹⁶ *Наменске обвезнице* представљају врсту муниципалних обвезница, које су обезбеђене на основу залога (гаранција) од једне или више врсте пореза или других прихода, односно од једног издаваоца општинских пореза.¹⁷ Ова врста обвезница захтева одређена нормативна решења у позитивноправној регулативи једне земље, која би локалним заједницама омогућила да приходе из одређених пореза ставе као залогу односно гаранција за поврат средстава, што није чест случај, са изузетком САД, које у свом законодавству остављају овакву могућност.¹⁸ Поред претходно наведених обвезница, у пракси се често наилази и на специфичне обвезнице, које ћемо у овом раду само набројати: осигуране муниципалне обвезнице, муниципалне обвезнице са променљивом каматном стопом, обвезнице без купона, обвезнице са „*put*“ и „*call*“ клаузулом и друге. Постоји

¹⁴ Уколико грађани на референдуму одобре овакав вид задуживања локалне заједнице, онда је у питању непосредан начин давања сагласности за издавање ових обвезница, а уколико се сагласност добије у надлежном представничком телу локалне заједнице, онда је у питању посредна сагласност грађана. У сваком случају, било да је у питању посредна или непосредна сагласност грађана, овај вид задуживања свакако представља један демократски начин одлучивања, нарочито ако узмемо у обзир чињеницу да су задуживања по овом основу релативно висока за сваку локалну заједницу и да је свакако потребан општи консензус унутар исте.

¹⁵ Ова врста обвезница је, по стопи ризика за поврат уложених средстава, већа за инвеститора, јер локална заједница не гарантује да ће позајмљени новац на име продатих обвезница вратити из било којег прихода (као што је случај са општим обавезујућим обвезницама), већ инвеститор купљених обвезница поврат својих средстава, који је увећан за припадајућу камату, мора остварити из прихода пројекта, који је финансиран.

¹⁶ Трајковић, М.: Водич кроз муниципалне обвезнице; Нови Сад, 2007. год.

¹⁷ Момировић, Д.: Муниципалне обвезнице – новина или финансијска иновација на тржишту капитала Србије; Финансије, вол. 64, бр. 1-6, стр. 226-255, 2009.

¹⁸ Види више: Dorit S.; A comparative risk return analysis and performance evaluation of tax free municipal bond funds, The Ohio State University, 1997.

једна категорија муниципалних обвезница (*муниципалне ноте*) које су специфичне по кратком року доспећа од најчешће неколико месеци и представљају дуговне инструменте, који су по својој природи слични обвезницама, јер их издају локалне самоуправе за покривање текуће неликвидности у буџету, који је краткорочне природе.¹⁹

ЕМИТОВАЊЕ МУНИЦИПАЛНИХ ОБВЕЗНИЦА И НОРМАТИВНА РЕГУЛАТИВА

Како смо констатовали да постоје различите врсте муниципалних обвезница, које се мање или више међусобно разликују, у том контексту можемо закључити да, иако између ових различитих појавних облика муниципалних обвезница постоје одређене дистинкције, исте имају велики број заједничких именитеља, које их кохезионо повезују.²⁰ Без обзира на различите врсте муниципалних обвезница, емитовање истих је прилично идентичан поступак, без обзира на њихове појединачне различитости. Емитовање муниципалних обвезница представља збир радњи, које локална самоуправа доноси у поступку реализације издавања обвезница. Да би једна локална самоуправа, општина или град, емитовале муниципалне обвезнице, претходно је потребно извршити одређене радње у том правцу, које су нормативно обавезујућег карактера. Након што одлучи да се задужи, издавањем ових дужничких хартија од вредности, локална власт треба да спроведе одређене процедуралне радње да би иста била нормативно регуларна. Повезано са овим активностима, локална власт мора да ангажује финансијског саветника односно посредника. Улога финансијског саветника је веома значајна и често од круцијалног утицаја за успех емисије обвезница. Емитовање ових дужничких хартија захтева висок степен стручности и искуства у овој области, које локалне власти немају као ресурс. Улога финансијског саветника се огледа у припреми израде финансијског плана, који пружа најповољнији трошак капитала за емитента, помаже емитенту у избору уговорних странака, врши саветовање у вези износа емисије (број обвезница, каматне стопе, начин обрачуна, рок емисије, рокови отплате...) и читав низ других активности, које су неопходне за успешност емисије обвезница.²¹ Кад локална самоуправа, општина, односно град, донесе одлуку да еми-

¹⁹ У теорији се јавља и подела муниципалних обвезница са становишта временског интервала на које су емитоване, и у том контексту разликујемо краткорочне, средњорочне и дугорочне муниципалне обвезнице. Краткорочне муниципалне обвезнице се емитују на период до годину дана, средњорочне на пет година, а дугорочне на период од преко пет година.

²⁰ Бејатовић М., Дукић Мијатовић М., Берзанско право, Правни факултет за привреду и правосуђе Универзитет Привредна академија, Нови Сад, 2011, стр. 190.

²¹ Перић, М.; Муниципалне обвезнице као инструмент децентрализације, Пословна економија, Вол. 5, бр. 1, стр. 273-282, 2011. год.

тује обвезнице и именује финансијског саветника, иста је у обавези да састави службену изјаву (документ) емитента, која у себи има сублимиране кључне податке о емисији муниципалних обвезница, која се жели реализовати и њен квалитет искључиво зависи од стручности финансијског саветника, који је учествовао у њеној изради. Нормативна усклађеност службене изјаве мора бити у потпуности и доследно спроведена, јер само емисија која је у складу са позитивноправом регулативом може бити прихваћена. За стручну, али и ширу јавност, посебно за становништво које чини део локалне заједнице, информације које су садржане у службеној изјави су веома значајне, јер на основу њих иста се упознаје са сврхом издавања обвезница, изворима прихода враћања дуга насталог по овим обвезницама, кредитног рејтинга емитента (у овом случају општине или града)²². Након обављања ових припремних радњи, финансијски саветник предузима одређене радње у циљу успешне реализације емисије обвезница. Задатак саветника је да прикупља понуде, односно предлоге покровитеља обвезница, најчешће инвестиционог банкара или групе инвестиционих банкара, а у ретким случајевима дилера, брокера или других заинтересованих покровитеља. Покровитељ обвезница, заправо купује издате обвезнице за себе или за дистрибуцију заинтересованим будућим инвеститорима.²³ Продаја обвезница може бити реализована на три начина: продаја путем тендера, односно јавним надметањем заинтересованих инвеститора, путем директних преговора и приватним пласманом. Тендерска продаја је најзаступљенији вид емитовања муниципалних обвезница.²⁴ Овај вид емитовања обвезница представља далеко најбољи начин продаје обвезница, јер је јавност поступка, као и међусобна конкуренција међу потенцијалним купцима, на највишем нивоу.²⁵ Такође, да

²² Кредитни рејтинг емитента обвезница има веома велики значај, како за инвеститора који жели да свој капитал диверзификује у куповину ових обвезница, тако и за саме становнике локалне заједнице, који могу да се непосредно увере у рејтинг своје општине или града који врше независне рејтинг агенције и да тиме установе да ли тренутне власти адекватно обављају поверене им надлежности. Уколико је кредитни рејтинг емитента на високом нивоу према категоризацији рејтинг агенције, онда је и степен изложености ризика пласмана капитала за инвеститора нижи. Са друге стране, уколико је рејтинг низак, онда емитент мора да повећа ниво каматних стопа да би привукао инвеститоре да уложе свој капитал, јер је изложеност ризика пласмана за инвеститора већи. Рејтинг општине или града као емитента обвезница, свакако представља прави показатељ квалитетног или неквалитетног управљања финансијама локалне заједнице, па често локалне власти из страха од могућих резултата овакве анализе и избегавају да позајмљују капитал од стране инвеститора, већ се одлучују за неки друг вид облика финансирања.

²³ Момировић, Д.: Муниципалне обвезнице – новина или финансијска иновација на тржишту капитала Србије; Финансије, вол. 64, бр. 1-6, стр. 226-255, 2009.

²⁴ Види више: Јовановић, А., Закић, Н.: Тржиште муниципалних обвезница – нека упоредна искуства; Економика, вол. 54, бр. 5-6, стр. 88-100, 2008. год.

²⁵ Позив се упућује најширем кругу купаца обвезница и исти се надмећу путем тендера на основу понуде које достављају емитенту. Истовремено ово представља и најекономичнију варијанту продаје обвезница, јер су трошкови емисије у односу на преостала два начина значајно нижи. У САД, као земљи са најразвијенијим тржиштем муниципалних обвезница, овај вид продаје је далеко најзаступљенији. Међутим, тржишта муниципалних обвезница у развоју као што је

би се већи број инвеститора одазвао јавном позиву за откуп муниципалних обвезница, вредност емисије мора бити релативно висока да би заинтересовала инвеститоре, што често није случај у земљама у транзицији, па се исте одлучују или за продају обвезница путем преговора или продају приватним пласманом. Када је у питању продаја обвезница путем преговора, овај процес је надгледан од стране финансијског саветника, који руководи преговарачким процесом у име емитента. Овај вид продаје обвезница свакако може да садржи одређен степен опасности од злоупотребе овлашћења преговарача у процесу продаје обвезница, с обзиром да се исти обавља далеко од очију јавности. Чест је случај да обвезнице које се продају на овај начин имају већу каматну стопу него обвезнице сличног или истог емитента које су продате путем јавног тендера. На крају, продаја обвезница приватним пласманом представља продају унапред одређеном купцу по унапред утврђеним условима. Ово је свакако најнеповољнији начин емитовања обвезница и веома се ретко користи, нарочито у развијеним земљама, али у земљама у транзицији је веома чест случај да се општине и градови задужују на овај начин. Мишљења смо да је ово донекле оправдано због неразвијености финансијског тржишта уопште, али такође овај начин емисије оставља веома много простора за различите врсте радњи које могу имати незаконит карактер и повећати могућност корупције и злоупотребе положаја.

Када је у питању норматива која регулише емитовање муниципалних обвезница, можемо констатовати да су правна решења у великој мери усклађена, без обзира на различите правне системе у свету. Наравно, ова констација се односи на основне институте које уређују проблематику муниципалних обвезница, док свакако да постоје мање разлике у различитим правним системима који су резултат понајвише различитог степена развијености тржишта муниципалних обвезница.²⁶ Посебно се да уочити, да у земљама у транзицији због неразвијености финансијског тржишта уопште, па самим тиме и неразвијености тржишта муниципалних обвезница, одређена решења у легислативи су много више усклађена са потребама тог конкретног друштва, што опет има за последицу да постоје нека специфична решења, која нису типична за земље са развијеним тржиштем муниципалних обвезница.²⁷ У овом раду нећемо правити компаративну анализу нормативне уређености ове материје, већ ћемо се само осврнути на исту у контексту Србије.²⁸ Наиме, као што је претходно констато-

случај са већином земаља у транзицији нису у могућности да на овај начин врше продају, јер је тржиште недовољно развијено за овакав вид пласмана обвезница.

²⁶ Fabozzi, F.J., Feldstein, S.G.; *The handbook of municipal bonds*; John Wiley and sons, New Jersey.

²⁷ Дукић-Мијатовић М., Осврт на флукуације на домаћем тржишту новца и капитала у светлу актуелних законских прописа, *Право и привреда*, вол. 47, бр. 4-6, 2010, стр. 421-435.

²⁸ Да је овај рад писан током претходне године, само бисмо констатовали већ уочене недостатке нормативног карактера, који ограничавају и отежавају могућност емитовања обвезница од стране општина и градова у Србији. Међутим, током 2011. год., дошло је до промене у решењима више закона, који регулишу муниципалне обвезнице. У периоду пре доношења нових закона, већина

вано, муниципалне обвезнице издају локална самоуправа, општине и градови и та могућност је постојала и пре доношења нових закона, који делимично уређују материју емитовања муниципалних обвезница. Регулатива, која се односи на могућност задуживања локалне самоуправе путем продаје муниципалних обвезница, била је регулисана следећим законима: Законом о средствима у својини Р. Србије²⁹, Законом о локалној самоуправи³⁰, Законом о финансирању локалне самоуправе³¹, Законом о јавном дугу³², Законом о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената³³, Законом о буџетском систему³⁴ и Законом о рачуноводству и ревизији³⁵. У претходној години донет је нови системски Закон о јавној својини³⁶ и извршене су промене одредби Закона о јавном дугу. Пре измена у нормативи, која је претходне године извршена, стручна јавност је указивала на потребе да се иста промени у циљу лакшег емитовања муниципалних обвезница. Прва и велика замерка стручњака је била чињеница да, према претходно важећој регулативи, средства органа и организација јединица територијалне аутономије и локалне самоуправе представљају средства у својини државе, што има за последицу да је локална самоуправа само корисник имовине у чијој је државини и зато не може самостално да одлучује о њеном располагању.³⁷ Овакво нормативно решење је било веома ограничавајуће у контексту могућности емитовања обвезница, јер локалне самоуправе нису располагале својом имовином, па је самим тиме и инвеститор, односно купац обвезница имао већи степен ризика пласмана због немогућности да општине и градови гарантују својом имовином поврат новчаних средстава. Овај проблем је решен током 2011. године доношењем Закона о јавној својини чији предмет уређивања представља право јавне својине и одређена друга имовинска права Р. Србије, аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе (општине и градови). Ствари у јавној својини, које користе органи и организације Р. Србије, аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе, у смислу овог закона, чине непокретне и покретне ствари и друга имовинска права, која служе за

аутора је критички анализирао постојећу регулативу и дала одређене предлоге који би могли имати пресудан утицај на почетак емитовања муниципалних обвезница у Србији.

²⁹ Закон о средствима у својини Р. Србије („Службени гласник РС“, број 53/95, 101/95).

³⁰ Закон о локалној самоуправи („Службени гласник РС“, број 127/2009).

³¹ Закон о финансирању локалне самоуправе („Службени гласник РС“, бр. 62/2006, 47/2011).

³² Закон о јавном дугу („Службени гласник РС“, број 61/2005, 107/09).

³³ Закон о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената („Службени гласник РС“, број 47/2006).

³⁴ Закон о буџетском систему („Службени гласник РС“, бр. 54/2009, 73/2010, 101/2010 и 101/2011).

³⁵ Закон о рачуноводству и ревизији („Службени гласник РС“, бр. 46/06 и 111/09).

³⁶ Закон о јавној својини („Службени гласник РС“, бр. 72/2011).

³⁷ Митић, А.: Могућност емитовања муниципалних обвезница у Србији и нужност унапређења финансијског система – практична и законска ограничења, Правни живот, вол. 57, бр. 12, стр. 865-876, 2008. год.

остваривање њихових права и дужности.³⁸ Непокретности, покретне ствари и друга средства која су, на основу Закона о средствима, у својини Р. Србије, на дан ступања на снагу овог закона у државној својини, постају средства у јавној својини Р. Србије. Право јавне својине аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе на непокретностима из члана 72. овог закона стичу уписом права јавне својине у јавну књигу о непокретностима и правима на њима.³⁹ Овим одредбама овог закона, извршен је пренос права својине на аутономне покрајине и локалне самоуправе, која представља нужну претпоставку у контексту нормативног олакшавања могућности емитовања обвезница од стране локалне самоуправе. Свакако је потребно подробније анализирати донети закон у контексту његових евентуалних недостатака или недоречености, али доношење истог представља корак напред у процесу децентрализације земље и давања већих овлашћења општинама и градовима. Друга замерка, која је до скоро упућивана од стране стручне јавности, односи се на поједине одредбе Закона о јавном дугу, која се односе на могућност и висину задуживања локалне самоуправе. Према одредбама овог закона задуживање јесте узимање кредита, односно зајмова и емитовање хартија од вредности. Норматива у развијеним финансијским тржиштима дозвољава општинама и градовима да емитовањем муниципалних обвезница финансирају и друге потребе, па чак и да попуњавају буџетски дефицит, па са тим у вези и постоје посебне врсте муниципалних обвезница (*note*), о којима је већ било речи. Ова могућност је предвиђена чланом 35. овог закона, којим се даје могућност локалним властима да финансирају текућу великост, али под одређеним условима. Замерка стручне јавности односи се на члан 36. којим је регулисано дугорочно задуживање локалне власти. Према одредбама овог закона, забрањено је дугорочно задуживање локалне власти, осим у оним ситуацијама када је предмет задуживања финансирање или рефинансирање капиталних инвестиционих пројеката. С обзиром на овако дефинисан став законодавца, мишљења смо да је емитовање муниципалних обвезница могуће, али само за стриктне намене, односно за инфраструктурне пројекте. На овакав закључак упућује став 2. овог закона, који изричито регулише да износ неизмиреног дугорочног задуживања за капиталне инвестиционе расходе не може бити већи од 50% укупно остварених текућих прихода буџета локалне власти, а да износ главнице и камате, који доспева у свакој години на сва неизмирена дугорочна задуживања за финансирање капиталних инвестиционих расхода не може бити већи од 15% укупно остварених текућих прихода буџета локалне власти у претходној години. Имајући у виду наведене одредбе овог закона, јасно је уочљиво да општине и градови због прописаних процена та задуживања у односу на буџет из претходне године, не могу финансирати велике развојне пројекте од локалног значаја и ове одредбе су такође представљале лимитирајући фактор, који је негативно утицао на могућност пла-

³⁸ Чл. 12. Закон о јавној својини.

³⁹ Чл. 76. Закон о јавној својини.

сману ових обвезница. У међувремену, извршене су промене у Закону о јавном дугу у контексту претходно два анализирана члана, па према новим одредбама овог закона износ неизмиреног дугорочног задуживања за капиталне пројекте може бити већи од 50% укупно остварених текућих прихода буџета локалне власти у оним случајевима када се ради о дугорочном задуживању чији рок отплате, не рачунајући период мировања, је најмање пет година. На овај начин, омогућено је да се општине и градови лакше задуже за значајније инфраструктурне пројекте. Законодавац није изменио члан 33. наведеног закона, који налаже општинама, односно градовима, да пре одлуке о свом задуживању, морају затражити мишљење Министарства финансија, па се тиме оставља могућност утицаја политике централне власти на задуживања локалних самоуправа.

ПРЕДНОСТИ ЕМИТОВАЊА МУНИЦИПАЛНИХ ОБВЕЗНИЦА ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ

Муниципалне обвезнице представљају велику могућност општинама и градовима у Србији да финансирају оне пројекте од значаја за које или немају довољно средстава у буџету или централна власт није заинтересована или у могућности да исти реализује.⁴⁰ У процесу задуживања по било ком основу локалне власти морају водити рачуна о нивоу задужености и квалитету пројеката за које се задужују. Зато муниципалне обвезнице представљају ефикасан финансијски инструмент, јер омогућавају локалним заједницама да на један транспарентан начин финансирају своје развојне и друге пројекте. У претходном делу рада, истакли смо да приликом емитовања ових обвезница, општина или град морају бити подвргнути једној врсти анализе бонитета емитента која инвеститорима омогућава да виде степен изложености ризика пласмана свог капитала. Оцена бонитета емитента, општине или града, који обављају независна тела, имају за циљ да укажу на ниво задужености емитента, политику расхода и прихода у оквиру буџета, развојну политику локалне заједнице и низ других чинилаца који су од значаја за пласман емисије обвезница. Корист од оваквих информација свакако имају и становници локалне заједнице, јер ће транспарентност ових података истима указати на квалитетно или неквалитетно вођење политике општине, односно града. Поред ових предности, муниципалне обвезнице су често ослобођење плаћања пореза на исте, нарочито у сложеним државама где постоји више нивоа власти. Ослобађање од плаћања

⁴⁰ У време светске економске кризе, каматне стопе кредита које одобравају банке су веома високе, а када се узме у обзир и чињеница да исте захтевају изразито висок степен сигурности својих пласмана, што се резултује јаким гаранцијама општине и градова за реализацију истих, сасвим логично се намеће решење које се огледа у могућности да емитовањем муниципалних обвезница локалне самоуправе инвестирају у развој инфраструктуре или у друге пројекте од локалног значаја.

пореза на приход, остварен трговањем са муниципалним обвезницама, нормативно је инкорпориран у развијеним земљама Западне Европе и САД⁴¹. Нажалост, у нашој земљи не постоје пореске олакшице по овом основу, али би држава требала озбиљно да размисли у контексту доношења одређених решења у овој области која би стимулисала трговину муниципалним обвезницама кад тржиште буде заживело.⁴² Као још један од разлога емитовања муниципалних обвезница, у стручној јавности се истиче могућност да грађани путем куповина ових обвезница учествују у развијању своје општине, односно града. Изменама и допунама Закона о јавном дугу омогућено је да поред Р. Србије и финансијских институција (банака, осигуравајућих друштава, инвестиционих фондова) ове обвезнице могу куповати и сва домаћа и страна правна и физичка лице, чиме је омогућено равноправно учешће свих субјеката. Такође, већина муниципалних обвезница има уговорену фиксу каматну стопа, што свакако утиче на стабилност и предвидљивост висине дуга у временима када постоји нестабилност на финансијском тржишту. Имајући у виду све карактеристике муниципалних обвезница, поставља се логично питање: зашто се општине и градови онда на овај начин не задужују? У претходном делу рада смо истакли, да када су у питању нека нормативна решења која регулишу ову материју, постоји јасна дистинкција у односу на период до 2011. год., и да су донета нека нова нормативна решења која олакшавају проблематику емитовања ових обвезница. Исто тако, да је овај рад писан пре годину дана, констатовали би само како ниједна општина до сада није емитовала овај тип обвезница. Међутим, управо је у прошлој години дошло до, за наше прилике, пионирског подухвата, у коме се град Нови Сад нашао у улози првог емитента муниципалних обвезница код нас.⁴³

⁴¹ Види више: Fabozzi, F.J., Feldstein, S.G.; *The handbook of municipal bonds*; John Wiley and sons, New Jersey.

⁴² Дукић-Мијатовић М., Хармонизација банкарског законодавства Републике Србије у светлу утицаја на развој хипотекарног и финансијског тржишта, *Право и привреда*, вол. 46, бр. 5-8, 2009, стр. 118-141.

⁴³ С обзиром да је жеља аутора да у виду посебног рада, који би представљао студију случај – емитовање муниципалних обвезница града Новог Сада анализира у блиској будућности, на овом месту само ћемо изложити основне информације од важности ове емисији муниципалних обвезница. За покровитеља емисије ових обвезница изабрана је Униредит банка, вредност укупне емисије обвезница је 3.5 милијарди динара са фиксном каматном стопом од 6.25. %. На самом тендеру за учешће у емисији муниципалних обвезница биле су достављене четири понуде, од којих су три банке а једна је брокерска кућа. Сврха издавања ових обвезнице је према службеној изјави, изградња преко сто километара канализационе мреже и завршетак изградње Булеvara Европе. Трошкове емитовања обвезница је финансирала Европска унија у виду пројектен помоћи развоју локланих самоуправа. Имајући у виду предходно предочене информације, можемо закључити да је реч о веома повољном задуживању града Нови Сад, са прихватљивом каматном стопом која је свакако нижа од кредитних каматних стопа банака, али и у чињеници да се унапред зна намена трошења позајмљених средстава чиме се ограничава могућност злоупотребе коришћења ових средстава.

ЗАКЉУЧАК

Муниципалне обвезнице представљају дужничке хартије од вредности, које издају локалне самоуправе, односно општине и градови. Улога и значај ових дужничких хартија је изузетно важна у развијеним земљама, које имају добро организовано финансијско тржиште, односно тржиште муниципалних обвезница. Ово тржиште је изразито ликвидно и стабилно, што је у времену економске кризе од круцијалног значаја за инвеститоре. Иако инвеститори имају могућност да свој капитал диверзификују на друге хартије од вредности са већим каматним стопама, управо је сигурност пласмана путем куповине муниципалних обвезница чињеница која за већину инвеститора представља разлог куповине истих. Поред ових предности, инвеститори су често ослобођени плаћања одређених пореза на капитални приход остварен трговином ових обвезница. За општине и градове, муниципалне обвезнице представљају адекватно решење у тренуцима стабилности на финансијском тржишту, а нарочито у тренуцима кризе на тржишту капитала. Због чињенице да општине односно градови, својим изворним приходима и имовином гарантују сигурност повратка средстава за инвеститоре, исте су у прилици да се на повољнији начин задуже за финансирање пројекта од локалног значаја.

ЛИТЕРАТУРА

- Бејатовић М., Дукић Мијатовић М., Берзанско право, Правни факултет за привреду и правосуђе Универзитет Привредна академија, Нови Сад, 2011, стр.190.
- Dorit S., A comparative risk return analysis and performance evaluation of tax free municipal bond funds, The Ohio State University, 1997.
- Дукић-Мијатовић М., Хармонизација банкарског законодавства Републике Србије у светлу утицаја на развој хипотекарног и финансијског тржишта, Право и привреда, вол. 46, бр. 5-8, 2009, стр. 118-141.
- Дукић-Мијатовић М., Осврт на флукуације на домаћем тржишту новца и капитала у светлу актуелних законских прописа, Право и привреда, вол. 47, бр. 4-6, 2010, стр. 421-435.
- Митић, А., Могућност емитовања муниципалних обвезница у Србији и нужност унапређења финансијског система – практична и законска ограничења, Правни живот, вол. 57, бр. 12, стр. 865-876, 2008. год.
- Перић, М., Муниципалне обвезнице као инструмент децентрализације, Пословна економија, Вол. 5, бр. 1, стр. 273-282, 2011. год.

The Bond Market Association; An investors guide to municipal bonds, New York, 2003.

Др Јовановић, А., Др Закић, Н.: Тржиште муниципалних обвезница – нека упоредна искуства, Економика, вол. 54, бр. 5-6, стр. 88-100, 2008. год.

Compton, R. W.; Municipal bonds, St. Luis, str. 51 – 56, 2009.

Момировић, Д.: Муниципалне обвезнице – новина или финансијска иновација на тржишту капитала Србије, Финансије, вол. 64, бр. 1-6., стр. 226-255, 2009.

Трајковић, М., Водич кроз муниципалне обвезнице, Нови Сад, 2007. год.

Вучуревић, С., Специфичност емитовања муниципалних обвезница, Ревизор, вол. 14, бр. 53, стр. 85-91, 2011. год.

Васиљевић, М., Да ли се исплати емисија муниципалних обвезница на домаћем финансијском тржишту, Финансије, вол. 64, бр. 8-9, стр. 57-60. 2008. год.

Барјактаревић, С.: Улога банака на тржишту муниципалних обвезница – пример Србије; Правни живот, 56, бр. 12, стр. 985-996, 2007. год.

Fabozzi, F.J., Feldstein, S.G.; The handbook of municipal bonds; John Wiley and sons, New Jersey

Swianiewicz, P.; The theory of local borrowing and the West-European experience in Local government borrowing – Risk and rewards, Open Society Institute, Budapest, 2004.

Закон о локалној самоуправи („Службени гласник РС“, број 127/2009).

Закон о финансирању локалне самоуправе („Службени гласник РС“, број 62/2006).

Закон о средствима у својини Р. Србије („Службени гласник РС“, број 53/95, 101/95).

Закон о јавном дугу („Службени гласник РС“, број 61/2005, 107/09).

Закон о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената („Службени гласник РС“, број 47/2006).

Закон о јавној својини („Службени гласник РС“, бр. 72/2011).

Закон о рачуноводству и ревизији („Службени гласник РС“, бр. 46/06 и 111/09).

Закон о буџетском систему („Службени гласник РС“, бр. 54/2009, 73/2010, 101/2010 и 101/2011).

Marijana Dukic Mijatovic, Ph.D

**Associate Professor and Vice Dean for Science and International Cooperation,
the Faculty of Law - University Business Academy Novi Sad**

Predrag Mirković, LLM

Assistent the Faculty of Law - University Business Academy Novi Sad

THE ROLE AND IMPORTANCE OF MUNICIPAL BONDS AS A WAY OF FINANCING OF LOCAL GOVERNMENT

Summary

Municipal bonds are an important way of raising the necessary funds to finance local government. Municipal bonds are debt securities issued by local governments, municipalities and cities. This paper analyzes the basic concept and characteristics of municipal bonds as well as different manifestations of the same. Municipal bonds have a long history of use as a means of financing local governments in the developed economies. In countries in transition, their role and significances are limited to certain normative and other factors that have been identified in the work. The role and importance of municipal bonds may be extremely important in financing infrastructure projects of local governments and this paper is addressing this issues. Normative changes made by the legislature passing the Law on public property and amending the Law on public debt finally made the decision to go to support the issuance of municipal bonds. City of Novi Sad is the first of the cities and municipalities that decided to issue municipal bonds.

Key words: *municipal bonds, securities, financial market, local government, decentralization.*

GLOSA O INVESTICIONOJ JEDINICI OTVORENOG INVESTICIONOG FONDA

Miroslav Vitez*

Apstrakt: U radu se najpre osvetljava ekonomski i društveni značaj oblika kolektivnog investiranja, pravni izvori u ovoj oblasti, daje pregled subjekata kolektivnog investiranja kod nas. Nakon opšteg razmatranja osnovnih obeležja otvorenog i zatvorenog investicionog fonda iz ugla našeg zakonodavstva, te njihovog pojmovnog organizovanja, klasifikacije njihovih oblika sa aspekta uporednog prava, pravne teorije, analiziraju se pravila domaćeg zakonodavstva o investicionim fondovima o investicionoj jedinici. Ukazuje se na određene nepreciznosti u pogledu profilisanja njenog pojma, osnovnih osobina i kolebanje zakonodavca u pogledu utvrđivanja njene pravne prirode tj. da li je hartija od vrednosti ili legitimaciona isprava. Na osnovu analize navedenog zakonodavstva može se zaključiti da se zakonodavac priklonio ideji o investicionoj jedinici kao uknjiženom atipičnom legitimacionom papiru. Nakon toga se daje uporednopravni pregled osnovnih obeležja udeoničkog lista (ekvivalenta domaćoj investicionoj jedinici) i u zaključku naglašava potreba i značaj donošenja novog progresivnog zakonodavstva u ovoj oblasti u kome bi se sa većom pažnjom uredili otvoreni investicioni fondovi i njihove investicione jedinice kao posebne hartije od vrednosti.

Кljučне речи: kolektivno investiranje, zatvoreni investicioni fond, otvoreni investicioni fond, udeo člana u imovini otvorenog fonda, investiciona jedinica, udeonički list.

Uvodna napomena

U pravu naše zemlje relativno kasno su uređeni oblici kolektivnog ulaganja u vidu investicionih fondova a s tim u vezi i posebna kategorija tzv. investiciona jedinica. Nasuprot tome, skoro u svim postsocijalističkim zemljama uporedo sa propisima o privatizaciji, doneti su i zakonski propisi o kolektivnom ulaganju. Ove zemlje su već na početku procesa privatizacije prepoznale u oblicima kolektivnog ulaganja

*Проф. др Мирослав Витез, Економски факултет у Суботици, Универзитет у Новом Саду

korisne pravne instrumente za realizaciju određenih javnih interesa u oblasti tržišta kapitala ali i za ostvarivanje određenih socijalno - političkih interesa. Putem njih su omogućile najširim slojevima društva, prvenstveno radnicima, da se što bezbolnije, racionalnije i efikasnije uključe u proces svojinske transformacije svojih nacionalnih privreda na tržišni način. Time su u socijalnoj ravni značajno olakšale proces privatizacije svojih privreda.¹

I. Opšti pogled na investicione fondove i pravni izvori

Investicioni fondovi jesu organizacionopravne forme prikupljanja sredstava individualnih, međusobno nepovezanih ulagača, pri čemu prikupljena sredstva ne mogu slobodno koristiti, već ih ulažu strogo namenski u određene privredne svrhe po pravilu u kupovinu određenih hartija od vrednosti. Iako se pominju krajem 19. veka, prvi organizovani oblici ovih fondova pojavljuju se u prvoj polovini 20. veka najpre u Evropi a posle u razvijenijoj formi u SAD, gde su doživeli veliku ekspanziju i afirmaciju. Nakon II svetskog rata naglo je poraslo interesovanje za njih, najpre u zemljama sa razvijenom tržišnom ekonomijom a kasnije i u drugim zemljama.

Investicioni fondovi predstavljaju oblike indirektnog, tranzitnog ulaganja, jer individualni ulagači svoja sredstva najpre ulažu u investicioni fond, koji ih onda u objedinjeno, neposredno, strogo namenski, po principu razlaganja rizika ulaže u određene privredne poduhvate. Time pojedinačni ulagač dobija stručnog pomagača u pogledu donošenja odluke o ulaganju svojih sredstava, koji onda preuzima u potpunosti brigu o njegovom ulogu i njegovom uvećanju.² U pitanju je alternativno rešenje koje je isplativije u odnosu na polaganje sredstava u banku u obliku uloga na štednju ili u obliku novčanog depozita.

Na ekonomskom planu prednosti kolektivnog ulaganja putem investicionih fondova su brojne: doprinose stvaranju povoljnijih uslova za ulaganje, povećavaju njegovu efikasnost, obezbeđuju disperziju poslovnih rizika, doprinose ujednačenju, stabilnosti profitne stope po pojedinim privrednim granama, stabilnosti nacionalne privrede u celini, doprinose ograničavanju stihijskih kretanja, špekulativnih ponašanja, monopolističkih odnosa u njoj. U tom smislu, država je prepoznala ekonomski i socijalni značaj investicionih fondova, zadržala značajnu meru intervencije u pogledu njihovog pravnog položaja tretirajući ih kao važan pravni i ekonomski instrument: *prvo*, za uređivanje odnosa u privredi putem koga se utiče na njihovu harmonizaciju i stabilnost a *drugo*, za preraspodelu profita u njoj u korist prvenst-

¹ Npr. u pravu Slovačke i Češke na početku procesa privatizacije kao jedinstveni pravni izvor i posle deobe federacije primenjivao se federalni Zakon br.248/1992 o investicionim društvima i investicionim fondovima;

² Više Vitez, M., Investiciona preduzeća u uporednom pravu sa posebnim osvrtom na trgovinsko pravo Češke i Slovačke, Pravni život, Beograd, br. 9 - 10/94, I tom, str. 1185–1199;

veno najširih slojeva društva - sitnih individualnih ulagača, ali i velikih ulagača tzv. kvalifikovanih investitora.³

U zemljama sa tržišnom ekonomijom pravni položaj investicionih fondova je uređen zakonima o kolektivnom ulaganju, hartijama od vrednosti, tržištu kapitala i dr. Tako je npr. u pravu SAD ova problematika uređena u Investment Company Act of 1940, Securities Act of 1933, Securities Exchange Act of 1934 i dr.

Na nivou EU donete su u ovoj oblasti brojne direktive, uredbe i dr., čiji cilj je harmonizacija i unifikacija nacionalnih prava država - članica o kolektivnom investiranju, tržištu finansijskih instrumenata i dr. čime se stvaraju usklađeni i jednaki uslovi za osnivanje, organizovanje i slobodno poslovanje svih oblika investicionih fondova na jedinstvenom evropskom tržištu kapitala.⁴ Pravo kolektivnog investiran-

³ Ovaj oblik kolektivnog ulaganja ima i određene slabosti. Najvažnija se tiče same ideje na kojoj se zasniva koncept investicionog fonda, a to je odvojenost ulagača od njegovog uloga, koji se poverava na upravljanje trećem – menadžment trgovačkom društvu kao određenom „trustee”, što potencijalno predstavlja rizik, koji može da umanjuje efikasnost ulaganja i da dovede do gubitka uloga. Ovaj rizik država nastoji da amortizuje i isključi ostvarivanjem svojih regulatornih i nadzornih funkcija u pogledu osnivanja, organizovanja i poslovanja investicionih fondova.

⁴ Direktiva Saveta br. 85/611/EEZ od 20. 12. 1985. o usklađivanju zakona, drugih pravnih propisa i administrativnih mera koje se odnose na subjekte kolektivnog investiranja u penosive hartije od vrednosti (UCITS);

Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta br. 2004/39/EZ od 21. 04. 2004. o tržištima finansijskih instrumenata (tzv. Direktiva MiFID – *The Markets in Financial Instruments Directive*);

Direktiva Komisije br. 2007/16/EZ od 19.03.2007 kojom se implementira direktiva Saveta br. 85/611/EEZ o usklađivanju zakona, drugih pravnih propisa i administrativnih mera koje se odnose na subjekte kolektivnog investiranja u penosive hartije od vrednosti (SKIPHV), kada se radi o objašnjenju nekih određenih pojmova;

Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta br. 2009/65/EZ od 13.07.2009 o koordinaciji pravnih i administrativnih propisa koji se tiču subjekata kolektivnog investiranja u penosive hartije od vrednosti (SKIPHV) (prečišćeni tekst);

Direktiva Komisije br. 2010/44/EU od 1.07.2010. kojom se implementira Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta br. 2009/65/EZ o određenim odredbama koje se odnose na fuziju fondova, strukturu „master-feeder“ i postupak informisanja;

Direktiva br. 2001/107/EZ Evropskog parlamenta i Saveta od 21. januara 2002. kojom se menja Direktiva Saveta br. 85/611/EEZ od 20. 12. 1985. o usklađivanju zakona, drugih pravnih propisa i administrativnih mera koje se odnose na subjekte kolektivnog investiranja u penosive hartije od vrednosti (UCITS) u pogledu društava za upravljanje i pojednostavljenih prospekata (tzv. Upravljačka UCITS III Direktiva ili *Management Directive*);

Direktiva br. 2001/108/EZ Evropskog parlamenta i Saveta od 21. januara 2002. kojom se menja Direktiva Saveta br. 85/611/EEZ od 20. 12. 1985. o usklađivanju zakona, drugih pravnih propisa i administrativnih mera koje se odnose na subjekte kolektivnog investiranja u penosive hartije od vrednosti (UCITS) u pogledu ulaganja UCITS fondova (tzv. UCITS III Direktiva o finansijskim proizvodima ili *Product Directive*);

Direktiva Komisije br. 2010/43/EU od 1.07.2010. kojom se implementira Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta br. 2009/65/EZ kada se radi o organizacionim zahtevima, sukobima interesa, pravilima obavljanja delatnosti, upravljanju rizicima i sadržini sporazuma između depozitara i društva za upravljanje;

Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta br. 2011/61/EU od 8. juna 2011. o upravljanju alternativnim investicionim fondovima i o izmenama i dopunama direktiva br.2003/41/EZ i 2009/65/EZ i uredbi (EZ)

ja EU je pod velikim uticajem prava kolektivnog investiranja common law sistema.

Pravni položaj investicionih fondova, drugih subjekata kolektivnog ulaganja uključujući i pravni režim investicione jedinice kod nas su uređeni u Zakonu o investicionim fondovima iz 2006⁵ (dalje: ZOIF), koji je u pretežnoj meri preuzeo koncepciju kolektivnog investiranja iz prava EU. Zatim se u ovoj oblasti shodno primenjuju i odgovarajuća pravila iz Zakona o privrednim društvima iz 2011, Zakona o tržištu kapitala iz 2011. i drugih zakonskih i podzakonskih propisa.

U članu 2. stavu 1. ZOIF, pored ostalih kategorija, određuju se subjekti kolektivnog investiranja: društvo za upravljanje investicionim fondovima (dalje: upravljačko društvo), investicioni fond, kastodi banka (dalje: depozitar), član odnosno akcionar investicionog fonda (fizičko ili pravno lice na čije ime su registrovane investicione jedinice, odnosno akcije investicionog fonda), zatim se određuje investiciona jedinica i utvrđuje značenje ovih pojmova.

U ZOIF izvršena je osnovna klasifikacija investicionih fondova i to prema kriterijumu načina prikupljanja sredstava na tzv. otvoreni investicioni fond, zatvoreni investicioni fond i privatni investicioni fond, a s obzirom na njihovu ciljnu funkciju – na fond rasta vrednosti imovine, fond prihoda, balansirani fond i fond očuvanja vrednosti imovine.⁶

br.1060/2009 i (EU) br.1095/2010;

Uredba Komisije EU br. 583/2010. od 01.07.2010. kojom se implementira Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta br. 2009/65/EZ kad su u pitanju ključne informacije za investitore i uslovi, koje treba ispuniti prilikom davanja ključnih informacija za investitore ili kod prospekta na drugom trajnom nosaču ili posredstvom internet stranica;

Uredba Komisije EU br. 584/2010. od 01.07.2010. kojom se implementira Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta br. 2009/65/EZ kada se radi o formi i sadržini standardnog obaveštenja i sertifikata SKIPHV, upotrebi elektronske komunikacije između nadležnih organa za obaveštavanja i postupcima provere na licu mesta, štednji i razmeni informacija između nadležnih organa; i dr.;

U Nemačkoj - das Investmentgesetz vom 2003, das Wertpapierhandelsgesetz vom 1994. sa kasnijim izmenama i dopunama i dr., u Slovačkoj – Zákon o kolektivnom investovaní z 2011, Zákon o cenných papieroch z 2001. sa kasnijim izmenama i dopunama i dr.; u Češkoj – Zákon o kolektivním investování z 2004. sa kasnijim izmenama i dopunama, Zákon o podnikání na kapitálovém trhu z 2004 sa kasnijim izmenama i dopunama i dr.; u Švajcarskoj – das Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen vom 2006. sa kasnijim izmenama i dopunama, das Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 1995. sa kasnijim izmenama i dopunama; das Bundesgesetz über Bucheffekten vom 2008 sa kasnijim izmenama i dopunama i dr.; u Hrvatskoj – Zakon o investicijskim fondovima iz 2005, Zakon o tržištu vrijednosnih papira iz 2002. sa kasnijim izmenama i dopunama i dr.;

⁵ Zakon o investicionim fondovima Republike Srbije iz 2006. (Sl. glasnik RS br. 46/2006, 51/2009, 31/2011);

⁶ Vidi čl. 28., čl. 42., čl. 58., čl.74. ZOIF;

II. Pojam, pravna priroda i osnovna obeležja investicione jedinice

1. U našem pravu investicione jedinice se izdaju radi prikupljanja novčanih sredstava i obrazovanja imovine otvorenog investicionog fonda.⁷

Da bi se utvrdio pojam investicione jedinice neophodno je osvetliti pojam i osnovna obeležja pravnog položaja otvorenog ali i zatvorenog investicionog fonda.

U članu 2. st. 1. tač. 2) ZOIF određuje se opšti pojam investicionog fonda u vidu formulacije da je on institucija kolektivnog investiranja u okviru koje se prikupljaju i ulažu novčana sredstva u različite vrste imovine sa ciljem ostvarenja prihoda i smanjenja rizika ulaganja.

Nasuprot tome, u čl. 42. ZOIF se ne određuje pojam otvorenog investicionog fonda, već se opisuje princip njegovog funkcionisanja i nabrajaju osnovna obeležja njegovog pravnog položaja.

Osnovne razlike između otvorenog i zatvorenog investicionog fonda jesu: otvoreni investicioni fond nema svojstvo pravnog lica, predstavlja posebnu imovinsku zajednicu u suvlasništvu članova, dok zatvoreni investicioni fond ima svojstvo pravnog lica, svoju imovinu i pravnu formu posebnog otvorenog akcionarskog društva.

Izdavanje i prodaju investicionih jedinica vrši upravljačko društvo putem depozitara, prikupljena novčana sredstva čine imovinu otvorenog investicionog fonda i nalaze se u suvlasništvu imalaca investicionih jedinica tj. članova fonda.

Zatvoreni investicioni fond prikuplja novčana sredstva upisom i uplatom akcija putem javne ponude i njime upravlja upravljačko društvo.

Dalje, ulagač svoj ulog – investicionu jedinicu kod otvorenog investicionog fonda može uvek da povuče - povрати od fonda putem prava na otkup, dok kod zatvorenog investicionog fonda to nije moguće, već svoj ulog - akciju može da povрати tako što će je preneti trećem (npr. prodati na finansijskom tržištu).

U ZOIF su utvrđena pravila o ulaganju imovine, ograničenjima i zabranama ulaganja imovine otvorenog i zatvorenog investicionog fonda.⁸

U pravima zemalja civil law sistema osnovu institucionalnog sistema kolektivnog investiranja u pretežnoj meri čini pravo kolektivnog investiranja EU bez obzira na razlike u terminološkom profilisanju njegovih kategorija, instituta, širinu i dubinu regulacije ovih odnosa na nivou nacionalnih prava, što je često uslovljeno i dinamikom aproksimacije njihovog prava - pravu EU.⁹

⁷ Član 42. st.1. ZOIF;

⁸ Čl. 29–33. i čl. 59- 60. ZOIF;

⁹ Tako se opšti pojam kolektivnog investiranja nejednako terminološki organizuje, npr. u nem.pravu – *das Investmentvermögen (InvV)*, odnosno *der Investmentfonds*, u švajc. pravu – *die kollektive*

Tako opšti pojam kolektivnog investiranja, odnosno investicionog fonda ima u ovim pravima skoro istovetno značenje i pod njim se uglavnom podrazumeva određeni oblik samostalne imovinske zajednice ugovorne ili institucionalne prirode, kojim upravlja određeno upravljačko društvo (stručni menadžer) pod nadzorom depozitara (najčešće banke) nastale prikupljanjem novčanih uloga nepovezanih ulagača (fizičkih i pravnih lica) a koja se koristi za ulaganje kapitala na diverzifikovani i stručan način.¹⁰

Kod investicionog fonda članovi - ulagači uplatom uloga po pravilu stiču posebnu hartiju od vrednosti – tzv. udeonički list ili akciju. Udeonički list u određenim slučajevima mogu povratiti na osnovu svog prava na otkup prema investicionom fondu.

Zatim se u nacionalnim pravima navedenog sistema investicioni fondovi uglavnom klasifikuju u tri osnovne grupe:

- *otvoreni investicioni fond (Open-end Investment Fund)*¹¹,
- *zatvoreni investicioni fond (Closed-end Investment Fund)*¹² i na

Kapitalanlage, u češkom pravu – fond kolektivního investování, u slovačkom pravu – kolektívne investovanie, u hrvatskom pravu – fond itd.

¹⁰ U nemačkom pravu kolektivnog investiranja pod investicionim fondom odnosno specijalnom imovinom podrazumeva se domaća udeonička imovina u ugovornom obliku, kojom upravlja društvo za ulaganje kapitala za račun udeoničara, na osnovu merila iz zakona i ugovornih odredbi, koje uređuju pravne odnose između ovog društva i udeoničara i kod koje udeoničari imaju pravo povraćaja udela. Vidi § 2 st. 2 Investmentgesetz vom 2003;

U članu 7. švajcarskog Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen vom 2006. između ostalog se određuje da kolektivno ulaganje kapitala je imovina koja se od strane ulagača koristi u svrhu zajedničkog ulaganja kapitala i sa kojom će se upravljati za njihov račun, pri čemu se potrebe ulaganja ulagača zadovoljavaju na ravnomeran način. Kolektivna ulaganja mogu biti otvorena ili zatvorena. Otvorena kolektivna ulaganja imaju formu ugovornog ulaganja ili formu društva za ulaganje sa varijabilnim kapitalom.

U češkom pravu kolektivno investiranje ima za predmet prikupljanje novčanih sredstava upisom akcija investicionog fonda ili izdavanjem udeoničkih listova udeoničkog fonda, investiranje po principu razlaganja rizika i drugo privredno iskorišćavanje ove imovine. Vidi § 2 st (1) tač.a) Zakona o kolektivnom investiranju iz 2004;

U § 2 st. 1 i st. 2 slovačkog Zakona o kolektivnom investiranju iz 2011. određuje se da „*kolektivno investiranje je poslovanje čiji predmet je prikupljanje novčanih sredstava od investitora u cilju investiranja u skladu sa utvrđenom investicionom politikom na osnovu principa razlaganja rizika u korist lica od kojih su novčana sredstva bila prikupljena. Kolektivno investiranje se može ostvarivati samo obrazovanjem udeoničkih fondova ili prikupljanjem novčanih sredstava posredstvom ponude hartija od vrednosti stranih subjekata kolektivnog investiranja*“.

¹¹ U nemačkom pravu - *offener Investmentfonds*, u švajcarskom pravu - *offene kollektive Kapitalanlage*, u češkom pravu - *podílový fond otevřený*, u slovačkom pravu - *otvorený podielový fond* itd.

¹² U nem. pravu - *geschlossener Investmentfonds*, u češ. pravu - *investiční fond*, koji izdaje akcije i podílový fond uzavřený, koji izdaje udeoničke listove bez obaveze otkupa, u slov. pravu – *uzavretý podielový fond* itd. U uporednom pravu pravna forma zatvorenog investicionog fonda može da ima razne varijante sa elementima pravnog subjektiviteta ili u formi ugovornog suvlasništva bez svojstva pravnog lica;

- *druge vrste fondova* (npr. *standardne fondove kolektivnog investiranja* - to su fondovi koji ispunjavaju uslove iz prava EU i *specijalne fondove kolektivnog investiranja* - fondovi koji ne ispunjavaju uslove iz prava EU) i dr.

Jedna od osnovnih razlika između otvorenog i zatvorenog investicionog fonda je u pravu člana da povрати svoj ulog od fonda, koje pravo ima kod otvorenog fonda, dok ga nema kod zatvorenog fonda. Zatim otvoreni fond stalno i u neograničenom obimu emituje udeoničke listove – posebne hartije od vrednosti, koje upisuju i uplaćuju individualni ulagači, dok zatvoreni fond emituje svoje hartije od vrednosti (udeoničke listove ili akcije) u ograničenom broju i osniva se, najčešće, na određeno vreme.¹³

U češkom pravu kolektivnog investiranja fondove kolektivnog investiranja čine:

- *investicioni fond* koji ima pravnu formu posebnog akcionarskog društva i predstavlja *zatvoreni investicioni fond*,

- *udeonički fond*, pod kojim se podrazumeva zajednička imovina udeoničara bez pravnog subjektiviteta prikupljena od strane upravljačkog društva na osnovu izdavanja udeoničkih listova kao prenosivih hartija od vrednosti i ulaganja ove imovine,

- *strani fond kolektivnog investiranja* pod određenim uslovima.¹⁴

U slovačkom pravu fondovi kolektivnog investiranja jesu samo *udeonički fondovi* koji nemaju svojstvo pravnog lica i *strani subjekti kolektivnog investiranja* pod određenim uslovima.¹⁵

U pravima ovih zemalja udeonički fondovi se dalje klasifikuju na *otvorene* i *zatvorene udeoničke fondove*. Kod otvorenog udeoničkog fonda udeoničar ima pravo da mu se na njegov zahtev isplate udeonički listovi iz imovine fonda, dok kod zatvorenog udeoničkog fonda ovo pravo nema.¹⁶

U federalnom pravu hartija od vrednosti SAD investiciona društva se kategorizuju u tri osnovna tipa: *uzajamni fondovi* (*mutual funds* u zakonu poznati kao *open-end companies* tj. otvorena društva), *zatvoreni fondovi* (*closed-end funds* u zakonu poznati kao *closed-end companies* tj. zatvorena društva) i *UITs* (u zakonu poznati kao *unit investment trusts*, tzv. jedinični investicioni trustovi). Svaki tip investi-

¹³ Npr. u slovačkom pravu najduže do 10 godina. Vidi § 16 st. 2 Zakona o kolektivnom investiranju iz 2011; Isto pravilo je sadržano u § 4 st. 5 češkog Zakona o kolektivnom investiranju iz 2004; u hrvatskom pravu zatvoreni investicijski fond s javnom ponudom može se osnovati na određeno ili neodređeno vreme. Vidi čl. 60. st. 2. Zakona o investicijskim fondovima iz 2005; u našem pravu investicioni fond (zatvoreni) se može osnovati na određeno ili neodređeno vreme - čl. 25. st. 9. ZOIF;

¹⁴ Vidi § 5 st. 1 slovačkog Zakona o kolektivnom investiranju iz 2011. Takođe vidi § 2 st. (1) tač. c, f, g i h, te § 4 - § 10 češkog Zakona o kolektivnom investiranju iz 2004;

¹⁵ § 2 st. 1 i st. 2 slovačkog Zakona o kolektivnom investiranju iz 2011;

¹⁶ Vidi § 9 st. 1. i § 16 st. 1 slovačkog Zakona o kolektivnom investiranju iz 2011; isto pravilo sadrži § 10 st. 2., te § 13 st. 1. češkog Zakona o kolektivnom investiranju iz 2004;

cionog društva ima svoja vlastita obeležja, brojne modalitete i prikuplja novčana sredstva izdavanjem posebnih isprava – tzv. jedinica (udela) koje ulagači mogu i prodati na tržištu (npr. kod *mutual funds*) ili akcija.

O pojmu otvorenog investicionog fonda u našoj i uporednopravnoj literaturi nalazimo skoro istovetna ili slična shvatanja.

Tako prema jednom shvatanju otvoreni investicioni fond, po pravilu, nema svojstvo pravnog lica, već je ugovorna tvorevina, koja se bavi isključivo investiranjem kapitala u prenosive hartije od vrednosti s tim da se za prikupljanje novčanih sredstava angažuje specijalizovano upravljačko društvo – menadžer fonda, koje obavlja stručne poslove ulaganja, dok se prikupljena sredstva poveravaju depozitaru (banci ili osiguravajućem društvu).¹⁷

Prema drugom shvatanju udeonički fond je celina bez pravnog subjektiviteta zasnovana na alikvotnom (udeoničkom) suvlasništvu sa pravnim režimom svojinskih odnosa različitim od građanskopravnih pravila i koju karakteriše računovodstvena autonomija, upravljanje od strane specijalizovanog pravnog lica koje je odvojeno od udeoničkog fonda i pojedinih njegovih udeoničara (njegovih članova).¹⁸

Postoji shvatanje da je tzv. udeonički fond (otvoren ili zatvoren) organizacioni sastavni deo investicionog društva u kome je skoncentrisana tuđa imovina (imovina udeoničara) kojom upravlja investiciono društvo.¹⁹

Zatim zastupa se i mišljenje prema kome otvoreni investicioni fond se sastoji od zajednice ulagača (udeoničara) i specijalne imovine (tzv. kolektivnougovorni model) kod koga upravu te imovine organizuje upravljačko društvo na osnovu postojećeg ugovora sa udeoničarima.²⁰

Prisutno je i shvatanje po kome pod pravo društava ne spadaju, osim ostalog, ni investicioni fondovi (otvoreni), jer ih sačinjava imovina bez članova, tako da predstavljaju imovinske zajednice, u kojima se određena imovina poverava drugome da se koristi njome u određenom cilju.²¹

2. U ZOIF se ne utvrđuje na potpuni i jasan način pojam investicione jedinice. U tom smislu treba ga formulisati na osnovu analize zakonskih pravila o pojedinim obeležjima jedinice i njenih sticalaca sadržanih u više njegovih članova.

U vezi sa tim evidentna je nepreciznost u čl. 2. st. 1 tač. 5) ZOIF u određivanju značenja pojma *investiciona jedinica*: pod njome se podrazumeva „*srazmerni obračunski udeo u ukupnoj neto imovini investicionog fonda*“.

¹⁷ Vasiljević, M., Kompanijsko pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2005, s. 395;

¹⁸ Černá, S. u okviru Pelikánová, I., Pliva, S., Příbyl, Z., Černá, S., Vít, J., Zahradníčková, M., Obchodní právo, I. díl, Codex, Praha, 1993, s. 276;

¹⁹ Dědič, J., Pauly, J., Cenné papíry, Prospektrum, Praha, 1994, s. 53;

²⁰ Uporedi Sachtleber, O.W., Zivilrechtliche Strukturen von open-end-Investmentfonds in Deutschland und England, 1. Auflage, Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co.KG, Göttingen, 2011, s. 21;

²¹ Barbić, J., Pravo društava, Knjiga prva, Opći dio, Organizator, Zagreb, 1999, s. 14 i s. 108;

Naime, u kategorijalnom sistemu u ZOIF se koristi i opšti pojam „*investicioni fond*“, pod kojim se podrazumeva otvoreni, zatvoreni i privatni investicioni fond²². Onda se može zaključiti da se investiciona jedinica kao instrument prikupljanja novčanih sredstava ne pojavljuje samo kod otvorenog investicionog fonda, već i kod zatvorenog i privatnog investicionog fonda.

Međutim u čl. 58. st. 2 ZOIF ipak se određuje da zatvoreni fond prikuplja novčana sredstva prodajom akcija putem javne ponude, dok se u čl. 74. st. 1. i st. 8. ZOIF određuje da se privatni investicioni fond osniva kao društvo sa ograničenom odgovornošću i da se na njega shodno primenjuju odredbe zakona kojim se uređuju privredna društva.

Ovu neusklađenost treba otkloniti, jer u uporednom pravu postoji pravilo da i zatvoreni kao i otvoreni investicioni fond može da prikuplja novčana sredstva izdavanjem tzv. udeoničkih listova, koji imaju svojstvo hartije od vrednosti (a ne putem izdavanja akcija), što je u terminološkoj ravni ekvivalent za naše investicione jedinice – ali ih ne može otkupljivati.²³

Dakle prvo značenje pojma investicione jedinice u smislu ZOIF treba da je da je ona „*srazmerni obračunski udeo u ukupnoj neto imovini otvorenog investicionog fonda*“.

Kada se ovom pojmu doda:

a) ciljna funkcija investicione jedinice - da se njenim izdavanjem i kupovinom prikupljaju novčana sredstva otvorenog investicionog fonda²⁴ i

b) da njen sticalac ima određena prava u skladu sa ZOIF²⁵, onda bi potpuni i precizni pojam investicione jedinice glasilo:

“Investiciona jedinica je srazmerni obračunski udeo u ukupnoj neto imovini otvorenog investicionog fonda, čijim izdavanjem se prikupljaju novčana sredstva ovog fonda i čiji sticalac ima pravo na srazmerni deo prihoda fonda, pravo na otkup investicione jedinice od strane fonda, pravo na srazmerni deo imovine fonda u slučaju njegovog raspuštanja i druga prava u skladu sa ZOIF.“

Osnovni prigovor ovako formulisanom pojmu investicione jedinice je da predstavlja zbir sastavljen od računovodstvenih („*srazmerni obračunski udeo u ukupnoj neto imovini*“), finansijskih (*instrument za prikupljanje novčanih sredstava*) i statusnopravnih elemenata (*imovinska prava sticaoca*). Istovremeno ne daje nedvosmisleni odgovor na pitanje šta je njena suština i pravna priroda.

²² Vidi poglavlje III 1. Zajedničke odredbe čl. 23. – čl. 41. ZOIF;

²³ U slovačkom, češkom, nemačkom pravu kolektivnog investiranja; Više *Kotásek, J., Pihera, V., Pokorná, J., Raban, P., Vítek, J.*, Kurs obchodního práva, Právo cenných papírů, 5. vydání, C. H. Beck, Praha, 2009, str. 336;

²⁴ Član 42. st. 1 ZOIF;

²⁵ Član 45. st. 2 ZOIF;

Naime, pored toga što je investiciona jedinica „*srazmerni obračunski udeo u ukupnoj neto imovini fonda*“ a što predstavlja prvenstveno računovodstvenu kategoriju – postavlja se pitanje da li je investiciona jedinica:

- zapravo udeo člana u imovini fonda, tako da se pod kategorijom „*srazmerni obračunski udeo*“ razume „*udeo*“ člana u imovini fonda kao kategorija statusno-pravnog karaktera (prvenstveno kategorija društva kapitala) ili

- dokaz o „srazmernom obračunskom udelu“ ili „udelu“ člana u imovini fonda i pravima njegovog imaoaca ili

- hartija od vrednosti?

Nesumnjivo, naš zakonodavac se prilikom određivanja pojma investicione jedinice samo delimično inspirisao njenom vizijom kao hartije od vrednosti sa pravom učešća.²⁶

U prilog ovoj tvrdnji navodimo naročito pravila ZOIF:

- o oglašavanju otvorenog investicionog fonda - prospektu, njegovoj sadržini i dr. (čl. 36–41. ZOIF);

- o pojmu člana otvorenog investicionog društva pod kojim se podrazumeva fizičko ili pravno lice na čije ime su registrovane investicione jedinice (čl. 2. st. 1. tač. 4) ZOIF²⁷;

- o imovinskim i drugim pravima sticaoaca investicione jedinice (čl. 45. st. 2 ZOIF);

- da investicione jedinice otvorenog fonda *daju* ista prava članovima fonda (čl. 45. st. 3 ZOIF);

- o ograničenoj cirkulaciji investicionih jedinica - prenos samo po osnovu nasleđivanja i ugovora o poklonu (čl. 45. st. 4 ZOIF);

- o vođenju registra investicionih jedinica od strane upravljačkog društva u koji se evidentira svaka kupovina i otkup investicionih jedinica (čl. 45. st. 5 ZOIF);

- o mogućnosti člana fonda da stekne više investicionih jedinica (čl. 46. st. 3 i st. 4 ZOIF);

- o izdavanju potvrde članu otvorenog investicionog fonda prilikom sticanja investicionih jedinica, pri čemu se jedinice članu ne izdaju i predaju u materijalnom obliku, već postoje u obliku zapisa u registru investicionih jedinica koji vodi upravljačko društvo i u koji evidentira svaku kupovinu i otkup investicionih jedinica (čl. 46. st. 4 i čl. 45. st. 5 ZOIF).

Ideji o približavanju investicione jedinice hartiji od vrednosti delimično se priklonila i naša Komisija za hartije od vrednosti. Naime u čl. 19-21. Pravilnika o

²⁶ Tzv. *udeonički list* se u slovačkom, češkom, nemačkom pravu svrstava među hartije od vrednosti sa pravom učešća i glasi na ime i donosioca;

²⁷ Zakonodavac pod registrovanim investicionim jedinicama podrazumeva jedinice koje su upisane u registar investicionih jedinica koji vodi upravljačko društvo.

investicionim fondovima iz 2009. uređuje se sticanje investicionih jedinica na osnovu njihovog upisa i uplate, što podseća na pravni osnov sticanja hartija od vrednosti u postupku primarne javne ponude. Međutim u objavljenom tekstu obrasca *Javnog poziva za upis i uplatu investicionih jedinica otvorenog investicionog fonda* na početku ovog teksta kao pravni osnov za sticanje investicionih jedinica najpre se navode pravne radnje „upis i uplata investicionih jedinica“ da bi se kasnije ove radnje povezale sa radnjama „podnošenja zahteva za kupovinu investicionih jedinica/upisnicu, odnosno potpisivanja ugovora o pristupanju/pristupnice fondu...“, što ukazuje da je pravni osnov za njihovo sticanje ugovor o prodaji sa elementima ugovora o pristupanju fondu.²⁸

Početno stanovište o približavanju investicione jedinice hartiji od vrednosti, zakonodavac nije imao hrabrosti da realizuje do kraja, o čemu svedoče:

- pravila ZOIF o nepotpunom pojmu investicione jedinice samo kao „srazmernom udelu u ukupnoj neto imovini investicionog fonda“;
- pravila ZOIF o prvom sticanju investicionih jedinica isključivo kupovinom u novcu i zabrani njihovog prenosa (prometa) izuzev po osnovu nasleđivanja i ugovora o poklonu (čl. 46. st. 1 ZOIF i čl. 45. st. 4 ZOIF);
- odsustvo izričitih odredbi o pravnoj prirodi investicione jedinice, njenim vrstama i obliku.

Sve to ukazuje, da je kod zakonodavca prisutna neodlučnost u pogledu opredeljenja između ideje o investicionoj jedinici kao hartiji od vrednosti i ideje o jedinici kao običnom zapisu u registru investicionih jedinica koji vodi upravljačko društvo. Kada se tome doda i izdavanje potvrde prilikom njenog sticanja (bez navođenja oblika potvrde) onda se naslućuje da je na sceni proces „depapirizacije“ investicione jedinice a što sve podseća na proces njene dematerijalizacije i na prisustvo decentralizovanog sistema njene evidencije (koliko otvorenih fondova - toliko i evidencija investicionih jedinica).²⁹

Ovo kolebanje zakonodavca pojačava se i „nespretnom“ povezanošću pravila iz čl. 2. st. 1 tač.1) podtač. 3) Zakona o tržištu kapitala iz 2011. u kome se najpre među finansijske instrumente svrstavaju i *jedinice institucija kolektivnog investiranja* - dakle i investicione jedinice otvorenih investicionih fondova, sa potonjim pravilom iz čl. 5. st. 5. istog zakona, o neprimeni ovog zakona na *investicione jedinice otvorenih investicionih fondova*, ako taj zakon ne odredi drukčije, čime se one izuzimaju iz kruga tzv. finansijskih instrumenata.

S obzirom da je investiciona jedinica srazmerni obračunski udeo u ukupnoj neto imovini otvorenog investicionog fonda i da član fonda može da ima više investicionih jedinica, onda će imati i više srazmernih obračunskih udela u neto imovini fonda.

²⁸ Vidi tač. 3-6. 3. Javnog poziva za upis i uplatu investicionih jedinica otvorenog investicionog fonda Komisije za hartije od vrednosti, obrazac [JP OIF](#), [www.sec.gov.rs](#) – prist. 27.08.2012;

²⁹ Više o sistemima evidencije hartija od vrednosti *Vitez, M.*, op. cit., s.116-119;

U uporednom pravu kolektivnog investiranja članu fonda - udeoničaru na osnovu uplate njegovog uloga u imovinu fonda izdaje se posebna hartija od vrednosti - udeonički list, u koji je utelovljeno pravo udeoničara na odgovarajući udeo³⁰ u imovini u udeoničkom fondu i druga prava iz zakona i statuta fonda.³¹

U tom smislu, čini se da investiciona jedinica u kontekstu ZOIF sa svojim svojstvima najviše podseća na dokazno sredstvo o udelu člana u imovini fonda ali i o njegovom članstvu u fondu s obzirom da je član otvorenog investicionog fonda fizičko ili pravno lice na čije ime su investicione jedinice upisane u registar investicionih jedinica. Pritom je nejasno da li je ovaj upis deklaratoran ili konstitutivan u pogledu sticanja članstva u ovom fondu kada se ima u vidu zakonsko pravilo da se sticanje investicionih jedinica može vršiti isključivo kupovinom u novcu.³²

Ovaj dualizam termina - „investiciona jedinica“ i „srazmerni udeo“ a u vezi sa istom kategorijom – udelom u imovini fonda, mogao se rešiti na dva načina: *prvi*, priznati investicionoj jedinici svojstvo hartije od vrednosti sa pravom učešća ili *drugi*, jasno priznati investicionoj jedinici svojstvo legitimacionog papira kao dokaza o udelu člana u imovini otvorenog investicionog fonda i njegovim pravima u odnosu na fond.

Zakonodavac se nije opredelio za prvi pristup tako da u našem pravu *investiciona jedinica* ima sledeća „negativna“ obeležja:

a) nije hartija od vrednosti:

- jer zakonodavac investicionoj jedinici nije utvrdio svojstvo hartije od vrednosti, niti propisao bitne sastojke njene sadržine, kao što je to pravilo kod hartija od vrednosti³³;

- jer zakonodavac nije investicionu jedinicu namenio cirkulaciji i prenosu (izuzetak je samo njen prenos po osnovu nasleđivanja i ugovora o poklonu);

b) nije potvrda koju upravljačko društvo ili posrednik izdaje sticaocu investicionih jedinica prilikom njihovog sticanja;

c) oblik investicione jedinice nije u zakonu utvrđen (nije propisano da li se izdaje u obliku isprave ili ima samo oblik zapisa);

³⁰ Naziva se „*udjel*“ u hrvatskom pravu, u kome pojam „*udjel*“ ima čak dvojako značenje: *prvo*, označava udeo člana u fondu, *drugo*, predstavlja „*vrijednosni papir*“ – uporedi čl. 87. i čl. 92. Zakona o investicijskim fondovima Republike Hrvatske iz 2005; takođe *der Anteil*“ u nemačkom pravu - § 33 Investmentgesetz vom 2003; „*podiel*“ u slovačkom pravu - § 8 st. (1) Zakona o kolektivnom investiranju iz 2011; „*podil*“ u češkom pravu - § 8. st. (1) Zakona o kolektivnom investiranju iz 2004;

³¹ Ova hartija od vrednosti se naziva „*der Anteilschein*“ (često i „*das Investmentzertifikat ili der Investmentanteilschein*“) u nemačkom pravu - § 33 Investmentgesetz (2003); zatim „*podielový list*“ u slovačkom pravu – § 8 Zakona o kolektivnom investiranju iz 2011; takođe „*podilový list*“ u češkom pravu - § 8 Zakona o kolektivnom investiranju iz 2004; ili samo „*udjel*“ u hrvatskom pravu – čl. 92. Zakona o investicijskim fondovima iz 2005, itd.;

³² Čl. 46. st. 1. ZOIF;

³³ Član 235. Zakona o obligacionim odnosima iz 1978, odnosno posebni zakoni;

Osnovna obeležja investicione jedinice su:

a) ona ima legitimacionu funkciju, jer je njen sticalac formalno ovlašćen da zahteva ispunjenje svojih prava prema fondu.

b) ona je dokaz da je sticalac stekao jedinicu kupovinom u novcu, da je član otvorenog investicionog fonda, da ima udeo u imovini fonda i da ima određena imovinska prava (na srazmerni deo prihoda, na otkup investicione jedinice, na srazmerni deo imovine fonda u slučaju raspuštanja) i druga prava u skladu sa ZOIF;

Međutim navedena prava sticaoca investicione jedinice nisu u nju inkorporisana, tako da po osnovu investicione jedinice on ih nije ni stekao, već ih ima po osnovu ugovora o prodaji i pristupanju fondu koji je zaključio sa upravljačkim društvom. Takođe, ta prava ne mogu se prenositi putem prenosa investicione jedinice, već izuzetno samo po osnovu nasleđivanja i ugovora o poklonu.

Dakle, možemo zaključiti da je u našem pravu investiciona jedinica:

a) po svojoj pravnoj prirodi atipičan legitimacioni papir u obliku zapisa tj. u uknjiženom obliku u evidenciji upravljačkog društva (kao npr. avionska karta, železnička karta i dr. kada se ne izdaju u pismenom obliku) koji je u procesu pretvaranja u hartiju od vrednosti;

b) ima funkciju dokaza da njen imalac:

- je kupio investicionu jedinicu,
- je član otvorenog investicionog fonda,
- ima u njegovoj imovini određeni udeo,
- ima određena imovinska i druga prava prema fondu u skladu sa ZOIF.

U uporednom pravu investicioni fondovi, u zavisnosti od vrste fonda i koncepcije njegovog pravnog položaja, putem izdavanja posebnih isprava najčešće u formi hartija od vrednosti – tzv. udeoničkih listova ili akcija prikupljaju novčana sredstva individualnih ulagača koja sačinjavaju posebnu imovinu u vidu udeoničkog fonda.

U tom smislu udeonički fond može da bude organizovan u obliku otvorenog udeoničkog fonda tj. otvorenog investicionog fonda ili u obliku zatvorenog udeoničkog fonda tj. zatvorenog investicionog fonda i njima upravlja posebno upravljačko društvo uz kontrolu i učešće depozitara (najčešće banke).

Međutim zatvoreni investicioni fond može da bude osnovan i u pravnoj formi otvorenog akcionarskog društva kada prikuplja novčana sredstva izdavanjem akcija. Njime takođe upravlja upravljačko društvo, ali i akcionari – članovi fonda imaju određena ograničena upravljačka prava.

Bez obzira da li je reč o otvorenom ili zatvorenom udeoničkom fondu, udeonički list je koncepcijski jedinstveno organizovan, ima svojstvo posebne hartije od vrednosti sa pravom učešća, predstavlja udeo svog imaoa u imovini otvorenog odnosno zatvorenog udeoničkog fonda.

Osnovna razlika je u tome, što imalac udeoničkog lista otvorenog fonda ima i pravo da zahteva od fonda da otkupi njegov udeonički list – dok ovo pravo nema prema zatvorenom udeoničkom fondu .

U uporednom pravu udeonički list (*der Anteilschein, unit certificate, investment unit, podielový list, udjel* itd.) kao hartiju od vrednosti karakterišu tri obeležja: *prvo*, on je udeo u imovini udeoničkog fonda; *drugo*, on je posebna vrsta hartije od vrednosti; *treće*, on daje posebna prava imaoocu (člansko pravo, pravo na odgovarajuću udeo u imovini fonda, pravo na učešće u prihodu fonda i druga prava u skladu sa zakonom i statutom fonda).

U načelu udeonički listovi jedne emisije udeoničkog fonda sa jednakim brojem udela daju jednaka prava udeoničarima.

U tom smislu udeonički list je sličan akciji. Ipak osnovna razlika je u tome, što udeoničar nema pravo da upravlja udeoničkim fondom, jer to pravo ima upravljačko društvo, dok akcionar ima pravo učešća u upravljanju akcionarskim društvom.

U uporednom pravu udeonički listovi udeoničkog fonda po pravilu jesu:

- a) *konstitutivne hartije od vrednosti*;
- b) *korporativne hartije od vrednosti* (hartije sa pravom učešća) odnosno spadaju među „*udeoničke hartije od vrednosti*“ jer reprezentuju učešće u imovini.³⁴
- c) *zamenjive hartije od vrednosti*, ukoliko se radi o udeoničkim listovima istog emitenta i istog udeoničkog fonda;
- d) *špekulativne hartije od vrednosti*, jer imaoциma donose varijabilni prinos i s kojima se najčešće trguje (špekuliše) na finansijskom tržištu;
- e) *privatnopravne hartije od vrednosti* jer ih izdaje subjekt privatnog (kompanijskog) prava;
- f) *hartije od vrednosti sposobne za laku cirkulaciju*, jer po pravilu glase na ime i donosioca;
- g) *hartije od vrednosti sa varijabilnim prinosom*, koji može da bude direktno izražen ako je reč o fondu prihoda ili indirektno izražen ako se radi o fondu rasta, kada se prihodi unose u njegovu imovinu i time uvećava njena vrednost, ali i vrednost udeoničkih listova;
- h) *hartije od vrednosti varijabilnog oblika*, jer mogu da budu izdati u obliku isprave (skripturnom, materijalnom obliku) ili u uknjiženom (dematerijalizovanom) obliku;³⁵
- i) *hartije od vrednosti čija je svrha prikupljanje kapitala*;
- j) *finansijski instrumenti*, jer se sticanje udeoničkih listova razume kao investicija, dakle ulaganje novčanih sredstava u svrhu ostvarivanja prinosa;³⁶

³⁴ Eliáš, K. a kol.: Kurs obchodního práva - Obchodní závazky. Cenné papíry, 1.vydání, C. H. Beck, Praha, 1996, s. 417;

³⁵ U slovačkom, češkom, nemačkom pravu dematerijalizovane hartije od vrednosti nazivaju se *uknjižene hartije od vrednosti*;

³⁶ Kotásek, J., Pihera, V., Pokorná, J., Raban, P., Vitek, J., op. cit., s. 334;

Obavezni elementi udeoničkog lista po pravilu jesu: naziv udeoničkog fonda; poslovno ime i sedište upravljačkog društva – izdavača udeoničkog lista; broj udela i njihova pojedinačna početna vrednost; oznaka emisije udeoničkog lista ako se u fondu izdaju udeonički listovi u više emisija; podatak o načinu određivanja imaoца udeoničkog lista; datum izdavanja udeoničkog lista; ukoliko se radi o uknjiženim udeoničkim listovima o kojima evidenciju vodi centralni depozitar - podatak o datumu izdavanja udeoničkog lista se zamenjuje sa datumom izdanja emisije udeoničkih listova; ime ili poslovno ime udeoničара; broj udeoničkog lista i potpisi barem dva člana uprave upravljačkog društva ako se radi o udeoničkom listu u obliku isprave.³⁷

S obzirom da izdavanje udeoničkih listova ima za cilj prikupljanje novčanih sredstava u imovinu udeoničkog fonda, prvo sticanje udeoničkih listova uvek će biti uz naknadu. Prenos udeoničkih listova zavisi od njihove forme tj. da li glase na ime, po naredbi ili na donosioca i od njihovog oblika tj. da li su u obliku isprave ili u uknjiženom obliku i sa njima se može trgovati na tržištu kapitala.

Zaključak

Da bi u našoj zemlji došlo do ekspanzije i afirmacije poslovanja investicionih fondova, posebno otvorenih fondova, najpre je nepohodno obezbediti brže ostvarivanje određenih preduslova za to kao što su ekonomska i politička stabilnost, pravna sigurnost, stimulatивna ekonomska politika i dr.

U tom smislu neophodno je doneti novo progresivno zakonodavstvo o kolektivnom investiranju u skladu sa najnovijim tendencijama u pravu kolektivnog investiranja EU, u koju nameravamo da se učlanimo, ali i u uporednom pravu. U okviru novog prava kolektivnog investiranja sa posebnom pažnjom urediti pravni položaj otvorenog investicionog fonda, koji je našim sitnim ulagačima najbliži, najprivlačniji a naročito posebno profilisati i detaljno urediti investicionu jedinicu kao hartiju od vrednosti, uvrstiti je među finansijske instrumente i uključiti na tržište kapitala, kako bi njeni imaoци multiplikovali prinose iz nje. Time bi se ujedno kreirali podsticajniji uslovi za snažniji razvoj kolektivnog investiranja, trgovine na tržištu kapitala i doprinelo stabilizaciji i harmonizaciji odnosa u našoj privredi.

³⁷ § 8 st. (7) slovačkog Zakona o kolektivnom investiranju iz 2011; isto pravilo je u češkom pravu;

Miroslav VITEZ, LL.D.
Professor, Faculty of Economics,
Subotica

GLOSS TO THE INVESTMENT UNIT OF OPEN-END INVESTMENT FUNDS

Summary

Firstly, the gloss turns to economic and social meaning of collective investment companies. It covers the legal sources in this field and provides with overview of collective investment subjects in our country. Then the general discussion on basic characteristics of open-end and closed-end investment funds from the perspective of our legislation follows, together with the terminology, classification of the collective investment companies from the perspective of comparative law and law theory. The rules of domestic Law on Investment Funds of 2006 and on Investment Units are being analyzed next. Certain imprecise issues with regards to term specification and basic characteristics of investment unit are being highlighted, especially the dilemma of lawmakers in terms of defining its legal nature – between the statuses of a security and atypical legitimizing paper. After analyzing the law we can conclude that lawmakers have chosen the status of investment unit as a noted legitimizing document. Moreover, the text provides a comparative-law overview of basic characteristics of the unit certificate (domestic equivalent of investment unit). Finally the comment concludes with highlighting the need and the importance of new progressive legislation in this field that would regulate the investment funds and their investment units more carefully, as specific types of securities.

Key words: *collective investment companies, closed-end investment fund, open-end investment fund, member's share of open-end investment fund's property, investment unit, unit certificate.*

УСАГЛАШАВАЊЕ НОРМАТИВНОГ ОКВИРА ПРАВА НА ЗДРАВУ ЖИВОТНУ СРЕДИНУ У ЕНЕРГЕТИЦИ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ СА ПРАВОМ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Мр Весна Б. Аћић*
Владимир Кременовић**

***Апстракт:** Развој енергетике уско је повезан са заштитом животне средине и чини једно од најважнијих питања будућности. Без сумње, енергетски сектор има велики утицај на животну средину, прије свега јер користи фосилна горива чије се негативно дјеловање испољава кроз емисије у ваздух, воду и земљиште, али и кроз изражене проблеме са отпадним материјама и утицај на екосистеме.*

Процес придруживања Европској унији подразумева бројна прилагођавања у земљама које претендују за чланство. Међутим, као основна претпоставка будуће сарадње најчешће се истиче усаглашавање националног права са правом Европске уније.

Енергетски сектор и заштита животне средине у Босни и Херцеговини су у надлежности ентитета, те је на ентитетима и обавеза усаглашавања законодавства у наведеним областима. У Републици Српској интензивно се ради на даљој хармонизацији националне легислативе са легислативом Европске уније.

***Кључне ријечи:** животна средина, енергија, национално законодавство, право Европске уније, усаглашавање.*

1. Увод

Нека од најважнијих питања будућности су питања енергије и енергетске ефикасности, која морају бити у чврстој вези са заштитом животне средине и у складу са међународним нормама и стандардима, те комунитарним правом.

Енергија је неопходан предуслов индустријског развоја у савременом друштву. Међутим, у области енергетике постоји изражен негативан утицај на животну средину, а заштита животне средине је једна од најзначајнијих области којима се бави Европска унија. Правна регулатива ЕУ у области енергетике

и заштите животне средине има значај и за европске државе које нису чланице Европске уније, посебно за такозване земље у транзицији, у које спада и Босна и Херцеговина. Као саставни дио предприступне стратегије, документ под називом Припреме придружених земаља централне и источне Европе за интеграцију у унутрашње тржиште Уније¹, истиче да је питање очувања животне средине од посебног значаја у стварању ширег европског тржишта између ЕУ и придружених земаља чланица централне и источне Европе.

Један од предуслова за успјешну сарадњу са Унијом на подручју заштите животне средине је прилагођавање политици и правној регулативи ове организације и њених чланица, тзв. хармонизација законодавства. „У питању је потпуно пасивна и унилатерална хармонизација јер Босна и Херцеговина не може ни на који начин да утиче на законодавство које преузима у свој правни поредак и за чије су доношење надлежне комунитарне институције. Босна и Херцеговина и сви нивои власти у земљи дужни су да, користећи све своје институционалне и административне капацитете, законе, друге прописе и опште акте које доносе у складу са комунитарним правом које са својим принципима, институтима и вриједностима које утемељује и штити постаје императивни модел према коме се обликују правни односи и правне норме у придруженој држави.“²

2. Легислатива Европске уније везано за енергију и животну средину

Одавно је постало очигледно да је животна средина све више угрожена активностима човјека и управо због тога је питању ефикасне заштите животне средине посвећено неколико конференција УН: 1972. у Штокхолму, 1992. у Рио де Жанеиру, 2002. у Јоханесбургу, док су у Европи одржане европске еколошке конференције 1991, 1992, 1995. и 1998. године. Интернационални оквир права на здраву животну средину чине акти Организације уједињених нација: декларације, конвенције, њихови протоколи и амандмани, као и конвенције, директиве, уговори и одлуке Европске уније. Међутим, највећи дио правила о заштити животне средине садржан је у инструментима који представљају такозвано *Soft Law*³ и којима се оспорава својство формалног извора међународног права.

Комунитарно право⁴ је право Европске уније које чине прописи донесени од стране органа европске заједнице. Ту су и прописи које су донијеле

¹ Популарно: Бијела књига из 1994.

² Д. Глодић, „Законодавство у Босни и Херцеговини и хармонизацијска клаузула из Споразума о стабилизацији и придруживању“, *Правна ријеч* бр. 14/2008, стр. 583.

³ Меко право

⁴ *Acquis communautaire*

државе чланице у циљу њиховог провођења, као и комунитарна начела и одлуке Међународног суда правде. Политика заштите животне средине и правна регулатива ЕУ је веома развијена у овој области, а ослања се на искуства међународне заједнице у ширем смислу. Институције које су надлежне за креирање и провођење политике и права животне средине су: Европски парламент, затим Савјет Европске уније, чија је главна функција усвајање легислативних аката, и Европска комисија, чији је основни задатак да предлаже легислативне акте, те да се стара о њиховом провођењу.

Са великом свјетском кризом седамдесетих година прошлог вијека, започео је и развој законодавства ЕУ на пољу заштите и унапређења животне средине. Почев од 1973. године доносе се акциони програми у области заштите животне средине (до сада је усвојено шест акционих програма) и донесено је преко три стотине различитих докумената од значаја за област животне средине. Политика животне средине је изричито уграђена у статутарна акта ЕУ тек Јединственим европским актом⁵, да би њен оквир био даље проширен Уговором о Европској унији⁶ и Амстердамским уговором⁷.

Почетком деведесетих година прошлог вијека законодавство ЕУ је усмјерено на остваривање права грађана на здраву животну средину, на учешће јавности у поступку доношења одлука чије би провођење могло да утиче на здраву животну средину, као и на обезбјеђивање јавности информација о стању животне средине и остваривању права на правну заштиту у области заштите животне средине. Посебан сегмент представља примјена и подстицање примјене различитих финансијских инструмената у области животне средине. Европска повеља о животној средини и здрављу из 1989. године наглашава гарантовање права грађана на здраву животну средину. Заштита животне средине подразумијева не само заштиту живота и здравља људи, већ и очување равнотеже и еколошке стабилности природе уз рационално коришћење природних ресурса, као и очување биљне вегетације, животињског свијета, те културних добара које је створио човјек. Потврђујући обавезе заштите животне средине, Уговор о Европској унији наглашава да у главне циљеве Уније спада, поред осталог, и унапређење одрживог развоја⁸, односно уравнотеженог одрживог економског и социјалног напретка.

Легислативна дјелатност Европске уније на подручју заштите животне средине одвија се у девет области: а) ваздух, б) вода, в) отпад, г) хемикалије, д) ризици индустријске производње, њ) биотехнологија, е) природа, ж) бука и з) општа питања, при чему у свакој од њих постоји мноштво законодавних аката. Поменут је значај Бијеле књиге у којој су назначене фазе кроз које треба да

⁵ Јединствени европски акт, потписан 1986, ступио на снагу 1.7.1987.

⁶ Уговор из Мастрихта, потписан 7.2.1992, ступио на снагу 1.11.1993.

⁷ Амстердамски уговор, потписан 2.10.1997, ступио на снагу 1.5.1999.

⁸ Умјесто израза одрживи развој, примјеренији би био израз усклађен развој или уравнотежен развој

прођу земље у транзицији да би се прилагодиле еколошком законодавству ЕУ у припреми за интеграцију у унутрашње тржиште Уније. У Бијелој књизи се истиче да је питање очувања животне средине од посебног значаја у стварању ширег европског тржишта између Уније и придружених земаља чланица централне и источне Европе. Поред тога, значајне су и Зелена књига о сигурности снабдјевања енергијом⁹ и Зелена књига о енергетској ефикасности или како учинити више са мање¹⁰. Без сумње, један од предуслова за успјешну сарадњу са Унијом је прилагођавање политици и правној регулативи ове организације и њених чланица.

Заштита животне средине је свакако једна од најзначајнијих области којима се бави Европска унија. Сви постојећи извори права у ЕУ највећим дијелом се односе на ограничавања загађења путем увођења минималних стандарда за загађивање ваздуха, загађивање вода и управљање отпадом. Ипак, посебан значај имају питања везана за квалитет ваздуха, гдје постоји веома развијена легислатива која се односи на разне полутанте¹¹ у ваздуху. У првом реду, ту је Директива 96/61/EZ о cjеловитом спречавању и надзору загађења животне средине¹² која се односи на све компоненте животне средине. Затим Директива 2008/50/EZ о квалитету спољњег ваздуха и чистијем ваздуху за Европу, која је као јединствена директива замјенила пет директива: Оквирну директиву 96/62/EZ о процјени и управљању квалитетом спољњег ваздуха и четири директиве кћерке које су постављале бројчане граничне вриједности или циљане вриједности за загађујуће материје. Прва, Директива 1999/30/ЕС је дефинисала граничне вриједности сумпордиоксида, азотдиоксида и азотних оксида, лебдећих честица и олова у спољашњем ваздуху, а допуна овој Директиви је Одлука 2001/744/EZ. Друга, Директива 2000/69/EZ је говорила о граничним вриједностима за бензен и угљен моноксид у околном ваздуху. Трећа Директива 2002/3/ЕС била је везана за озон у спољном ваздуху, док се четврта, Директива 2004/107/ЕС односила на арсен, кадијум, живу, никл и полицикличке ароматске угљоводонике у околном ваздуху. Ту су још и Директива 85/2003/ЕЕС која дефинише стандарде квалитета ваздуха за азотдиоксид, Одлука 97/101/ЕС која успоставља реципрочну размјену информација и података са мрежа и индивидуалних станица које мјере загађења амбијенталног ваздуха у оквиру земаља ЕУ (Еол Одлука), и Одлука 2004/461/ЕС која даје упитнике за годишње извјештавање у вези процјене квалитета амбијенталног ваздуха у оквиру Директива 96/62/ЕС и 1999/30/ЕС, као и у оквиру Директива 2000/69/ЕС и 2002/3/ЕС. Осим тога, значајне су и Директива 2001/80/EZ о ограничењу емисија одређених загађујућих материја у ваздух из великих постројења за са-

⁹ Зелена књига о сигурности снабдјевања енергијом из 2000.

¹⁰ Зелена књига о енергетској ефикасности или како учинити више са мање из 2005.

¹¹ Загађујуће материје

¹² *Directive IPPC, Integrated Pollution Prevention and Control*

горјевање¹³ и Директива 2001/81/EZ о националним горњим границама емисије за поједине загађујуће материје¹⁴.

Ступањем на снагу Протокола из Кјота као посебно значајне истичу се и Директива 2003/87/EZ о трговању емисијама¹⁵, која успоставља систем трговања дозволама за емитовање гасова са ефектом стаклене баште унутар ЕУ и којом се допуњава Директива 96/61/ЕС (IPPC директива), као и Одлука 280/2004/EZ која успоставља механизам праћења свих антропогених емисија гасова са ефектом стаклене баште које нису под контролом Монреалског протокола, праћења напретка на овом подручју у сврху задовољења обавеза везаних за климатске промјене, примјену Оквирне конвенције о промјени климе и Кјотског протокола. Осим наведеног, значајна је и Директива 2004/101/EZ (Линкинг директива) о повезивању система трговања емисијама с флексибилним механизмима Кјото протокола, којом се мијења и допуњује Директива 2003/87/EZ.

Уговор о успостави Енергетске заједнице Европске уније и земаља југоисточне Европе и формирању тржишта електричне енергије југоисточне Европе¹⁶ обавезао је државе потписнице на усвајање и примјену правне регулативе ЕУ из подручја енергије, животне средине, конкуренције и обновљивих извора енергије.

За енергију су посебно значајне: Директива 2003/54/ЕС о заједничким правилима унутрашњег тржишта електричне енергије, Директива 2003/55/ЕС о заједничким правилима унутрашњег тржишта природног гаса, Директива 2005/89/ЕС о мјерама за безбједност снабдијевања електричном енергијом и улагање у инфраструктуру, Директива 2004/67/ЕС о мјерама за безбједност снабдијевања природним гасом, Пропис 1228/2003/ЕС о условима приступа мрежи за прекограничну трговину електричне енергије и Анекс 1228/2003/ЕС, Пропис 1775/2005/ЕС о условима приступа мрежи преноса природног гаса. Затим Директива 2009/72/ЕС о општим правилима унутрашњег тржишта електричном енергијом, којом се укида Директива 2003/54/ЕС, Уредба 713/2009 о оснивању Агенције за сарадњу енергетских регулатора, Уредба 714/2009 о условима за приступ мрежи за прекограничне размјене електричне енергије и укидању Уредбе 1228/2003, Одлука 2006/770 о смјерницама за управљање и расподјелу расположивог преносног капацитета између националних интерконекција, Директива 2005/89/ЕС о мјерама за очување сигурности снабдијевања електричном енергијом и улагања у инфраструктуру.

¹³ Directive LCP, Large Combustion Plants

¹⁴ Directive NEC, National Emission Ceilings

¹⁵ Directive EU-ETS, European Union- Emission Trading Scheme

¹⁶ Уговор о енергетској заједници југоисточне Европе, ЕЗЈИЕ, Европска унија је закључила са Србијом, Црном Гором, Босном и Херцеговином, Македонијом, Хрватском, Бугарском, Румунијом, Албанијом и УНМИК-ом (представници Уједињених нација за Косово). Уговор је закључен 25.10.2005., а ступио је на снагу 1.7.2006.

Када је ријеч о животној средини значајне су: Директива 85/337/ЕЕС о оцјени утицаја јавних и приватних пројеката на животну средину, са аманданима (Директива 97/11/ЕС) и Директивом 2003/35/ЕС, затим Директива 2005/33/ЕС којом се допуњава Директива 1992/32/ЕС у вези са смањењем садржаја сумпора у неким течним горивима, као и Директива 2001/80/ЕС о ограничењу емисије загађивача ваздуха из великих термоелектрана ($\geq 50\text{MW}$).

Везано за конкуренцију, у складу са Уговором о успостави Енергетске заједнице нису дозвољене слиједеће активности: 1) Спријечавање, ограничавање или нарушавање конкуренције и тржишног надметања унутар заједничког тржишта¹⁷, 2) Злоупотреба доминантног положаја једног или више предузећа на заједничком тржишту¹⁸ и 3) Пружање државног подстицаја или јавне помоћи која нарушава или пријети поремећајем конкуренције и тржишног надметања на заједничком тржишту¹⁹, нарочито, према јавним предузећима којима су дата посебна, ексклузивна права, поштоваће се одредбе Уговора о успостави Енергетске заједнице, а „на развој трговине не смије се утицати у мјери која би била супротна интересима заједнице.“²⁰

За промоцију примјене обновљивих извора енергије значајне су: Директива 2001/77/ЕС о промоцији електричне енергије произведене кориштењем обновљивих извора на унутрашњем тржишту и Директива 2003/30/ЕС о промоцији кориштења био-горива или других обновљивих горива у транспорту.

3. Национална легислатва у области заштите животне средине у енергетици

Генерални оквир мировног споразума за Босну и Херцеговину²¹ у Анексу 4²² утврђује надлежност ентитета у области енергије и пословима заштите животне средине. У члану III Надлежности и односи између институција БиХ и Ентитета, у тачки 1. утврђене су и таксативно набројане надлежности БиХ, док је у тачки 3. прописано да „све владине функције и овлашћења, која нису овим Уставом изричито дата институцијама БиХ, припадају ентитетима“.²³ Дакле, ентитетска министарства су надлежна за питања заштите животне средине, а у оквиру ентитета послови заштите животне средине обављају се на нивоу

¹⁷ ЕЗЈИЕ, Додатак III, чл. 81. Уговора о оснивању ЕЗ

¹⁸ ЕЗЈИЕ, Додатак III, чл. 82. Уговора о оснивању ЕЗ

¹⁹ ЕЗЈИЕ, Додатак III, чл. 87. Уговора о оснивању ЕЗ

²⁰ ЕЗЈИЕ, Додатак III, чл. 86. Уговора о оснивању ЕЗ

²¹ Генерални оквир мировног споразума за Босну и Херцеговину, Дејтонски мировни споразум, ДМС, утврђен у Дејтону 21.11.1995, потписан у Паризу 14.12.1995.

²² ДМС, Анекс 4 носи назив Устав Босне и Херцеговине

²³ ДМС, Анекс 4, чл. III, тач. 3.

општина у Републици Српској, те на нивоу кантона и општина у Федерацији БиХ. На нивоу БиХ обавља се дио послова путем Одјела за заштиту животне средине Министарства спољне трговине и економских односа (ово министарство је задужено за усклађивање ентитетских планова и програма, међународну сарадњу у области животне средине и реализацију обавеза из међународних уговора и конвенција). Формирано је Међуентитетско тијело за животну средину на нивоу БиХ, које се бави свим питањима заштите животне средине која захтјевају сарадњу и усаглашен приступ ентитета.

Анекс 4 Дејтонског мировног споразума утврђује БиХ као сложену државу састављену из два ентитета са елементима федералних јединица, који имају своје уставе. Устав Републике Српске и Устав Федерације БиХ предвиђају широку лепезу људских права, која се даље уређују законима.

Право на здраву животну средину у Републици Српској је уставна категорија, па је и заштита животне средине уставна категорија којом се штите права грађана на здраву и еколошки прихватљиву животну средину. Устав Републике Српске²⁴ садржи експлицитне одредбе о заштити животне средине. Чланом 35. је осигурано ово право: „Човјек има право на здраву животну средину. Свако је, у складу са законом, дужан да у оквиру својих могућности штити и унапријеђује животну средину“. Исто тако, у члану 64. став 1. алинеја 1. Устав прописује да „Република штити и подстиче: рационално коришћење природних богатстава у циљу заштите и побољшања квалитета живота и заштите и обнове средине у општем интересу.“ „Република уређује и обезбјеђује заштиту животне средине“, регулисано је чланом 68. став 1. тачка 13) Устава.

За развој одговарајућег законодавног и институционалног оквира неопходне претпоставке су стратешки планови и програми. Донесени су важни стратешки документи на нивоу БиХ: Међуентитетски национални акциони план заштите животне средине (НЕАП), усвојен 2003. године, Средњорочна развојна стратегија БиХ за период 2004-2007., Миленијумски развојни циљеви за БиХ за период 2003-2015., урађена је и Студија енергетског сектора у БиХ, те Први национални извјештај о промјени климе у БиХ. У Републици Српској израђени су: Стратегија заштите природе и Стратегија заштите ваздуха, са акционим плановима, као дијелови Стратешког плана заштите животне средине, а поред тога и Стратегија развоја енергетике до 2030. године. На нивоу општина и градова Законом о заштити животне средине предвиђени су Локални акциони планови за животну средину (ЛЕАП). Енергетска политика и планирање развоја енергетике Републике Српске проводи се Стратегијом развоја енергетике. Енергетском политиком утврђују се приоритети и смјернице развоја у енергетском сектору Републике Српске, ради остваривања дугорочних циљева, којима се, између осталог, обезбјеђује „унапређивање заштите животне сре-

²⁴ Устав Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске* бр. 3/92, 6/92, 8/92, 15/92, 19/92, 19/92 и 21/92 – Пречишћени текст и Амандмани – 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/05 и 48/11.

дине и очување еколошке равнотеже при производњи, преносу и потрошњи енергије и енергената²⁵.

Легислативни оквир за подручје заштите животне средине у Републици Српској постављен је августа 2002. године када је усвојен сет закона о животној средини (слични закони донесени су нешто касније и у другом ентитету). Сви закони из области заштите животне средине усклађени су са конвенцијама, директивама и протоколима ЕУ, а усаглашавање је настављено и током наредних година, доношењем новог Закона о водама, умјесто Закона о заштити вода, новог Закона о заштити ваздуха и Закона о Фонду и финансирању заштите животне средине, као и измјенама и допунама Закона о заштити животне средине, Закона о заштити природе, Закона о управљању отпадом, као и доношењем одговарајућих подзаконских аката. Кровни закони у области заштите животне средине у Републици Српској су: 1) Закон о заштити животне средине²⁶, 2) Закон о заштити природе²⁷, 3) Закон о заштити ваздуха²⁸, 4) Закон о водама²⁹, 5) Закон о управљању отпадом³⁰ и 6) Закон о Фонду и финансирању заштите животне средине³¹.

Ступањем на снагу Закона о заштити животне средине гарантује се право на здраву животну средину. Поменути закон у члану 3. утврђује право човјека на живот у животној средини која је подобна за здравље и благостање. Одредба Закона јасно формулише да је човјек титулар овог права. Појам животне средине подразумијева компоненте животне средине, одређене системе, процесе и структуре животне средине. Компоненте животне средине су: земљиште, ваздух, вода, биосфера, као и изграђена (вјештачка) животна средина која је настала као резултат дјелатности људског фактора, који је уз то и саставни дио животне средине. Закон о заштити животне средине експлицитно утврђује одрживи развој, поред права на здраву животну средину.

Основна начела заштите животне средине дефинисана Законом о заштити животне средине су: 1) Начело предострожности и превенције, 2) Начело интеграције, 3) Начело сарадње и подјеле одговорности, 4) Учешће јавности и приступ информацијама, а као посебно значајни се истичу: 5) Начело одрживог развоја, 6) Начело замјене и 7) Начело „загађивач плаћа“. Начело одрживог

²⁵ Закон о енергетици, ЗЕ, *Службени гласник Републике Српске* бр. 49/09, чл. 4.

²⁶ Закон о заштити животне средине, ЗЗЖС, *Службени гласник Републике Српске* бр. 28/07 – Пречишћени текст, 41/08 и 29/10.

²⁷ Закон о заштити природе, *Службени гласник Републике Српске* бр. 113/08 – Пречишћен текст.

²⁸ Закон о заштити ваздуха, *Службени гласник Републике Српске* бр. 124/11.

²⁹ Закон о водама, *Службени гласник Републике Српске* бр. 50/06 и 92/09.

³⁰ Закон о управљању отпадом, *Службени гласник Републике Српске* бр. 53/02 и 65/08.

³¹ Закон о Фонду и финансирању заштите животне средине Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске* бр. 117/11.

развоја³² налаже да се коришћење природних ресурса и експлоатација простора може вршити само до степена на коме се биолошка разноврсност и исправно функционисање основних природних система може одржати. Начело замјене³³ подразумијева да сваку дјелатност која би могла имати штетне посљедице по животну средину треба замјенити другом дјелатношћу која представља знатно мањи ризик од опасности, чак и у случају да су трошкови такве дјелатности већи од вриједности које треба заштитити, јер ће се на тај начин загађивање животне средине ограничитн на извору загађења. Начело „загађивач плаћа“³⁴, обавезује кориснике и загађиваче да плате трошкове контроле и превенције од загађења, порезе, таксе и друго за коришћење и трошење природних ресурса.

Закон о заштити животне средине питању грађанске одговорности за штету нанесену животној средини посвећује Главу XV. Поред тога, сви закони из области заштите животне средине прописују прекршаје и казне, а Кривични закон Републике Српске у посебној глави XXXIII, под називом Кривична дјела против животне средине, утврдио је двадесет три кривична дјела и прописао казне за починиоце.

Поред Закона о енергетици и поменутих закона у области заштите животне средине, у енергетици су значајни и: Закон о електричној енергији³⁵, Закон о рударству³⁶, Закон о нафти и дериватима нафте³⁷, Закон о гасу³⁸, Закон о уређењу простора и грађењу³⁹, Закон о концесијама⁴⁰, те Закон о слободи приступа информацијама Републике Српске⁴¹. Закон о енергетици утврђује обавезу коришћења обновљивих извора енергије - снаге вјетра, снаге сунца, геотермалних извора, биомасе и увођење нових чистих технологија.⁴²

Донесена је и већина прописа, односно подзаконских аката предвиђених свим наведеним законима, а који су веома важни за правилно и досљедно провођење закона (правилници, уредбе, упуства, одлуке). Нарочито је важно континуирано праћење утицаја на животну средину⁴³, односно стања животне средине, ради анализе и израде мјера за смањење емисија, као и успостављање

³² ЗЗЖС, чл. 5.

³³ ЗЗЖС, чл. 7.

³⁴ ЗЗЖС, чл. 11.

³⁵ Закон о електричној енергији, *Службени гласник Републике Српске* бр. 8/08 – Пречишћени текст, 34/09, 92/09 и 1/11.

³⁶ Закон о рударству, *Службени гласник Републике Српске* бр. 107/05 – Пречишћен текст

³⁷ Закон о нафти и дериватима нафте, *Службени гласник Републике Српске* бр.36/09.

³⁸ Закон о гасу, *Службени гласник Републике Српске* бр. 86/07.

³⁹ Закон о уређењу простора и грађењу, *Службени гласник Републике Српске* бр. 55/10.

⁴⁰ Закон о концесијама, *Службени гласник Републике Српске* бр. 25/02, 91/06 и 92/09.

⁴¹ Закон о слободи присутпа информацијама, *Службени гласник Републике Српске* бр. 20/01.

⁴² ЗЕ, чл. 27.

⁴³ Мониторинг

система инвентаризације, регистра и катастра загађујућих материја и загађивача. Тако су донесени нпр: Уредба о пројектима за које се проводи процјена утицаја на животну средину и критеријума за одлучивање о обавези провођења и обиму процјене утицаја на животну средину⁴⁴, Уредба о постројењима која могу бити изграђена и пуштена у рад само уколико имају еколошку дозволу⁴⁵, Уредба о граничним вриједностима емисије загађујућих материја у ваздуху, Правилник о условима за подношење захтјева за издавање еколошке дозволе за погоне и постројења који имају издате дозволе прије ступања на снагу Закона о заштити животне средине. Затим Правилник о методологији и начину вођења регистра постројења и загађивача, Правилник о мониторингу емисија загађујућих материја у ваздуху, Правилник о мониторингу квалитета ваздуха, Правилник о граничним вриједностима емисије у ваздуху из постројења за сa-горијевање, Правилник о граничним вриједностима квалитета ваздуха, Правилник о ограничењу емисије у ваздуху из постројења за спаљивање биомасе, Правилник за рад постројења за спаљивање отпада, Упутство о садржају Студије утицаја на животну средину. И најновије Уредба о производњи и потрошњи енергије из обновљивих извора и когенерације⁴⁶ и Прилози уз Уредбу о производњи и потрошњи енергије из обновљивих извора и когенерације⁴⁷.

4. Однос унутрашњег права и међународних уговора

Данас се проблем заштите животне средине препознаје као глобални проблем, који се нормативно регулише на нивоу Организације уједињених нација и на нивоу Европске уније, а ти међународни нормативи и стандарди се уграђују и примјењују на нивоу националног законодавства. Значајан је актуелни концепт усклађеног - одрживог развоја, којем је примарни циљ осигурање квалитета заштите животне средине и омогућавање даљег тока индустријског развоја уз оптималне мјере заштите животне средине. На путу према одрживом развоју потребно је радити на јачању система заштите животне средине, уз даље прилагођавање високим међународним стандардима, са неопходним законодавним, организационим и административним промјенама.

БиХ је приступила или извршила ратификацију бројних међународних уговора, чиме су створени предуслови за њихову примјену и уградњу у позитивно законодавство. На тај начин се врши тзв. хармонизација законодавст-

⁴⁴ Уредба о пројектима за које се проводи процјена утицаја на животну средину и критеријума за одлучивање о обавези провођења и обиму процјене утицаја на животну средину, *Службени гласник Републике Српске* бр. 7/06.

⁴⁵ Уредба о постројењима која могу бити изграђена и пуштена у рад само уколико имају еколошку дозволу, *Службени гласник Републике Српске* бр. 7/06.

⁴⁶ Уредба о производњи и потрошњи енергије из обновљивих извора и когенерације, *Службени гласник Републике Српске* бр. 28/11.

⁴⁷ Прилози уз Уредбу о производњи и потрошњи енергије из обновљивих извора и когенерације, *Службени гласник Републике Српске* бр. 39/11.

ва. Ратификоване од стране БиХ, између осталих, су: Женевска конвенција о прекограничном загађивању ваздуха на великим удаљеностима, Протокол уз Конвенцију о прекограничном загађивању ваздуха на великим удаљеностима, о дугорочном финансирању Програма сарадње за праћење и процјену прекограничног преноса загађујућих материја у ваздуху на велике даљине у Европи, Бечка конвенција о заштити озонског омотача, Монреалски протокол о супстанцама које оштећују озонски омотач, Базелска конвенција о надзору прекограничног промета опасног отпада и његовом одлагању, Конвенција УН о биолошкој разноликости, Оквирна конвенција УН о климатским промјенама, као и Кјото протокол уз Оквирну конвенцију УН о климатским промјенама.

Уговор о успостави Енергетске заједнице између Европске уније и земаља југоисточне Европе, поред регулативе из области енергетике, обновљивих извора енергије и тржишног надметања, обавезује БиХ и на примјену правне регулативе ЕУ из подручја заштите животне средине. Тако је Анексом II предвиђена примјена аката из области заштите животне средине, а то су Директива 85/337/EZ о оцјени ефеката одређених јавних и приватних пројеката на животну средину (EIA Директива), као и њене допунске директиве, Директива 97/11/EZ и Директива 2003/35/EZ, која се односи на информисање и учешће јавности у доношењу одлука, затим Директива 1999/32/EZ о смањењу садржаја сумпора у одређеним течним горивима и допунска Директива 93/12/EEZ, као и LCP Директива 2001/80/EZ о ограничењу емисије одређених загађивача у ваздух из великих погона за сагоријевање, са роком примјене до 31.12.2017. године. Приступањем Енергетској заједници развија се сарадња у енергетском сектору. Директива 2009/72/EC о заједничким правилима о унутрашњем тржишту електричне енергије ставља ван снаге Директиву 2003/54/EC, а Директива 2009/73/EC о заједничким правилима о унутрашњем тржишту природног гаса ставља ван снаге Директиву 2003/55/EC. Ове двије директиве заједно са Уредбом 714/2009/EC за електричну енергију, Уредбом 715/2009/EC за природни гас и Уредбом 713/2009/EC о сарадњи националних енергетских регулатора, као и Директива 2009/28/EC о промоцији коришћења енергије из обновљивих извора, значајне су у наредном периоду усклађивања националног законодавства са законодавством Европске уније.

БиХ је ратификовала Оквирну конвенцију УН о климатским промјенама⁴⁸ и Кјото протокол⁴⁹, али није чланица Прилога I Конвенције о климатским промјенама, нити Прилога Б Кјото протокола, те нема обавезу смањења емисије гасова са ефектом стаклене баште у првом обавезујућем периоду од 2008. до 2012. године. Послије 2012. године, у другом обавезујућем периоду од 2013. до 2020. године, према Кјото протоколу, земље у развоју, па и БиХ, имаће нове обавезе. Поред тога, Конвенција о прекограничном загађењу ваздуха на велике

⁴⁸ БиХ је ратификовала Оквирну конвенцију УН о климатским промјенама 20.7.2000. која је ступила на снагу 17.9.2000.

⁴⁹ БиХ је ратификовала Протокол из Кјота 16.4.2007. који је ступио на снагу 15.7.2007.

удаљености има 8 протокола којима се постављају циљеви за смањење емисија појединих загађујућих материја и очекује се да ће БиХ у процесу придруживања Европској унији приступити већини. Исто тако, Монреалски протокол о материјама које оштећују озонски омотач има 4 измјене и допуне које надлежни органи БиХ требају прихватити.

Актуелни задатак БиХ је да проведе одредбе закљученог Споразума о стабилизацији и придруживању⁵⁰ и да настави активности на испуњавању критерија за пуноправно чланство у ЕУ. Радећи на провођењу Споразума и у Републици Српској се проводе активности у циљу прилагођавања домаће легислативе са легислативом ЕУ. Споразум о стабилизацији и придруживању састоји се од 10 глава: 1) Општи принципи, 2) Политички дијалог, 3) Регионална сарадња, 4) Слободно кретање робе, 5) Кретање радника, пословно настањивање, пружање услуга, кретање капитала, 6) Усклађивање права, провођење права и правила конкуренције, 7) Правда, слобода и сигурност, 8) Политике сарадње, 9) Финансијска сарадња и 10) Институционалне, опште и завршне одредбе. Споразум дефинише односе БиХ са ЕУ у наредном периоду, нарочито у погледу измјена и допуна постојеће легислативе или доношења нових закона, правилника или уредби из области заштите животне средине у вези свих важнијих директива и одлука ЕУ које се односе на заштиту животне средине, а посебно везано за енергију и енергетску ефикасност.

5. Закључак

У процесу стабилизације и придруживања Европској унији све земље у транзицији, па тако и Босна и Херцеговина, суочавају се са обавезом усаглашавања домаћег законодавства са правом Европске уније, што представља један од услова за будућу сарадњу. Позитивним законодавством Републике Српске гарантује се право на здраву животну средину и уводе се европски стандарди на пољу заштите животне средине, посебно у области енергетике. Ово је нарочито значајно због чињенице да енергија представља основ индустријског и технолошког развоја, али и због околности да енергетски сектор употребом фосилних горива повећава ризик загађења животне средине и угрожава право на здраву животну средину, као једно од основних људских права. Због присуства великог броја загађивача проблем загађења поприма глобалне размјере, услед чега је, по многима, угрожен опстанак планете и човјека на Земљи уопште. Законодавни оквир у области заштите животне средине у Републици Српској успостављен је доношењем закона и највећег дијела подзаконских аката, који су углавном усаглашени са европским нормативима и стандардима. У области енергетике, поред доношења и усаглашавања закона за поједине области,

⁵⁰ Споразум о стабилизацији и придруживању закључен 16.6.2008. године, ступио на снагу 1.7.2008.

донесен је кровни закон о енергетици који је на трагу политике и регулативе Европске уније у тој области.

Само ако се плански обезбједи очување еколошке равнотеже, нарочито при коришћењу фосилних горива, као и при производњи, преносу и потрошњи енергије и енергената могу се остварити циљеви политике заштите животне средине у енергетском сектору Републике Српске. Потребно је увођење стандарда управљања квалитетом животне средине и стално унапређивање заштите животне средине, као и примјена и увођење нових чистих технологија и најбољих расположивих техника, замјена фосилних горива коришћењем обновљивих извора енергије, те повећање енергетске ефикасности. То подразумијева рационално управљање ресурсима у складу са принципом „загађивач плаћа“ уз дјеловање на извору загађивања и смањење емисија у складу са граничним вриједностима. У сектору енергетике, гдје је повећан ризик од загађења животне средине, посебно је значајно досљедно провођење прописа, нарочито о процјени утицаја на животну средину, издавању еколошких дозвола, мониторингу и друго, јер постојећи нормативни оквир није довољан уколико не постоји знање и свијест о потреби и обавезности примјене норме, али и мјере за отклањање посљедица насталих пропуштањем (нечињењем) или поступањем супротно прописима. Прописима треба јасно дефинисати све елементе подстицаја и унапређења коришћења обновљивих извора енергије. Потребно је и поштрити питање одговорности за поступање супротно нормама, односно непоступање у складу са нормама о заштити животне средине, како грађанскоправне, тако и прекршајне и кривичноправне одговорности. За ефикасно провођење кровних закона у области заштите животне средине и енергетике у Републици Српској свакако је потребно да се што прије донесу подзаконски акти који још нису донесени. Такође, потребно је наставити и усаглашавање домаће легислативе са легислативом Европске уније, али на начин који највише одговара карактеристикама нашег развоја и нашим интересима.

Енергетски субјекти треба да обезбједе одрживи развој, да спречавају настајање штете и опасности по здравље људи, као и да смањују штете, опасности и оштећења природе. Примјена најбоље расположиве технике подразумијева уштеду природних ресурса, али и смањење емисије загађујућих материја, све то уз поштовање економских параметара и улагања која су у границама прихватљивих за поједине економске секторе, што је суштинска идеја одрживог развоја. Међутим, чињеница је да економски моменат знатно успорава поступак испуњења свих обавеза које произилазе из Уговора о енергетској заједници, као и Уговора о стабилизацији и придруживању.

Mr sc Vesna B. Ačić⁵¹
Vladimir Kremenović^{52 53}

HARMONISATION OF THE NORMATIVE FRAMEWORK CONCERNING THE RIGHT TO A HEALTHY ENVIRONMENT IN THE ENERGETICS OF REPUBLIC OF SRPSKA WITH THE EU LAW

Summary

During the process of stabilization and joining the EU, all transition countries, including Bosnia and Herzegovina, face the responsibility of harmonization of their legislatures with the laws of the EU, which is one of the terms for future cooperation. The positive legislature of the Republic of Srpska guarants the right to the healthy environment and introduce European standards in the field of environment protection, especially in the energetics. This is very important due to the fact that energy is the fundament of industrial and technological developement, but also because the fossil fuel use in energetics elevates the environment pollution risk and jeopardizes one of fundamental human rights, the right to a healthy environment. Due to the presence of numerous pollutants, the pollution problem is turning global, and, according to many, as a result of this, the survival of the planet and mankind in general, has been endangered. The legislative framework in the filed of the environment preservation in Republic of Srpska has been established by passing the laws and most of the bylaw acts that are mostly harmonized with European normatives and standards. In the energetics, along with passing and harmonizing laws for specific domains, the main law concerning energetics has been passed that follows the policy and regulations of the EU in this area.

Only with planning for preservation of the ecological balance, especially while using the fossil fuel, the production, transfer and consumption of energy and resources, the goals of environment preservation policy in Republic of Srpska's energy sector can be achieved. It is required to establish standards for managing the environment quality and to contantly improve the environment protection, as well as the application and introduction of new clean technology and the best techniques available, the substitution of fossil fuel with renewable energy sources, and

⁵¹ Vesna B. Ačić, Master of Law in State and International Public Law, has decades of experience in professional and managerial jobs in power plants, and in the period from 1.6.2006. up to 11.8.2011. year in office by the Board, the Executive Director for Legal Affairs, the MH "ERS" - ZP "Elektrokrajina" a.d. Banjaluka.

⁵² Vladimir Kremenović, lawyer, employed by the PA "Elektrokrajina" a.d. Banjaluka from 4.5.2010. year.

increasing of the energetic efficiency. That means rationally managing the resources according to the „The Polluter pays“ principle, with taking act on a pollution source and reducing the emissions within acceptable levels. In energetics, where the risk of the environment pollution is higher, consistent conduction of regulations is of great importance, especially when evaluating the influence on environment, issuing eco permits, monitoring etc because the existing normative framework is not sufficient unless there is a knowledge and awareness about requirement and obligation to the application of the criterion, and also measures to avert the consequences caused by non-acting or acting opposite of regulations. Regulations should clearly define all the elements of stimulation and improvement of the use of renewable sources of energy. It is required to make the matter of responsibility for acting opposite the norms more vital, and that also includes the non-acting according to environment preservation guidelines, whether that responsibility is civil, criminal or of misdemeanor. For efficient conducting of the main laws about environment preservation and the energetics of Republic of Srpska, it is fairly needed do pass the bylaw acts which hadn't been passed yet. Also, the continuation of the harmonization of the internal legislature with the EU legislature is required, but in a way that suits our developement and our interests the most.

Energetic subjects should provide sustainable developement, should prevent the occurance of damage and danger to people's health, and should reduce damage and danger to the nature itself. Application of the best technique available means the saving of natural resources and the reduction of pollutant emissions, all according to economy parameters and investments within acceptable levels for certain economy sectors, which is the general idea of sustainable developement. However, it is a fact that matter of the economy considerably slows down the fulfilling of terms derived from the Contract on the energetic community, as well as the Contract on stabilization and joining.

ДАМПИНГ И АНТИДАМПИНШКЕ МЕРЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ И БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

Др Мирослав Милосављевић*
Мр Јелена Милосављевић**

Апстракт: У раду аутори анализирају институт дампинга који представља увоз робе по цени нижој од нормалне вредности те робе у држави или царинској територији извоза, који изазива или прети да изазове знатну штету домаћој производњи или знатно успорава стварање домаће производње. Из наведених разлога уводе се антидампиншке мере које представљају посебне дажбине на увоз производа ради отклањања негативних утицаја дампинга.

Имајући у виду значај дампинга за развој и перспективу домаће привреде, у раду је посебно обрађен појам овог института, утврђивање његовог постојања, затим антидампиншке мере, као и поступак за њихово увођење, посматрано са аспекта правне регулативе која постоји у Републици Србији и Босни и Херцеговини, као и у још неким упоредним правима земаља у окружењу.

Кључне речи: Дампинг, заштита, поступак, штета, мере, привреда, дажбине.

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Пословни субјекти једне земље послују са пословним субјектима друге земље и на тај начин остварују спољнотрговински промет, који се обавља на основу уговора који су закључени у складу са домаћим прописима и међународним споразумима.

Основни принцип који се примењује у наведеном пословању је **слобода спољнотрговинског пословања** која се огледа, пре свега, у несметаном протоку робе и услуга.¹ Правна лица и предузетници који обављају спољнотрговинско

* Др Мирослав Милосављевић, Професор на Факултету за правне и пословне студије у Новом Саду

** Мр Јелена Милосављевић, Војвођанска банка, а.д. Нови Сад

¹ Члан 1. став 2. Закона о спољнотрговинској политици, који је усвојен 16. септембра 1997. године на седници Парламентарне скупштине Босне и Херцеговине (Представничког дома и Дома народа), који је објављен у Службеном гласнику БиХ, бр. 1/97. (исправке 7/98).

пословање имају иста права као и у домаћем промету.²

Одступање од овог принципа могуће је уколико је то предвиђено законом³ или трговинским споразумима за ванредну примену заштитних мера и за заштиту домаћег тржишта од међународне неправедне конкуренције, као што је, првенствено, **дампинг**.⁴ Мере које се уводе не смеју имати за циљ или последицу нарушавање слободе трговине и конкурентности учесника у одређеном спољнотрговинском послу и оне су временски ограничене на период док постоје околности због којих су уведене.⁵ Дакле, слободан проток роба и услуга не искључује забране или рестрикције на увоз, извоз или транзит, које су оправдане. Забране и рестрикције не смеју представљати средства неоправдане и произвољне дискриминације.⁶

Мере које утичу, на било који начин, на спољнотрговинско пословање може увести **Влада** Републике Србије на предлог надлежног органа (министарства или другог органа), примењујући управни поступак.⁷ У Босни и Херцеговини привремене мере за заштиту домаћег тржишта од међународне неправедне конкуренције могу бити уведене на шест месеци и могу бити продужене на још три месеца. Привремене мере може увести **Вијеће министара** БиХ, на предлог Министарства за спољну трговину БиХ и претходно прибављеног мишљења ентитета.⁸ У члану 4. Закона о спољнотрговинској политици БиХ утврђено је да надлежни органи ентитета (Републике Српске и Федерације БиХ) не могу доносити мере које би могле угрозити постизање циљева које утврђује овај закон.

У условима отворене тржишне привреде у којој постоји стална тенденција снижавања царина у складу са преузетим обавезама учлањењем у Светску трговинску организацију, потписивањем Споразума о стабилизацији и придруживању и др., у Републици Србији и БиХ се може увести више мера заштите, као што су: компензаторне мере; мере за заштиту од прекомерног увоза; мере за заштиту равнотеже платног биланса и антидампиншке мере.⁹

У раду ћемо обрадити само антидампиншке мере. САД су прве донеле прописе о дампингу и сматра се да су то прве заштитне мере трговинске поли-

² Члан 5 став 2, о спољнотрговинском пословању Р. Србије („Сл. гласник Р. Србије“, бр. 36/2009).

³ Члан 5. Закона о спољнотрговинском пословању Р. Србије.

⁴ Члан 1. став 4. Закона о спољнотрговинској политици БиХ.

⁵ Члан 13. Закона о спољнотрговинском пословању Р. Србије.

⁶ Члан 1. став 3. Закона о спољнотрговинској политици БиХ.

⁷ Члан 14. Закона о спољнотрговинском пословању Р. Србије.

⁸ Члан 36. Закона о спољнотрговинској политици БиХ.

⁹ Члан 31. Закона о спољнотрговинској политици БиХ и чланови 18, 30. и 32 Закона о спољнотрговинском пословању Р. Србије.

тике.¹⁰ У Европу дампинг је уведен преко члана VI ГАТТ-а, затим кроз европско право преко члана 91. Уговора о оснивању Еуропске заједнице, те уредбама из 1968, 1979, 1988. и најновијом уредбом која је на снази од 1995.¹¹

2. ПОЈАМ И ВРСТЕ ДАМПИНГА

У Закону о спољнотрговинском пословању Републике Србије под дампингом се подразумева **увоз производа по цени која је нижа од нормалне вредности** сличних производа у држави извоза или царинској територији увоза¹², који изазива или прети да изазове знатну штету постојећој производној грани или знатније успорава стварање производне гране.¹³ Под дампиншким увозом у смислу Одлуке о поступку и начину утврђивања антидампиншке и компензаторне дажбине¹⁴ сматра се увоз робе на царинско подручје БиХ по цени која је нижа од тржишне или производних трошкова у земљи порекла, односно у земљи извоза, за исту или сличну робу у уобичајеном току трговине, односно која је нижа од њене нормалне вредности, при чему изазива или прети да изазове озбиљну штету привреди БиХ, или ако такав увоз успорава развој гране привреде БиХ која производи исту или сличну робу.¹⁵

Под нормалном вредношћу увоза подразумева се цена сличног производа на тржишту државе или царинске територије увоза, која је утврђена у нормалним условима трговине у тој држави и царинској територији увоза, или у случају недовољне продаје на домаћем тржишту, цена коштања увећана за продајне, опште и административне трошкове.¹⁶ Дакле, нормална вредност се утврђује на основу цена које плаћају или које би платили, у нормалним условима трговине, независни купци у држави извоза.¹⁷

Уколико продаја сличног производа у нормалним условима трговине не постоји, или је трговина недовољна, или ако због посебне ситуације на тржиш-

¹⁰ Jackson H. J.: *The World Trading System*, МПГ, 1997, 255 стр. Први прописи били су донесени 1916. (Revenue Act, који никада није био примењен). Права примена почела је доношењем нових прописа 1921. (Emergency Tariff Act, који је био мењан и надограђиван 1930, 1965, 1979, а сада је на снази ревизија из 1988).

¹¹ Council Regulation (EC) No 384 од 22. децембра 1995. on protection against dumped imports from countries not member of the European Community, OJ L 056, 6. 3. 1996.

¹² Члан 30. став 3. Закона.

¹³ Члан 35. Закона о спољној трговини РЦГ („Сл.лист РЦГ“, бр. 28/04).

¹⁴ “Службени гласник БиХ”, број 77/05.

¹⁵ Члан 2. тачка. а) Одлуке о поступку и начину утврђивања антидампиншке и компензаторне дажбине БиХ.

¹⁶ Члан 30. став 8. Закона о спољнотрговинском пословању Р. Србије.

¹⁷ Члан 6. Уредбе о ближим условима за примену антидампиншких мера („Сл. гласник Р. Србије“, 112/2009).

ту таква продаја не омогућава правилно упоређивање, нормална вредност сличног производа ће се израчунати на основу цене коштања у држави порекла која је увећана за разуман износ продајних, општих и административних трошкова и профита или на основу извозних цена, у редовним условима трговине, у одговарајућој трећој држави, под условом да су те цене репрезентативне.¹⁸

Слична роба је роба која није у потпуности иста, али чија су својства битно слична својствима робе која је предмет увоза, односно роба која је према својствима у битној мери замењива робом која је предмет увоза.¹⁹

Приликом утврђивања постојања дампинга и одређивања нормалне вредности, узимају се у обзир све разлике у условима продаје, укључујући и све разлике које утичу на упоредивост цене.²⁰

У Закону о спољнотрговинској политици БиХ²¹ утврђено је да се под дампингом сматра када се нека роба увози по цени која је нижа од тржишне цене или производних трошкова у земљи порекла, односно у земљи извоза, при чему изазива или прети да изазове озбиљну штету привреди БиХ, или ако такав увоз успорава развој одређене гране привреде БиХ.

У пословној пракси постоји више различитих **мотива** због којих се роба увози по дампиншким ценама, а пре свега:

- због потребе да се први пут пласира одређени производ на неко тржиште, како би се исто „освојило“,
- услед коришћења монополског положаја на одрђеном тржишту, које се најчешће налази у некој неразвијеној земљи или у земљи у развоју,
- због прилагођавања условима локалног окружења,
- ради остваривања што веће пословне добити итд.

Постоји неколико врста дампинга, и то ценовни, валутни и социјални.

Ценовни дампинг се огледа у томе што су увозне цене знатно ниже од нормалних продајних цена.

Валутни дампинг се спроводи путем индиректног снижења цена. Земља која жели да спроведе овакву врсту дампинга, врши девалвацију своје националне валуте, без обзира што оваква мера није неопходна за економску стабилност њене привреде у целини или уколико је ова мера и потребна, та потреба је мањег обима и није у сразмери са извршеном девалвацијом. У оваквој

¹⁸ Исто и члан 5. став 2. Одлуке о поступку и начину утврђивања антидампиншке и компензаторне дажбине БиХ.

¹⁹ Члан 2. тачка. б) Одлуке о поступку и начину утврђивања антидампиншке и компензаторне дажбине БиХ.

²⁰ Исто.

²¹ Закон је усвојен 16. септембра 1997. године на седници Парламентарне скупштине Босне и Херцеговине. (Представничког дома и Дома народа) који је објављен у Службеном гласнику БиХ, бр. 1/97.

ситуацији цена која је изражена у страниј валути (земље извознице) је знатно опала, док је истовремено увозна цена у валути земље увознице увећана.

Социјални дампинг настаје када једна земља интензивира извоз своје робе на инострано тржиште по дампиншким ценама, док то умањење цене на иностраном тржишту покрива из увећане цене на домаћем тржишту.

ПРЕТХОДНИ ПОСТУПАК ЗА УТВРЂИВАЊЕ ПОСТОЈАЊА ДАМПИНГА

Да би се, евентуално, увеле антидампиншке мере неопходно је, претходно, спровести поступак испитивања како би се утврдило **постојање дампинга**, затим да ли је настала или да ће извесно настати **штета за домаћу индустрију**, као и да ли постоји **узрочна веза** између дампинга и штете.²²

Захтев за покретање поступка ради испитивања постојања дампинга, тј. увоза производа по цени која је нижа од нормалне вредности сличних производа у држави извоза или царинској територији увоза може поднети **овлашћено лице** од стране домаће индустрије.²³ Надлежно министарство може по **службеној дужности** да донесе одлуку са којом покреће поступак, уколико има довољно доказа о постојању дампинга, као и других релевантних елемената за покретање поступка.²⁴

Дакле, потребно је да се испуне формалноправни и материјалноправни услови да би се покренуо поступак за утврђивање постојања дампинга.

Под (првим) **формалноправним условом** подразумева се постојање овлашћеног предлагача који има овлашћење за представљање домаће индустрије чија заједничка производња чини 50% укупне производње сличних производа од оних произвођача који су изричито подржали или се противили захтеву.

У Уредби о ближим условима за примену антидампиншких мера утврђено је да се под **домаћом индустријом** подразумевају сви домаћи произвођачи сличних производа или они произвођачи чија укупна производња представља претежни део укупне домаће производње тих производа, осим оних произвођача који су повезани са увозницима или извозницима дампиншких производа у Републику Србију, или произвођача који су истовремено и увозници таквих производа.²⁵ Пошто се овде наводе „произвођачи сличних производа“, неопходно је рећи да се под овим изразом подразумева производ који је идентичан,

²² Члан 3. Уредбе о ближим условима за примену антидампиншких мера Р. Србије.

²³ Члан 13. Уредбе о ближим условима за примену антидампиншких мера Р. Србије.

²⁴ Члан 37. Закона о спољној трговини РЦГ.

²⁵ Члан 4. став 1. Уредбе ближим условима за примену антидампиншких мера Р. Србије.

односно једнак у свим аспектима посматраном производу или у одсуству таквог производа други производ који иако није исти у сваком погледу има карактеристике посматраног производа.²⁶

Под термином “домаћа производња”, у смислу Закона о спољнотрговинској политици БиХ, подразумевају се произвођачи у целини који производе исте или сличне производе унутар Босне и Херцеговине, или они чији заједнички обим производње истих или сличних производа унутар Босне и Херцеговине представља већи део домаће производње тих производа.²⁷

Други формалноправни услов јесте да захтев за покретање поступка испитивања садржи неопходне доказе о постојању дампинга и информације које су доступне подносиоцу, као што су:

- идентитет подносиоца захтева као и обим и вредност домаће производње сличних производа које производи подносилац захтева.

- детаљан опис производа, име државе или држава порекла или извоза посматраног производа, идентитет сваког познатог извозника или страног произвођача уз навођење познатих увозника који врше увоз,

- информације о ценама по којима се производи продају за потрошњу намењену домаћем тржишту државе или држава порекла извоза и информације о извозним ценама или ако је могуће, о ценама по којима су производи први пут продати независном купцу у Републици Србији;

- информације о променама обима наводног дампиншког увоза, утицају тог увоза на цене сличног производа на домаћем тржишту и утицају тог увоза на домаћу индустрију.

Идентичан поступак за утврђивање постојања степена и ефеката евентуалног дампинга покреће се и у **БиХ**, на основу писменог захтева правног лица или удружења које нема статус правног лица, који делују у име БиХ привреде. Сматра се да је захтев поднесен у име привреде уколико га подрже они произвођачи чији обим производње истих или сличних производа и услуга износи више од 50% укупне производње истог или сличног производа или услуга у БиХ.²⁸

Материјалноправни услови се огледају у постојању довољног броја и јачине доказа о дампиншком увозу, узрочној вези и штети,²⁹ односно захтев треба да садржи доказе у дампингу, повреди и узрочној вези између наводног дампинг увоза и наводне настале и могуће штете.³⁰

²⁶ Члан 5. Уредбе ближим условима за примену антидампиншких мера Р. Србије.

²⁷ Члан 32. Закона о спољнотрговинској политици БиХ.

²⁸ Члан 35. тачка 1. и 2. Закона о спољнотрговинској политици БиХ.

²⁹ Члан 15. Уредбе о ближим условима за примену антидампиншких мера Р. Србије.

³⁰ Члан 35. тачка 3. Закона о спољнотрговинској политици БиХ.

Захтев се одбацује када нема довољно доказа о дампингу или штети, чиме би се оправдало настављање поступка.³¹

Уколико су испуњени материјалноправни и формалноправни услови, надлежно министарство, пошто проучи поднети захтев, обавештава Владу Републике Србије о потреби покретања поступка испитивања, после чега Влада доноси **одлуку о покретању поступка испитивања**. Поступак у БиХ је идентичан, с тим што Вијеће министара БиХ, на предлог Министарства спољне трговине БиХ покреће поступак за испитивање.

Одлука о покретању поступка испитивања постојања дампинга **садржи**: име подносиоца захтева, име државе или држава извоза и опис посматраног производа, датум покретања поступка испитивања, образложење тврдњи о постојању наводног дампинга у захтеву за покретање поступка испитивања, образложење тврдњи о постојању штете и рок у коме заинтересоване стране могу да изнесу своје ставове на основу којих захтевају да учествују у поступку. Одлука се објављује у одговарајућем Службеном гласнику.

Влада, односно Вијеће министара је у обавези да обавести владу државе извоза и друге заинтересоване стране о одлуци о покретању поступка испитивања, како би исти могли да се активно укључе у поступак за утврђивање постојање дампинга.³²

На основу одлуке Владе, односно Вијећа министара, Министарство покреће поступак испитивања на целој територији Републике Србије, односно БиХ, истовремено испитујући постојање дампинга и материјалне штете или опасности од њеног настајања.

Министарство утврђује одговарајући посматрани период за израчунавање дампинга и штете. Министарство, да би обезбедило репрезентативне резултате, одређује посматрани период за који ће се извршити израчунавање, који неће бити краћи од шест месеци, који претходе покретању поступка испитивања и који ће обухватати период од дванаест месеци пре покретања поступка испитивања. Министарство неће узимати у обзир податке који се не односе на посматрани период.

Министарство, по потреби, у поступку испитивања прибавља мишљења других органа, организација, удружења и институција.

ПРИВРЕМЕНЕ МЕРЕ

Уколико је покренут поступак испитивања и ако је о томе дато јавно обавештење и заинтересованим странама пружена одговарајућа могућност да узму учешће у поступку како би заштитиле своје интересе, ако се претходно по-

³¹ Члан 35. тачка 1. и 2. Закона о спољнотрговинској политици БиХ.

³² Члан 16. Уредбе ближим условима за примену антидампиншких мера Р. Србије.

зитивно утврди постојање дампинга и последичне штете по домаћу индустрију и ако се утврди **да би кашњење у примени антидампиншке мере могло да доведе до штетних последица** које би било тешко отклонити, Влада Србије, односно Вијеће Министара БиХ може да уведе привремене мере.³³

Привремене мере могу бити у облику привремене антидампиншке дажбине гарантоване готовинским депозитом или јемством, у износу који одговара привремено израчунатој дампиншкој маржи и могу остати на снази најдуже шест месеци од дана ступања на снагу одлуке о увођењу привремене антидампиншке мере.

Када се поступак испитивања оконча са закључком да није било дампинга или ако је износ коначне антидампиншке дажбине нижи од износа плаћеног током периода примене привремене мере, тада се плаћена сума или разлика **враћа** без одлагања.

Одлука о увођењу привремених мера **објављује** се у Службеном гласнику Републике Србије, односно БиХ.

ПОСТОЈАЊЕ ДАМПИНГА

Констатовали смо да је дампинг увоз производа по **цени која је нижа од нормалне** вредности сличних производа у држави извоза или царинској територији увоза. Под **извозном ценом** се подразумева цена која је стварно плаћена или која треба да буде плаћена за производе који се извозе из државе извоза у државу увоза.

Уколико извозна цена није позната или се не може поуздано утврдити због договора о удруживању или компензационих аранжмана између извозника и увозника или неке треће стране, извозна цена се израчунава на основу цене по којој се увезени производи по први пут продају независном купцу, или ако се производи не продају независном купцу или ако нису продати у стању у ком су увезени или на други погодан начин. Да би се утврдило која је поуздана извозна цена на нивоу франсо граница државе увознице, врши се прилагођавање додавањем свих трошкова, укључујући дажбине и порезе, који се јављају између увоза и препродаје, као и припадајућег профита.³⁴

Прилагођавање се врши због разлика које утичу на упоредивост цена и укључују уобичајене трошкове који настају код увозника и које плаћа било која страна, унутар или ван државе увознице, која се појављује као повезана или која има компензациони аранжман са увозником или извозником. Ово

³³ Члан 29. Уредбе ближим условима за примену антидампиншких мера Р. Србије, члан 36. Закона о спољнотрговинској политици БиХ и члан 41. Закон о спољној трговини РСГ.

³⁴ Одлука о поступку и начину утврђивања антидампиншке и компензаторне дажбине у БиХ („Сл. гласник БиХ“, бр 77/05).

укључује уобичајене транспортне трошкове, осигурање, манипулацију, утовар и помоћне трошкове, царинске дажбине, антидампиншке дажбине и друге порезе који се плаћају у земљи увоза на основу увоза или продаје робе, и разумну маржу на име продајних, општих и административних трошкова и профита.³⁵

Упоредивање извозне цене и нормалне вредности врши се на истом нивоу трговине, на паритету франсо фабрика, у приближно истом временском периоду, узимајући у обзир разлике које утичу на упоредивост цене, укључујући разлике у условима продаје, опорезивања, нивоа трговине, количина, физичких карактеристика и свих других разлика које могу да утичу на упоредивост цена.

Уколико нормална вредност и извозна цена нису упоредиве, упоређивање се врши прилагођавањем, односно применом корективних фактора, и то: физичких својстава, увозних дажбина и посредних пореза, попушта, рабата и количине; трошкова транспорта, осигурања, утовара, манипулативни и пропратни трошкови; трошкови кредитирања - прилагођавање се врши за износ разлике у трошковима кредита одобрених у вези са продајом која је предмет испитивања, ако су ти трошкови урачунати у продајну цену; трошкови после продаје; провизије; конверзија валуте и остали фактори.³⁶

Министарство, односно надлежни орган, дужно је да утврди постојање опасности од настанка материјалне штете и то врши на основу чињеница, као и да јасно предвиди промену услова који би довели до материјалне штете проузроковане дампингом, која мора бити неминовна.

ПОСТОЈАЊЕ ШТЕТЕ

Када говоримо о постојању **штете** која се наноси домаћој индустрији, тада можемо констатовати да **опасност** од материјалне штете или материјалног **заостајања** у развоју индустрије, као и утврђивање штете, врши се на основу доказа и објективне анализе: обима дампиншког увоза и утицаја дампиншког увоза на цене које постоје на тржишту државе увознице сличних производа и утицаја дампиншког увоза на домаће произвођаче сличних производа.

Надлежно министарство утврђује да ли је дошло до значајног повећања дампиншког увоза, у апсолутним или релативним вредностима у односу на производњу или потрошњу у Републици Србији, односно у БиХ и да ли су цене дампиншког увоза биле значајно ниже у поређењу са ценама истих производа домаћих произвођача или да ли је такав увоз изазвао значајан пад цена или је спречио пораст цена до ког би иначе дошло, при чему један или више наведених фактора неће обавезно имати одлучујући утицај приликом доношења одлуке.

³⁵ Члан 7. Уредбе о ближим условима за примену антидампиншких мера Р. Србије.

³⁶ Члан 8. Уредбе ближим условима за примену антидампиншких мера Р. Србије.

Испитивање утицаја дампиншког увоза на домаћу индустрију обухвата процену свих релевантних економских фактора и показатеља који утичу на стање домаће производње, укључујући стварни и потенцијални пад продаје, производње, профита, удела на тржишту, продуктивности, прихода од улагања или искоришћености капацитета; факторе који утичу на домаће цене; распон дампиншке марже; стварни или потенцијални утицај на новчане токове, залихе, запосленост, плате, раст, могућност увећања капитала или улагања или друге елементе, при чему један или више наведених фактора неће обавезно имати одлучујући утицај приликом доношења одлуке.

Утицај дампиншког увоза процењује се у односу на домаћу производњу сличног производа, када расположиви подаци дозвољавају одвојену идентификацију те производње на основу производног процеса, продаје, произвођача и профита. Ако одвојена идентификација производње није могућа, утицај дампиншког увоза се процењује испитивањем производње најуже групе производног асортимана, која обухвата сличан производ, за који се могу обезбедити неопходни подаци.³⁷

УЗРОЧНА ВЕЗА ИЗМЕЂУ ДАМПИНГА И ШТЕТЕ

Надлежно министарство утврђује да постоји узрочна веза између дампиншког увоза и штете уколико је увоз дампиншких производа значајно порастао у поређењу са просечним увозом у трогодишњем периоду који је претходио увозу дампиншких производа или периоду за који постоје расположиви подаци и уколико су **цене** таквих увезених производа **знатно ниже** од цена сличних домаћих производа или када је такав увоз довео до значајног пада цена сличних домаћих производа или је спречио повећање цена домаћих производа до ког би иначе дошло.³⁸

Министарство утврђује на основу свих релевантних чињеница да обим, односно цене дампиншког увоза у толикој мери **утичу на домаћу индустрију** да се тај утицај карактерише као материјалан и утврђује узрочну везу између дампиншког увоза и штете за домаћу индустрију током испитивања, на основу испитивања свих релевантних доказа.

Даље, министарство је дужно да **испита све познате показатеље**, осим дампиншког увоза, који истовремено наносе штету домаћој индустрији, при чему се штета коју изазивају ови остали показатељи не сме приписивати дампиншком увозу. Релевантни показатељи су, пре свега: обим и цене увозних производа који нису продати по дампиншким ценама; смањење тражње или про-

³⁷ Члан 10. Уредбе ближим условима за примену антидампиншких мера Р. Србије и члан 26. став 5. Одлуке о поступку и начину утврђивања антидампиншке и компензаторне дажбине БиХ.

³⁸ Члан 12. Уредбе

мена у моделима потрошње; рестриктивна трговинска пракса и конкуренција између домаћих и страних произвођача, као и технолошки развој произвођача увезених производа; извозни резултати и продуктивност домаће индустрије.³⁹

Када су увозни производи из више држава истовремено предмет испитивања, ефекти оваквог увоза могу да се **процене кумулативно** уколико се утврди: да је дампиншка маржа установљена у односу на увоз из сваке државе виша од 2% извозне цене производа и да обим увоза ни из једне државе није занемарљив; да је кумулативна процена ефеката увоза примерена условима конкуренције између увезених производа и конкуренције између увезених производа и сличних домаћих производа.

ОТКЛАЊАЊЕ ПОСЛЕДИЦА ДАМПИНГА ПОВЕЋАЊЕМ ЦЕНА

Када је претходно утврђено постојање дампинга и штете прозороковане тим дампингом, Министарство може да предложи или ако је њему предложено, онда да прихвати преузимање обавезе повећања цена од извозника, највише **до износа дампиншке марже**.

Дампиншка маржа је износ за који нормална вредност прелази извозну цену (разлика између нормалне вредности и извозне цене).⁴⁰

Уколико се утврди да су могуће последице дампинга отклоњене повећањем цена, Влада може да оконча или обустави поступак испитивања.

У случају неизвршавања обавезе повећања цене, уводи се привремена мера или коначна антидампиншка дажбина на увоз производа који су били предмет преузете обавезе.

Коначна антидампиншка дажбина се уводи ако је у поступку испитивања који је претходио преузимању обавезе, утврђено по коначној одлуци, да постоје дампинг и материјална штета, под условом да је извознику омогућено да учествује у поступку, осим у случају где је он сам повукао преузету обавезу.

АНТИДАМПИНСКЕ МЕРЕ

Након протека прописаног рока⁴¹ од дана покретања поступака и окончања поступка који се спроводи ради испитивања да ли постоји дампинг, Министарство извештава Владу, односно Вијеће министара о постојању дампинга, настан-

³⁹ Члан 26. став 4. Одлуке о поступку и начину утврђивања антидампиншке и компензаторне дажбине БиХ.

⁴⁰ Члан 2. тачка и) Одлуке о поступку и начину утврђивања антидампиншке и компензаторне дажбине БиХ.

⁴¹ У Р. Србији тај рој је 12 месеци од датума покретања, а најкансије 18 месеци.

ку материјалне штете и узрочне везе. Министарство утврђује антидампинску дажбину по стопи потребној да се отклони штета, на недискриминаторној основи, на увоз посматраног производа за који је установљен дампинг и настала штета. Стопа антидампиншке дажбине неће бити виша од дампиншке марже.

У Одлуци о поступку и начину утврђивања антидампиншке и компензаторне дажбине у БиХ утврђено је да пре доношења коначне одлуке надлежно министарство обавештава све заинтересоване стране о најважнијим чињеницама које чине основ за предлагање одлуке о примени коначних мера.⁴²

Ова мера (антидампиншка дажбина) је предвиђена **законом и трговинским споразумима** за ванредну примену заштитних мера и за заштиту домаћег тржишта од међународне неправедне конкуренције.

У билатералним **споразумима** које је, у претходном временском периоду, закључила Република Србија са разним државама света, као и са Европском унијом⁴³ утврђено је да уколико једна страна уговорница сматра да у трговинским односима, предвиђеним споразумом, долази до појаве дампинга и/или субвенција у смислу Споразума СТО о примени члана VI ГАТТ 1994 и Споразума СТО о субвенцијама и компензаторним мерама, та страна уговорница има право да предузме мере против такве праксе у складу са наведеним споразумима СТО, под условом да се испоштују процедуре предвиђена споразумом.

Дакле, споразумима је прописано да ако се нека роба увози на територију државе једне од страна уговорница у количинама и под условима да наноси или прети да нанесе значајне губитке домаћим произвођачима исте или сличне робе у држави увозници, свака од страна уговорница у зависности од тога чији су интереси погођени, након спровођења одговарајуће процедуре може предузети неопходне мере у складу са законодавством које важи у свакој држави.⁴⁴

Такође, споразумима је утврђено да одредбе споразума ни на који начин не ограничавају право страна уговорница да, пошто обаве одговарајућу процедуру, донесу одлуку о примени антидампиншких мера у складу са законодавством својих држава.

Антидампиншка мера је **посебна дажбина на увоз производа** која се уводи ради отклањања негативних утицаја дампинга.

⁴² Члан 31. став 9. Одлуке.

⁴³ Наводимо неке од споразума: Споразум о слободној трговини између Републике Србије и Републике Белорусије, који је сачињен у Минску 31. марта 2009. године; Споразум о слободној трговини између Републике Србије и Републике Турске који је сачињен у Истанбулу 1. јуна 2009. године; Споразум о слободној трговини између Владе Републике Србије и Владе Републике Казахстан, који је закључен у Астани 7. октобра 2010. године; Прелазни споразум о трговини и трговинским питањима између Европске заједнице, с једне стране, и Републике Србије, с друге стране, који је потписан у Луксембургу 29. априла 2008. године.

⁴⁴ Исто.

Коначне антидампиншке мере примењују се само на производе који су пуштени у слободан промет после ступања на снагу одлуке о антидампиншким мерама, а изузетно може да се уведе на производе који су пуштени у слободан промет највише 90 дана пре ступања на снагу одлуке о увођењу привремених мера.⁴⁵

Наплату привремених, односно коначних антидампиншких дажбина врше царински органи, у износу, односно по стопи утврђеној одлуком о увођењу мере, истовремено са осталим увозним дажбинама, у складу са царинским прописима. Царински органи дужни су да достављају Министарству месечне извештаје о увозу производа који је предмет антидампиншких мера и износу наплаћених антидампиншких дажбина.

Антидампиншка дажбина, као и обавеза повећања цена, остаје на снази онолико дуго и у мери неопходној да се отклони дампинг који изазива штету. Током примене антидампиншке дажбине, Министарство преиспитује потребу за њеном даљом применом. Антидампиншка дажбина ће бити укинута када се утврди да су престали да постоје разлози за њену даљу примену. Коначна антидампиншка мера траје најдуже пет година од увођења или пет година од дана закључења последњег преиспитивања, којим су обухваћени и дампинг и штета, осим ако се у поступку преиспитивања не утврди да је вероватно да би укидање мере довело до понављања дампинга и штете.⁴⁶

ЗАКЉУЧАК

У ситуацији када једна држава приступа међународним трговинским асоцијацијама, као што је Светска трговинска организација, када се придружује Европској унији или када закључи одређени билатерални споразуми са другом државом, тада **преузима и обавезу** да се влада по правилима тих асоцијација, односно по одредбама споразума.

Основна обавеза јесте да, ради заштите своје привреде, више **не примењује класичне (традиционалне) мере, као што су повећање царина, забране и др.**, већ да развија принцип слободе спољнотрговинског пословања.

Одступање од принципа слободе спољнотрговинског пословања могуће је у изузетним ситуацијама када се врши увоз производа по цени која је нижа од нормалне вредности сличних производа у држави извоза. Тада се могу **увести антидампиншке мере**.

Да би се увеле антидампиншке мере неопходно је **спровести поступак** који је у Републици Србији прописан Уредбом о ближим условима за примену антидампиншких мера, док је у Босни и Херцеговини поступак утврђен

⁴⁵ Члан 37. Уредбе ближим условима за примену антидампиншких мера Р. Србије.

⁴⁶ Члан 42. Уредбе.

Одлуком о поступку и начину утврђивања антидампиншке и компензаторне дажбине.

Спровођењем поступка испитивања утврђује се постојање дампинга, затим да ли је настала или да ће извесно настати штета за домаћу индустрију, као и да ли постоји узрочна веза између дампинга и штете.

Уколико се претходно утврди постојање дампинга и штете прозроковане тим дампингом. Министарство може да предложи или ако је њему предложено, онда да прихвати преузимање обавезе **повећања цена** од извозника, највише до износа дампиншке марже. Уколико се утврди да су последице дампинга отклоњене повећањем цена, може да оконча или обустави поступак испитивања.

У случају неизвршавања обавезе повећања цене, уводи се привремена мера или коначна антидампиншка дажбина на увоз производа који су били предмет презете обавезе.

Коначна антидампиншка дажбина се уводи ако је у поступку испитивања, који је претходио преузимању обавезе, утврђено по коначној одлуци, да постоје дампинг и материјална штета, под условом да је извознику омогућено да учествује у поступку.

Наплату привремених, односно коначних антидампиншких дажбина, **врше царински органи**. Антидампиншка дажбина остаје на снази онолико дуго и у мери неопходној да се отклони дампинг који изазива штету. Током примене антидампиншке дажбине, Министарство **преиспитује** потребу за њеном даљом применом.

Може се констатовати да и Републици Србији и у Босни и Херцеговини **постоје неопходни прописи** којима је утврђена могућност увођења антидампиншких мера, као и целовито уређен поступак за испитивање постојања дампинга и штете коју он проузрокује привреди земље увознице и др. Ипак, и поред солидних прописа који постоје у области антидампиншких мера, исте треба и даље **дограђивати** и учинити их ефикаснијим у примени.

Dr. Miroslav Milosavljevic
Мр. Jelena Milosavljevic

DUMPING AND ANTI-DUMPING MEASURES IN THE REPUBLIC SERBIA AND BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

The author analyzes the institute, which is dumping imports of goods at a price lower than the normal value of the goods in the country or customs territory of exports, which causes or threatens to cause material injury to domestic production or slows the creation of domestic production. For these reasons antidampiške introduced measures that are specific duties on imports in order to eliminate the negative effects of dumping.

Given the importance of dumping for the development and prospects of the domestic economy, the report specifically addressed the concept of this institute, the determination of its existence, then anti-dumping measures and procedures for their implementation, from the aspect of legislation that exists in the Republic of Serbia and Bosnia and Herzegovina as well as in some other comparable rights of neighboring countries.

Key words: *Damping, protection, damage measures, the economy, taxes.*

ОБАВЕЗНО ОСИГУРАЊЕ СТЕЧАЈНИХ УПРАВНИКА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Мр Слободан Илијић*

Апстракт: У раду се разматра прилагођавање домаћег стечајног права праву ЕУ. Тежиште је на повезивању стечајног управника – физичког лица и права осигурања у домаћем стечајном праву. Важећи закон у Србији предвиђа обавезно осигурање од професионалне одговорности. Такође, важећи закон уводи добровољно осигурање од професионалне одговорности, као и осигурање имовине стечајног дужника. Аутор је закључио да је судска пракса прихватила обавезно осигурање од професионалне одговорности. С друге стране, колективни стечајни управници нису осигурани у важећим законима. Аутор предлаже да се колективни стечајни управници трансформишу у колективне стечајне управнике – привредна друштва.

Кључне речи: стечајни управник – физичко лице; колективни стечајни управник; осигурање од професионалне одговорности; осигурање имовине.

1. Увод

1.1. У Републици Србији тече реформа правног система, којом се домаће право прилагођава праву ЕУ, па се то чини и у области стечајног права. У склопу реформе стечајног права законима је регулисан правни положај стечајних управника, али и нова појава – повезивање стечајног управника са правом осигурања. Карактеристично је да су у различитим важећим законима предвиђене две групе стечајних управника. Прву групу чине индивидуални стечајни управници или стечајни управници – физичка лица, с тим што је законски предуслов да су та физичка лица регистрована као предузетници или чланови друштва лица. Другу групу чине колективни стечајни управници, правна лица. Ова савремена подела није била предвиђена у законодавству друге Југославије. Стога, овај рад пре свега разматра нову појаву у важећим законима у Србији – повезаност индивидуалног стечајног управника – физичког лица са правом осигурања путем обавезног осигурања, као и услове под

* Мр Слободан Илијић, члан Председништва Удружења правника Србије

којима би колективни стечајни управници могли да буду повезани са правом осигурања, такође, путем обавезног осигурања. Паралелно са увођењем обавезног осигурања од професионалне одговорности важећи закон из области стечајног права у Србији је предвидео и добровољно осигурање од професионалне одговорности, као и добровољно осигурање имовине стечајног дужника. Ови облици добровољног осигурања неће бити предмет овог рада.

1.2. Први пут у држави Србији за време важења Закона о стечајном поступку¹ (скраћено: ЗСП) била је предвиђена могућност да се повежу стечајни управник – физичко лице и право осигурања, али у оквиру те могућности ЗСП није предвиђао увођење обавезног осигурања. ЗСП је престао да важи 23. јануара 2010. године. Од тада до данас на правној снази је Закон о стечају² (скраћено: ЗС). ЗС је целовито регулисао стечајни поступак. Разуме се, регулисао је положај стечајног управника и повезао стечајног управника – физичко лице са правом осигурања, пре свега, путем обавезног осигурања. Отуда, увођење обавезног осигурања индивидуалног стечајног управника или стечајног управника – физичког лица разматрано је на основу ЗС у вези са Законом о лиценцирању стечајних управника.

1.3. Са транзицијом привреде, а нарочито са развојем приватизације у Србији, дошло се у правном систему до законског конституисања, за сада, два колективна стечајна управника. Најпре је по основу закона³ Агенција за приватизацију постала колективни стечајни управник, а затим је исту улогу други закон⁴ поверио Агенцији за осигурање депозита. Наиме, по мишљењу актуелног коментатора стечајног законодавства у Србији⁵ Агенција за приватизацију је постала стечајни управник по основу члана 5. став 2. Закона о приватизацији. Образлажући решење из цитираног члана Закона о приватизацији актуелни коментатор је прецизирао да постоји низ специфичности стечајног поступка над правним лицем у већинској државној или друштвеној својини, које су захтевале да стечајни суд именује Агенцију за приватизацију за стечајног управника. Што се пак тиче Агенције за осигурање депозита, она је на основу члана 3. став 2. Закона о осигурању депозита стекла својство стечајног управника у стечајном поступку банке и друштва за осигурање, као и својство ликвидационог управника у поступку ликвидације банке и друштва за осигурање. Обема агенцијама својство колективног стечајног управника није основна надлежност, већ једна од законима предвиђених надлежности. Подела у овом раду на

¹ „Службени гласник РС“, бр. 84/2004 и 85/2005 – др. закон.

² „Службени гласник РС“, бр. 104/2009.

³ „Службени гласник РС“, бр. 38/2001, 18/2003, 45/2005 и 123/2007.

⁴ „Службени гласник РС“, бр. 61/2005.

⁵ Др Владимир Козар: *Коментар стечајних закона (Закона о стечају и Закона о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање)*, прво издање, Пословни биро д.о.о., Београд, 2010, стр. 21-22.

две групе стечајних управника извршена је из угла нове појаве – повезивања стечајног управника са правом осигурања путем облика обавезног осигурања.

2. Правни положај стечајног управника у стечајном поступку

2.1. Једна од кључних порука домаће науке о стечајном процесном праву у односу на правни положај стечајног управника вели да је стечајни управник централна и најважнија правна установа, али и да је личност⁶. Објашњавајући ову поруку цитирани аутори су истакли да од способности, савесности и исправности у поступању стечајног управника зависи у великој мери и успех самог стечајног поступка, па се зато за стечајног управника траже квалификације и стручна спрема неопходна за даље вођење започетих дужникових послова. Најзад, цитирани аутори су навели да посебан значај имају личне особености и морални квалитети стечајног управника, а у томе нарочито његова поузданост, тачност, прецизност, поштење, правичност и др. Дакле, правна наука у Србији креативно је третирала правни положај стечајног управника у стечајном поступку.

2.2. Изложено виђење правног положаја стечајног управника из науке процесног стечајног права могло је домаћем законодавцу да пружи низ инспирација. Домаћи законодавац је преточио неке од тих инспирација у регулативу, по којој ће за време трајања стечајног поступка целокупна брига и надзор на правилним и законитим радом обе групе стечајних управника бити поверена једном јавном телу, иначе уграђеном у државну управу. Реч је о Агенцији за лиценцирање стечајних управника, којој је посебан закон поверио један број управних овлашћења у стечајном поступку. Наиме, по основу члана 3. Закона о Агенцији за лиценцирање стечајних управника⁷ међу најважнија управна овлашћења те агенције спадају, и то: (1) да издаје и обнавља лиценцу за обављање послова стечајног управника; (2) да врши надзор над радом стечајног управника, да одузима лиценцу и да изриче друге мере прописане тим законом и законом којим се уређује стечај; (3) да издаје обавезујућа упутства стечајним управницима када је то потребно ради уједначавања примене прописа којима се уређује стечај; (4) да води именик стечајних управника; (5) да организује и спроводи полагање стручног испита за добијање лиценце за обављање послова стечајног управника. Из цитираних управних овлашћења наведене агенције произилази да јој је поверен збир великих јавних овлашћења, чак више него што их има стечајни суд. Другим речима, наведена агенција је широко овлашћена да у име државе надзире целокупан рад свих стечајних управника и сваког појединачно, без обзира на то да ли се ради о индивиду-

⁶ Проф. др Гордана Станковић и Проф. др Невена Петрушић: *Стечајно процесно право*, Службени лист СЦГ, Београд, 2006, стр. 81.

⁷ „Службени гласник РС“, бр. 84/2004 и 104/2009.

алном или колективном стечајном управнику. Дакле, на наведеној агенцији лежи велика јавна одговорност за правилан и законит рад стечајних управника у стечајном поступку у Србији, па самим тим и успех тог поступка у сваком конкретном стечајном предмету.

3. Правно повезивање стечајног управника са правом осигурања

3.1. Домаћи законодавци су у прошлости стечајном управнику поверавали различите процесне задатке у стечајном поступку, чак симултано вршење различитих улога, али првенствени задатак стечајног управника је био да заступа стечајног дужника, да штити његове интересе све до окончања стечајног поступка. Међутим, законско конституисање појаве повезивања стечајног управника са правом осигурања путем обавезног осигурања почело је ступањем на снагу ЗС-а, конкретно почело је 1. јула 2010. године, када је почела примена члана 30. ЗС. Карактеристично је да је у фази јавне дискусије о Преднацрту закона о стечају Радној групи за израду тог закона постављено питање да ли је уградња обавезног осигурања стечајних управника у ЗС имала узор у неком од прописа ЕУ из области стечајног права или је узор постојао у некој међународној мултилатералној конвенцији? Радна група је на постављено питање дала негативан одговор⁸. Појава повезивања стечајног управника – физичког лица са правом осигурања, путем обавезног осигурања, донела је стечајном управнику – физичком лицу једну нову улогу. Та нова улога је различита од осталих његових улога у важећем стечајном процесном праву, а манифестовала се при заступању стечајног дужника. Дакле, стечајни управник – физичко лице закључивао је уговор о обавезном осигурању од професионалне одговорности на основу овлашћења из ЗС, али је био под надзором, с једне стране Агенције за лиценцирање стечајних управника, а с друге стране стечајног судије, што ће рећи да је био помно праћен и дупло контролисан.

3.2. Што се пак тиче наведених агенција, односно колективних стечајних управника, актуелни коментатор стечајног законодавства⁹ је истакао да физичко лице, које за рачун односне агенције обавља послове стечајног управника у стечајном поступку, односно предузима процесне радње у име односне агенције, мора да има лиценцу за обављање послова стечајног управника. Шта више, цитирани аутор је нагласио да није довољно да је то физичко лице само запослени у једној од две наведене агенције, да је одређен као „повереник“ који заступа конкретну агенцију у поједином стечајном предмету, већ је неопходно да има лиценцу стечајног управника. Из наведеног резонувања цитираног аутора, по мишљењу пописника овог рада, следи да тај „повереник“

⁸ Мр Слободан Илијић: *Преднацрт закона о стечају*, лист Компаније „Дунав осигурање“ а.д.о. бр. 351/2009, стр. 58-59.

⁹ Видети фусноту бр. 5.

– стечајни управник подлеже како надзору Агенције за лиценцирање стечајних управника, тако и надзору стечајног судије. То даље значи да пред Агенцијом за лиценцирање стечајних управника „повереник“, будући стечајни управник, полаже испит, од ње стиче и губи лиценцу. Агенција за лиценцирање стечајних управника може да врши непосредан увид у акте, пословне књиге, изводе из рачуна, кореспонденцију „повереника“ – стечајног управника, да саслушава „повереника“ – стечајног управника ради утврђивања правилности и законитости његовог рада и др. Другим речима, одговорност за радње у стечајном поступку „повереника“ у својству стечајног управника не разликују се од одговорности за радње у стечајном поступку стечајног управника – физичког лица, које није запослено у двема наведеним агенцијама. Тиме се долази до противречности у правном систему Србије између стечајног управника – физичког лица и „повереника“ – стечајног управника. За стечајног управника – физичко лице ЗС је предвидео да мора обавезно да се осигура од професионалне одговорности и тиме је омогућено трећим лицима, оштећеним његовим радњама у стечајном поступку, да од осигуравача траже накнаду штете. За „повереника“ – стечајног управника, ни важећи закони о наведеним агенцијама, ни ЗС, нису предвидели да „повереник“ – стечајни управник мора обавезно да се осигура од професионалне одговорности, тако да трећа лица, оштећена радњама тог „повереника“ у стечајном поступку не могу да траже накнаду штете од осигуравача, већ од државе и починиоца штете. При томе, неспорно је да у стечајном поступку може да погреша и један и други на штету стечајног дужника, његових повериоца или према ма ком трећем лицу. Дакле, неопходно је отклонити противречност у правном систему и увести обавезно осигурање од професионалне одговорности, како за „повереника“ – стечајног управника, који заступа стечајног дужника са већинским државним или друштвеним капиталом, тако и за „повереника“ – стечајног управника, који заступа банку у стечају или друштво за осигурање у стечају.

3.3. Познато је у праву осигурања¹⁰ да држава законом приступа увођењу обавезног осигурања, а нарочито увођењу обавезног осигурања од професионалне одговорности или пак обавезног осигурања од одговорности из делатности, ако оцени да током редовног вршења неке професије или делатности може да дође до знатних штета код већег броја људи, те да штете превазилазе вредност имовине штетника, осигураника. Закљученим осигурањем од професионалне одговорности покривена су трећа лица, ако стечајни управник у стечајном поступку својим пропустом или грешком проузрокује штету трећем лицу. У једном делу упоредног права, на пример у неким републикама бивше СФРЈ, уведено је обавезно осигурање од професионалне одговорности стечајних управника, временски знатно пре него у Србији. То је био случај

¹⁰ Проф. др Предраг Шулејић: *Право осигурања*, прво измењено и допуњено издање, Досије, Београд, 2005, стр. 69-73.

са Хрватском¹¹, Републиком Српском¹² и др. У делу упоредног права могу да се нађу примери држава у којима није уведено обавезно осигурање од професионалне одговорности стечајног управника. У ту групу држава могла је да се сврста Немачка¹³, а од република бивше СФРЈ, Словенија¹⁴ и др. Дакле, различита је законодавна пракса у упоредном праву по питању увођења правног повезивања стечајног управника са правом осигурања, а нарочито у погледу увођења обавезног осигурања од професионалне одговорности стечајних управника.

4. Облик обавезног осигурања у важећем стечајном праву Србије

4.1. У континенталном праву, по правилу, законом се уводи обавезно осигурање, али је у зависности од материје закона круг тих законских елемената и околности различито одређен, дефинисан. То је нарочито видљиво у условима транзиције, тако да се у сваком поједином закону морају пажљиво анализирати одредбе тог закона да би се поуздано закључило да ли је конституисан облик обавезног или добровољног осигурања. Отуда, законодавноправни појам облика обавезног осигурања попримио је обележја друкчија од оних каква су постојала или постоје у развијеним привредама Европе и света. То значи да би се у тим и таквим условима могло узети да се под обликом обавезног осигурања подразумевају законске, евентуално подзаконске одредбе донете на основу закона, у којим је изричито прописана обавеза адресата да мора са осигуравачем, по свом избору, да закључи уговор о обавезном осигурању, као и један број прописом предвиђених елемената и других околности тог уговора, а све то у циљу легалног и легитимног реализовања одређене професионалне делатности, послова или неке активности¹⁵. Полазећи од ове дефиниције облик

¹¹ *Стечајни закон Хрватске* („Народне новине“, бр. 44/1996, 29/1999, 129/2000, 123/2003, и 82/2006).

¹² *Закон о стечајном поступку Републике Српске* („Службени гласник РС“, бр. 67/2002, 77/2002, 4/2003 и 96/2003) цитирано према Проф. др В. Чоловићу : *Обавезно осигурање од одговорности стечајног управника*, Зборник радова Привредног саветника а.д. из Београда са 4. саветовања о правосуђу „Вршац 2007“, одржаног марта 2007. у Вршцу, на општу тему „Стечај и приватизација“, стр. 131-153.

¹³ Мр Никола Мијатовић, асистент Правног факултета Свеучилишта у Загребу: *Слободне професије, (у Немачкој са стањем 01. јануар 2002)*, хрватски час. за теорију и праксу осигурања „Осигурање“, бр.12/2003, стр. 37-40.

¹⁴ Сергеј Симонити, АД за реосигурање „Сава“ Љубљана: *Увођење обавезних осигурања – Европска унија и словеначка искуства*, Зборник радова Удружења за право осигурања Србије са саветовања, одржаног априла 2008. на Палићу, на општу тему „Европски пут права осигурања Србије, посебно уговора о осигурању“, Палић, 2008, стр.70-96.

¹⁵ Мр Слободан Илијић: *Облици обавезног осигурања у важећем законодавству Србије*, Стручно-информативни час. „Правни информатор“, Software&Communications Intermex-а, Београд, бр.7-8/2008, стр. 69-74.

обавезног осигурања у важећем стечајном праву Србије треба тражити у члану 30. ЗС, а затим одредбе тог члана повезивати, како са осталим одредбама ЗС, тако и са одредбама Закона о Агенцији за осигурање стечајних управника.

4.2. Први путоказ за налажење обавезног осигурања у ЗС је наднаслов изнад члана 30. ЗС, који гласи – обавезно осигурање. Смисао наднасловова у сваком закону је да упуту читаоца где шта може да нађе већ на први поглед. Иначе, члан 30. ЗС је врло опширан, јер у себи садржи укупно четири става, па је нужно да се сви ставови цитирају. У ставу 1. члана 30. ЗС је предвиђено да је активни стечајни управник дужан да у своје име и за свој рачун закључи са осигуравајућим друштвом уговор о обавезном осигурању од професионалне одговорности са осигураном сумом у износу од најмање 30.000 евра у динарској противвредности на дан закључења уговора, за све ризике повезане са обављањем послова стечајног управника. У ставу 2. члана 30. ЗС је предвиђено да 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 износ који је већи од износа из става 1. овог члана, а стечајни управник је дужан да такво осигурање уговори, осим уколико не докаже да није у могућности да на тражишту уговори такво осигурање. У ставу 3. члана 30. ЗС је предвиђено да износ из става 2. овог члана одређује одбор поверилаца с обзиром на висину стечајне масе и посебне околности, као постојеће или могуће ризике, с тим што 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 високи. У ставу 4. члана 30. ЗС је предвиђено да премија додатног осигурања из става 2. овог члана представља обавезу стечајне масе. Читаоца, који је мање упућен у правну струку и тумачење права, наднаслов изнад члана 30. ЗС и број одредаба његових ставова могу да наведу на помисао да су одредбе свих ставова члана 30. ЗС посвећене само обавезном осигурању. На такву помисао вуче пре свега наднаслов изнад овог члана – обавезно осигурање – али то само на први поглед. По мишљењу потписника овог рада после поновног пажљивијег читања сваког става појединачно, а затим свих заједно, открива се – да је облик обавезног осигурања од професионалне одговорности садржан само у ставу 1. члана 30. ЗС. Остале одредбе у ст. 2, 3. и 4. члана 30. ЗС регулишу добровољно осигурање и то облик добровољног осигурања од професионалне одговорности стечајног управника, који се из угла права осигурања веома разликује од облика обавезног осигурања. Истина је да се не догађа често у законодавству да се у истом закону један облик осигурања пропише најпре као обавезан, а затим као добровољан, али се та реткост управо догодила у члану 30. ЗС. У ствари ставови овог члана крцати су елементима и околностима значајним за закључивање и једног и другог уговора. Штавише, наднаслов изнад члана 30. ЗС – обавезно осигурање – помаже да се како одредбе става 1. члана 30. ЗС, тако и одредбе ст. 2, 3. и 4. члана 30. ЗС још више разлуче,

издиференцирају у оба правца, те тада постају лакше за коментарисање. Дакле, наднаслов изнад члана 30. ЗС – обавезно осигурање – не треба схватити као грешку или превид законописца, редактора, већ као путоказ где у ЗС са укупно 212. чланова треба тражити облик обавезног осигурања стечајних управника и ништа више од тога.

4.3. Адресат је лице, физичко или правно, на кога су управљене одредбе неког закона. Адресат у ЗС је стечајни управник – физичко лице, који има законску обавезу да закључи уговор о обавезном осигурању од професионалне одговорности. Адресат је први елеменат овог облика обавезног осигурања. Међутим, став 1. члана 30. ЗС не разликује индивидуалне и колективне стечајне управнике, о чему је било речи у овом раду. Став 1. члана 30. ЗС за адресата овог облика обавезног осигурања резервисао је законски израз – активни стечајни управник. За одговор на упит шта обухвата израз активни стечајни управник меродаван је члан 25. ЗС. Тај пропис је предвидео да се стечајни управник води у именику стечајних управника или као активни или као неактивни стечајни управник, при чему је овај други на листи чекања за активног стечајног управника. Статус активног стечајног управника стиче оно лице, које поседује лиценцу за обављање послова стечајног управника, које достави доказ о постојању обавезног осигурања од професионалне одговорности и које је регистровано као предузетник или члан друштва лица. Другим речима, да би неко лице било уписано у именик активних стечајних управника нужно је да испуни кумулативно сва три наведена законска услова пред Агенцијом за лиценцирање стечајних управника, у чијем је делокругу да води наведене именике стечајних управника. Из цитираних одредаба ЗС произилази да стечајни управник – физичко лице, тј. активни стечајни управник, закључује уговор о овом облику обавезног осигурања пре него што ефективно почне да врши дужности из делокруга стечајних управника прописаног у ЗС. За разлику од решења ЗС-а у суседним државама има друкчијих законодавноправних решења. Према стечајном праву Републике Српске¹⁶ и Хрватске¹⁷ стечајни управник је дужан да непосредно након преузимања службе закључи уговор о обавезном осигурању од одговорности. Прва последица решења у ЗС да се прибави полиса овог облика осигурања пре ефективног почетка рада стечајног управника у стечајном поступку јесте чињеница да запослени код стечајног управника у Србији нису покривени овим обликом обавезног осигурања, јер они пре почетка ефективног рада стечајног управника нису познати, још правно не постоје. Дакле, прецизно утврђивање адресата у законом уведеном обавезном осигурању је први важан елеменат на путу сагледавања конкретного облика обавезног осигурања.

¹⁶ Недељко Милијевић, судија Основног суда у Бањој Луци: *Стечајни поступак у Босни и Херцеговини*, Зборник радова Удружења правника Републике Српске са саветовања „Октобарски правнички дани“, одржаног октобра 2007. у Б. Луци, на општу тему „Изградња и функционисање правног система“, Б. Лука, год. 4, бр. 10/2007, стр. 529-540.

¹⁷ Члан 15. и др. *Хрватског стечајног закона*.

4.4. До следећег елемента облика обавезног осигурања долази се одговором на питања ко има и какав уговорни статус у овом облику обавезног осигурања. Одговор на постављено питање у ставу 1. члана 30. ЗС даје законска формула, која предвиђа да стечајни управник закључује уговор о обавезном осигурању – „у своје име и за свој рачун“. У науци о праву осигурања¹⁸ сматра се да ова законска формула значи да се исто лице појављује и као уговарач и као корисник осигурања. Цитирани аутор је истакао да је ово лице у исто време осигураник, страна уговорница, са правима и обавезама из уговора, али и лице у чијој се имовинској маси реализује економски ефекат овог уговора. Друкчије речено, наведена законска формула значи да ће активни стечајни управник у сваком конкретном случају бити дужан да уплати премију обавезног осигурања из личних средстава, а осигуравач са којим је био закључен уговор биће дужан да исплати трећем, оштећеном, лицу накнаду штете, коју је својим чињењем или нечињењем проузроковао активни стечајни управник у стечајном поступку. Током јавне дискусије о Преднацрту ЗС¹⁹ Радна група је предочила да је један од циљева за доношење тог закона био да се скрати трајање стечајног поступка, па је у том циљу предвиђено да стечајни управник из својих, личних, средстава уплаћује премију овог осигурања, чиме је могао да стекне лични интерес да се што брже оконча стечајни поступак. Евентуално непоштовање правила да стечајни управник из личних средстава плаћа премију обавезног осигурања имало би за последицу да Агенција за лиценцирање стечајних управника санкционише такво понашање активног стечајног управника. У упоредном праву има и друкчијих решења. На пример, хрватски законодавац увео је за стечајне управнике обавезно осигурање од професионалне одговорности, стим што је стечајни управник стекао право да премију осигурања плати из стечајне масе, као трошак стечајног поступка. У сваком случају, уговорни статус стечајног управника у ЗС-у је у складу са једним од циљева због кога је донет тај закон.

4.5. Један од најпожељнијих елемената сваког облика обавезног осигурања јесте да се законом утврди минимална сума осигурања. У ставу 1. члана 30. ЗС прописано је да се уговор о обавезном осигурању од професионалне одговорности закључује на износ од најмање 30.000 евра у динарској противвредности на дан закључења тог уговора. Истине ради, у ставу 1. члана 30. ЗС изостављене су речи, које би указивале по коме курсу се утврђује динарска противвредност износа од 30.000 евра. Изостављене речи су – по средњем курсу Народне банке Србије. Међутим, та примедба се може решити допуном уговорне клаузуле, тј. позивањем на средњи курс НБС на дан закључења уговора. Важније од те примедбе је констатација да је ЗС на недвосмислен на-

¹⁸ Проф. др Предраг Шулетић : *Осигурање од одговорности органа правног лица – правна природа и примена*, Зборник радова Удружења за право осигурања Србије са 12. саветовања, одржаног априла 2011. на Палићу, на општу тему „Промене у праву осигурања Србије у оквиру европског (ЕУ) развоја права осигурања“, Палић, 2011, стр. 284-299.

¹⁹ Видети фусноту бр.8

чин утврдио минималну суму овог облика обавезног осигурања. То је значајна законодавноправна предност ЗС-а у односу на она упоредноправна законска решења, која су предвиђала арбитражан начин утврђивања минималне суме осигурања за обавезно осигурање стечајних управника. Примера ради, у хрватском стечајном праву висину суме осигурања, код обавезног осигурања од професионалне одговорности стечајног управника, одређује стечајни судија узимајући у обзир величину стечајне масе и предвиђену сложеност стечајног поступка²⁰. Исти или сличан начин утврђивања суме осигурања може да се нађе и у законима других држава. Законско решења по коме стечајни судија утврђује суму осигурања за осигурање стечајног управника, узимајући у обзир величину стечајне масе и предвиђену сложеност стечајног поступка, противи се правилима струке осигурања, јер стечајни судија не поседује стручно знање из актуарства без ангажовања вештака те струке, а ангажовање вештака није предвиђено у оваквим случајевима у свим законима. Наиме, према правилима струке осигурања сума осигурања се утврђује уз примену актуарске математике и актуарске вештине, а све то почива на вишегодишњим статистикама о штетама, које су причинили стечајни управници у стечајном поступку, тако да се, у односу на наведено решење из упоредног права, решење ЗС-а појављује као решење складно правилима струке осигурања и повољније је за трећа оштећена лица.

4.6. Важан елемент код сваког облика обавезног осигурања од професионалне одговорности ЗС јесте предмет осигурања. Предмет овог облика обавезног осигурања од професионалне одговорности утврђен је на крају става 1. члана 30. ЗС. Предвиђено је да предмет овог облика обавезног осигурања покрива „све ризике повезане са обављањем послова стечајног управника“. У хрватском стечајном праву²¹ предмет осигурања може да се изведе из одговорности за штете коју проузрокује осигураник (стечајни управник) свим судеоницима у стечајном поступку, ако је скривљено повредио коју од својих дужности утврђених Стечајним законом. Према стечајном праву Републике Српске²² стечајни управници су дужни да се осигурају од одговорности за све ризике који су повезани са његовим вршењем послова у стечајном поступку. Цитирани аутор је приметио да наведене одредбе стечајног права Републике Српске нису спроведене у пракси из разлога што није била утврђена листа стечајних управника, што није донет правилник о накнадама и наградама за рад стечајног управника и што осигуравачи нису били заинтересовани за

²⁰ <http://crosig.hr/osiguranja>.

²¹ Видети фусноту бр. 20.

²² Недељко Милијевић, судија Основног суда у Бањој Луци: *Стечај пословних субјеката у Босни Херцеговини*, Зборник радова Удружења копаоничке школе природног права са 20. сусрета, одржаног децембра 2007. на Копаонику, на општу тему „Право и слобода“, час. за правну теорију и праксу Удружења правника Србије „Правни живот“, Београд, 2007, том 4, бр. 12/2007, стр. 303-312.

осигурање стечајних управника. Треба констатовати да је у Србији прихваћен у пракси стечајног процесног права облик обавезног осигурања од професионалне одговорности стечајних управника – физичких лица, поред осталог, и захваљујући интересу осигуравача за премију из ове врсте осигурања. Изрека предмета обавезног осигурања из ЗС-а конкретизована је у извесној мери Законом о Агенцији за лиценцирање стечајних управника, у том смислу што је разрађен дисциплински поступак против стечајног управника пред дисциплинским органом Агенције за лиценцирање стечајних управника. Одлука о кривици у дисциплинском поступку може да буде од значаја за оштећеног коме је тај стечајни управник причинио штету. То је јача страна дисциплинског поступка прописаног Законом о Агенцији за лиценцирање стечајних управника. Слаба страна одредаба о дисциплинском поступку против активног стечајног управника, прописаног у наведеном закону, огледа се у томе што није предвиђен рок у коме се започети дисциплински поступак мора окончати. Другим речима, није извесно колико дуго би оштећени, који је претрпео штету неправилним или незаконитим радом стечајног управника, морао да чека на исход дисциплинског поступка против активног стечајног управника. У сваком случају, прописани дисциплински поступак против активног стечајног управника је само један од поступака у коме се може утврђивати одговорност активног стечајног управника за причињену штету трећем, оштећеном, лицу у стечајном поступку.

4.7. Анализирани елементи облика обавезног осигурања од професионалне одговорности активног стечајног управника или стечајног управника – физичког лица из става 1. члана 30. ЗС указали су да је ЗС на релативно свестран и свеобухватан начин регулисао овај облик обавезног осигурања. Нужно је уставноправно да се примена одредаба ЗС о овом облику обавезног осигурања прошири и на „поверенике“ – стечајне управнике из Агенције за приватизацију и из Агенције за осигурање депозита. Оптимално системско решење би било да те обе агенције постану привредна друштва (непрофитна) и тада би било лакше спровести увођење обавезног осигурања од професионалне одговорности дотадашњег „повереника“ – стечајног управника.

ЗАКЉУЧЦИ

1) Закон о стечају је на релативно свестран и свеобухватан начин регулисао увођење обавезног осигурања од професионалне одговорности стечајног управника – физичког лица, који је стекао статус предузетника или члана друштва лица. У односу на облик обавезног осигурања од професионалне одговорности, Закон о стечају се примењује већ више од године дана и у том периоду закључени су већ први уговори о овом облику обавезног осигурања.

2) Нужно је уставноправно да се отклони противречност у правном систему Србије на тај начин да се на „поверенике“ у стечајном поступку из

Агенције за приватизацију и из Агенције за осигурање депозита прошири обавезно осигурање од професионалне одговорности за штету причињену трећим лицима у стечајном поступку. Ти „повереници“ – стечајни управници имају исте улоге у стечајном поступку као и стечајни управници – физичка лица, који су већ по основу Закона о стечају обухваћени обавезним осигурањем од професионалне одговорности.

COMPULSORY INSURANCE COVERING TRUSTEES IN BANKRUPTCY IN REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The article deals with harmonization of domestic Bankruptcy Law EU regulations. The focus has been made to insurance covering Trustee in Bankruptcy – physical person. The current law provides for compulsory (professional) third party insurance. Also, the current law introduces voluntary (professional) third party insurance and property insurance. On the other hand, collective trustees in bankruptcy are not insured by existing laws. The author proposes that the collective trustees in bankruptcy should be transferred into joint stock companies.

Key words: *Trustee in Bankruptcy – physical person; Collective Trustee in Bankruptcy; (Professional) Third party insurance; Property Insurance.*

УПУТСТВО АУТОРИМА

Часопис „Правна ријеч” објављује оригиналне радове и друге прилоге из правне теорије и праксе, који својим садржајем одговарају основним тематским одређењима. 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:

600 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.